



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

CICLO XXV

COORDINATORE Prof. Paolo Borghi

L'IRRINUNCIABILITÀ DEI DIRITTI CONFERITI AL
CONSUMATORE DALLE DIRETTIVE UE E IL SISTEMA
DELLE INVALIDITÀ NEGOZIALI EUROPEE

Settore Scientifico Disciplinare IUS/14

Dottorando

Dott.ssa Giulia Benini

Tutores

Prof.ssa Arianna Thiene

Prof. Giovanni De Cristofaro

Anni 2010/2012

Ai miei nonni,

Beppo e Pino

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------------	---

CAPITOLO I

IL CONCETTO DI “RINUNCIA VIETATA” NELLE DIRETTIVE EUROPEE: NASCITA ED EVOLUZIONE STORICA

1. L’art. 6 della direttiva 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali: genesi e peculiarità	11
1.2 Il “dilagare” della irrinunciabilità a partire dalla direttiva 97/7/CE concernente la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza	15
1.3 Le direttive 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori e la direttiva 2008/122/CE sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio (confrontate con le precedenti direttive 87/102/CEE e 94/47/CE).	19
1.4 La nuova direttiva sui diritti dei consumatori	23
2. L’ambito di applicazione materiale della irrinunciabilità	26
2.1 L’oggetto della rinuncia: l’individuazione dei diritti “irrinunciabili”.	27
2.2 La nozione di rinuncia	33
2.3 Natura e conseguenze della violazione del precetto dell’irrinunciabilità	37

CAPITOLO II

LE INVALIDITÀ CONTRATTUALI EUROPEE A TUTELA DEL CONSUMATORE: L’INTERPRETAZIONE FORNITA DALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA

1. Introduzione.....	43
----------------------	----

2. Le regole enucleate dalla Corte di giustizia in materia di “non vincolatività” delle clausole abusive: il rango di norme di ordine pubblico.....	46
2.1 (<i>segue</i>) l’accertamento del carattere abusivo della clausola: legittimazione relativa e rilevabilità d’ufficio da parte del giudice nazionale.	47
2.2 (<i>segue</i>) nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto	56
2.3 (<i>segue</i>) la non vincolatività “disponibile”	58
2.4 (<i>segue</i>) la necessaria parziarietà della “non vincolatività”	61
2.5. (<i>segue</i>) l’imprescrittibilità dell’azione volta alla caducazione della clausola abusiva	63
3. Le pronunce della Corte di giustizia sulle direttive che sanciscono la “inderogabilità <i>in peius</i> ” e la “irrinunciabilità” dei diritti conferiti al consumatore..	65
4. La possibilità di estendere la giurisprudenza della CGUE in materia di “non vincolatività” delle clausole abusive alle forme di invalidità che seguono alla violazione del divieto di rinuncia e di inderogabilità <i>in peius</i> ai diritti conferiti al consumatore.	70
5. Le ripercussioni dei principi enucleati dalla CGUE sugli ordinamenti processuali nazionali: rinvio	73

CAPITOLO III

IL RECEPIMENTO NEI SISTEMI NAZIONALI DEL PRECETTO

DELL’IRRINUNCIABILITÀ

Introduzione	75
2. L’ordinamento spagnolo: l’art. 10 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.	78
2.1 Il recepimento delle direttive contenenti il precetto dell’irrinunciabilità	78
2.2 La struttura e l’oggetto della rinuncia vietata	83
2.3 La rinuncia <i>previa</i>	85

2.4 Le conseguenze giuridiche della violazione dell'art. 10 del <i>TRLGDCU</i>	88
3. L'esperienza tedesca: il divieto di derogare <i>in peius</i> ai diritti attribuiti al consumatore	91
3.1.Premessa.	91
3.2 La trasposizione nazionale del divieto di rinuncia nei contratti <i>b2c</i>	92
3.3 L'inderogabilità in senso sfavorevole al consumatore: ampiezza e portata del divieto.	97
3.4 La <i>Unwirksamkeit</i> dell'atto dispositivo vietato	101
3.5 Il divieto di pattuizioni derogatorie <i>in peius</i> e atti dispositivi compiuti nel contesto di una transazione giudiziale (<i>Prozessvergleich</i>)	105
4. Il sistema giuridico francese: la nullità delle clausole che contrastano con l'ordine pubblico di protezione	106
4.1 Il recepimento della normativa europea	106
4.2 L'ordine pubblico economico di protezione.....	110
4.3 (<i>segue</i>) le conseguenze destinate a prodursi ove venga violata una norma di ordine pubblico di protezione	111
4.4 (<i>segue</i>) nullità relativa e rilevabilità d'ufficio da parte del giudice	113
4.5 (<i>segue</i>) la possibilità di rinunciare ai diritti conferiti da norme di ordine pubblico: la <i>confirmation</i> del negozio nullo	118

CAPITOLO IV

LA RINUNCIA VIETATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Il recepimento nel diritto italiano del precetto che sancisce l'irrinunciabilità dei diritti conferiti al consumatore dalle direttive Ue: Codice del consumo e Testo unico bancario	121
2. I diritti "irrinunciabili" e l'oggetto della rinuncia vietata	126
2.1 (<i>segue</i>) L'ambito di applicazione del divieto di rinuncia	131

3. La struttura dell'atto dispositivo vietato	133
3.1 (<i>segue</i>) irrinunciabilità e inderogabilità <i>in peius</i>	139
4. Le conseguenze dell'atto dispositivo vietato: osservazioni generali	140
4.1 (<i>segue</i>) la nullità (<i>rectius</i> : le nullità) nel Codice del consumo e nelle altre discipline di tutela del consumatore in materia contrattuale	141
4.2 (<i>segue</i>) il regime normativo della nullità di protezione di cui all'art. 36 c. cons.	144
5. Le ripercussioni delle pronunce della CGUE in materia di “non vincolatività” della clausole abusive sull'interpretazione dell'art. 36 c. cons.: i profili processuali... ..	148
5.1 (<i>segue</i>): i profili di diritto sostanziale	153
6. La “nullità di protezione di cui all'art. 36 e la nullità <i>ex art.</i> 143 c. cons.	156
7. La possibilità di estendere il regime normativo europeo della “non vincolatività” agli atti dispositivi di diritti “irrinunciabili” dei consumatori	160

CONCLUSIONI

1. L'art. 25 della dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori: il nuovo approccio del legislatore europeo all'“irrinunciabilità” dei diritti conferiti al contraente debole ..	169
1.1 (<i>segue</i>) verso una categoria unitaria di invalidità europea nei contratti dei consumatori?	172

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Il “contratto del consumatore” è emerso oramai¹ come una categoria autonoma di diritto contrattuale, regolato da norme peculiari che lo differenziano rispetto ai contratti di diritto comune. In particolare, sui contratti dei consumatori incombono nuove forme di invalidità, ignote nel regime comune del contratto; ciò nonostante le direttive che regolano i rapporti tra professionista e consumatore non contengono una nozione unitaria di invalidità negoziale, ma una molteplicità di prescrizioni eterogenee tra loro, dettate dal legislatore europeo per attuare la finalità di assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori ai sensi dell’art. 169 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (*ex art. 153 TCE*)².

Il legislatore europeo, lungi dal voler introdurre (ed imporre) una nuova categoria di invalidità negoziale, si è infatti limitato a sancire la non vincolatività delle clausole abusive o delle clausole che escludono o limitano i diritti derivanti dalla direttiva sulla vendita e garanzia dei beni di consumo (rispettivamente dir. 93/13/CEE e dir. 99/44/CE), la irrinunciabilità dei diritti attribuiti ai consumatori dalle direttive a tutela degli stessi (dir. 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali; dir. 97/7/CE, concernente la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; dir. 2002/65/CE, sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori; dir. 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori e dir. 2008/122/CE, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio) o la non derogabilità di determinate prescrizioni normative in senso sfavorevole alla parte debole del rapporto contrattuale (dir. 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”; reg. CE 261/2004, in materia di *overbooking* aereo; reg. CE 1371/2007, relativo ai diritti e

¹ Si rinvia, tra i numerosi contributi sull’argomento, a ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino 2004. Sul superamento della categoria del “contratto del consumatore” v. ID, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.* 2009, p. 267.

² Sul punto v. G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali “di protezione”*, in *Le forme della nullità*, a cura di PAGLIANTINI, Torino 2009, p. ss.

agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario e reg. UE 181/2011 relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus).

L'approfondimento che il presente lavoro si propone di sviluppare attiene (ed è circoscritto) al precetto dell'irrinunciabilità dei diritti conferiti al consumatore dalle direttive concernenti i contratti stipulati dal consumatore con il professionista "fuori dai locali commerciali" e "a distanza", dalle direttive riguardante il credito ai consumatori e il *timesharing* immobiliare, nonché dalla nuova direttiva sui diritti dei consumatori.

Le direttive sopra richiamate, dopo aver regolato le fattispecie negoziali ad essa assoggettate, imponendo una serie di obblighi di condotta ai professionisti (sia nella fase precontrattuale che nella fase successiva alla formazione dell'accordo) e riconoscendo ai consumatori una serie di diritti, si chiudono con una disposizione che espressamente prevede la non rinunciabilità ai diritti conferiti ai consumatori dalle direttive stesse. Nello specifico tale previsione si rinviene:

- nell'art. 6 della dir 85/577/CEE secondo cui "il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli dalla presente direttiva";
- nell'art. 12 della dir. 97/7/CE rubricato "Carattere imperativo delle disposizioni" secondo cui "il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli in virtù del recepimento della presente direttiva nel diritto nazionale";
- nell'art.12 rubricato "Carattere cogente delle disposizioni della presente direttiva" della dir. 2002/65/CE in base al quale "Il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli dalla presente direttiva";
- nell'art. 22 "Armonizzazione e obbligatorietà della direttiva" della dir. 2008/48/CE che recita: "Gli Stati membri provvedono affinché i consumatori non possano rinunciare ai diritti loro conferiti dalle disposizioni della legislazione nazionale che danno esecuzione o che corrispondono alla presente direttiva";
- nell'art. 12 "Carattere imperativo della direttiva e applicazione in casi internazionali" della dir. 2008/122/CE in base al quale "Gli Stati membri garantiscono che, ove la legge applicabile al contratto sia quella di

uno Stato membro, i consumatori non possano rinunciare ai diritti conferiti loro dalla presente direttiva”.

Tale formula è presente altresì nel considerando n. 58 della nuova direttiva per i diritti dei consumatori che recita “Il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli a norma della presente direttiva” e nell’art. 25, rubricato “Carattere imperativo della direttiva”, del medesimo testo secondo cui “Se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalla presente direttiva”.

Quali siano il significato e l’esatta portata del termine “rinunciare” (nelle altre versioni linguistiche dei testi europei: *verzichten, waive, renoncer, renonciar*) è tutt’altro che chiaro, non essendo rinvenibile nel testo delle direttive alcune indicazioni in proposito.

La riproposizione della medesima formula – con la sola variante della irrinunciabilità dei diritti conferiti *dalla direttiva* o dell’irrinunciabilità dei diritti conferiti *dalla legge di recepimento nazionale* della stessa – utilizzata dal legislatore europeo, quasi fosse una sorta di norma di tutela omnicomprensiva, inserita a chiusura della direttiva ogniqualvolta si trattasse di garantire un “elevato livello di tutela del consumatore”, ha creato non pochi problemi ai legislatori nazionali, chiamati ad applicare il precetto (volutamente) ampio e generale, e agli interpreti che si sono dedicati allo studio della categoria della invalidità europea.

La scelta, “politicamente” comprensibile ma di dubbia compatibilità con la natura “completa” dell’armonizzazione perseguita dalle direttive europee citate, pone tre esigenze particolarmente significative:

- a) precisare quali sono le situazioni giuridiche soggettive tutelate ed individuare quali sono i “diritti del consumatore” da considerare “irrinunciabili”;
- b) delimitare la concreta portata applicativa della nozione di rinuncia;
- c) individuare le conseguenze destinate a prodursi nell’ipotesi in cui il consumatore rinunci ai diritti che gli vengono attribuiti dalla direttiva.

La prima questione posta è quella dell’esatta individuazione dei “diritti” che devono ritenersi irrinunciabili. Si tratta cioè di determinare se, quando il testo

normativo europeo dispone l'irrinunciabilità dei "diritti", il divieto di rinuncia colpisca le sole situazioni soggettive qualificabili, secondo l'accezione tradizionale, come diritti soggettivi o se lo stesso termine "diritti" debba intendersi in senso ampio, a tal punto da connotare come irrinunciabili tutte le posizioni giuridiche soggettive di cui il consumatore diviene titolare precedentemente, contestualmente e posteriormente alla conclusione del contratto con il professionista.

Nel successivo passaggio dell'analisi si valuterà se siano altresì irrinunciabili i "diritti" di cui il consumatore diviene titolare in applicazione dei principi generali degli ordinamenti nazionali in seguito alla violazione di un diritto attribuito dalle (leggi di recepimento delle) direttive: si pensi, a titolo di esempio, al diritto al risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.* nell'ipotesi in cui il professionista non abbia adempiuto gli obblighi informativi.

Nella ricognizione dell'ambito di applicazione materiale del precetto dell'irrinunciabilità sarà necessario poi soffermarsi sulla diversa formulazione testuale delle direttive esaminate, posto che, in talune, il legislatore europeo ha sancito l'irrinunciabilità dei (soli) diritti conferiti dalla direttiva, in altre, invece, ha ampliato la tutela accordata al consumatore prevedendo l'irrinunciabilità (anche) degli ulteriori diritti che il legislatore nazionale abbia conferito al consumatore in sede di recepimento della direttiva; tale formulazione, che risulta trascurabile ove si ragioni di direttive che perseguono una finalità di armonizzazione massima (nell'attuazione delle quali gli Stati membri non sono liberi di disporre una tutela maggiore per il contraente protetto ma devono rigidamente attenersi a quanto prescritto dal testo normativo europeo), ma assume rilievo – e pone numerosi aspetti problematici – ove invece si tratti di direttive c.d. di armonizzazione minima (nell'attuazione delle quali i legislatori nazionali possono adottare disposizioni più severe a tutela dei consumatori) ed altresì nelle ipotesi in cui, pur in presenza di una direttiva di armonizzazione piena, il legislatore nazionale adotti disposizioni difformi a quanto previsto nel testo normativo comunitario.

La seconda questione che sarà affrontata attiene al significato da attribuire al termine "rinuncia". Tale problematica involge i limiti di ammissibilità dei negozi con cui il consumatore dispone dei "diritti" attribuitigli in virtù della legge di recepimento della disciplina europea.

Premesso che scopo del nostro lavoro è proprio quello di indagare la natura e l'accezione "europea" dei precetti dettati nelle direttive, alla ricerca di una nozione "autonoma" rispetto a quella dei singoli ordinamenti nazionali, pare necessario prendere le distanze dalle definizioni nazionali per poter attribuire alle parole un significato più squisitamente europeo, rispondente *in primis* alla esigenze di individuare concetti generali suscettibili di essere applicati in tutti gli Stati membri. Tanto nelle direttive quanto nelle discipline degli Stati membri, nulla si dice in merito alla struttura degli atti di rinuncia. Ciò fa sorgere essenzialmente un quesito: sono vietati i soli atti unilaterali o anche i patti, tra professionista e consumatore, con i quali i contraenti si accordino sulla regolamentazione di taluni diritti del consumatore? Se con il termine "rinunciare" il legislatore europeo non ha voluto fare alcun riferimento ad un istituto di diritto positivo ma ha inteso utilizzare tale espressione nella accezione più atecnica possibile, tale cioè da poter essere uno strumento adattabile ai diversi ordinamenti, è necessario determinare se la rinuncia sia vietata tutte le volte in cui attraverso di essa il consumatore operi una pura dismissione del diritto oppure se la stessa nozione ricomprenda altresì qualsiasi atto di disposizione della posizione giuridica soggettiva del consumatore. Strettamente connessa con la precedente è infine la questione inerente all'oggetto della rinuncia, se cioè essa possa cadere, oltre che sui diritti futuri, anche sulle posizioni giuridiche di cui il consumatore sia già titolare³. Vale a dire, devono ritenersi vietate le sole rinunce *ex ante*, quelle cioè che intervengono prima che il consumatore sia divenuto titolare del "diritto" e attraverso le quali si nega preventivamente e *in toto* che, al verificarsi di determinati presupposti cui la legge ricollega la nascita del diritto, il diritto stesso nasca in capo al consumatore o sono altresì inammissibili le c.d. rinunce *ex post*, attraverso le quali il consumatore dichiara di voler rinunciare ad un diritto di cui è già titolare?

³ Si confronti, ad esempio, l'articolo 10 (*Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario*) del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias* secondo cui "La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil." con l'art. 143 del c. cons. secondo cui "I diritti attribuiti al consumatore dal Codice sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del Codice."

Tale questione rende indispensabile un approfondimento dei rapporti che intercorrono tra la rinuncia e la transazione, occorrendo stabilire se sia o meno ammissibile (e a quali condizioni) un negozio transattivo tra professionista e consumatore mediante il quale quest'ultimo disponga di un diritto di cui è titolare.

La terza questione, infine, concerne l'identificazione delle conseguenze che si producono nell'ipotesi in cui il consumatore dovesse rinunciare ad un diritto che gli venga attribuito dalle direttive. Si tratta cioè di stabilire la natura delle sanzioni che possono trovare applicazione, se esse siano solo pubblicistiche o anche privatistiche. Nell'alveo della sanzioni di natura privatistica occorre inoltre chiarire quale tipo di invalidità colpisca l'atto o la clausola di rinuncia, e, in quest'ultima ipotesi, se l'invalidità rimanga circoscritta alla singola clausola oppure sia suscettibile di inficiare l'intero contratto.

La risposta a tali quesiti è (apparentemente) lasciata al pieno arbitrio dei legislatori nazionali chiamati ad attuare le direttive, poiché nessuna indicazione viene fornita dai testi normativi europei.

Il potere discrezionale di cui sono investiti i legislatori nazionali trova tuttavia una limitazione nella prescrizione di adeguatezza delle disposizioni nazionali di recepimento della direttiva nel garantire il rispetto alla finalità di tutela delle direttive contenute nei testi comunitari medesimi. Particolarmente emblematico al riguardo è il considerando n. 47 della direttiva 2008/48/CEE (ripetuto poi nell'art. 23) che dispone "Benché la scelta delle sanzioni sia lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, le sanzioni previste dovrebbero essere effettive, proporzionate e dissuasive"⁴. In tale contesto⁵ va rilevato, pertanto, che la nozione di misure

⁴ Analogamente dispone l'art. 4 della dir. 85/577/CEE, che prescrive che gli Stati adottino misure nazionali "appropriate per la tutela dei consumatori", l'art. 11 della dir. 97/7/CE secondo cui "gli Stati membri accertano che esistano mezzi adeguati ed efficaci per assicurare il rispetto delle disposizioni nazionali per l'attuazione della presente direttiva nell'interesse dei consumatori" e "prendono le misure necessarie affinché i fornitori e gli operatori di tecniche di comunicazione pongano fine alle pratiche non conformi alle disposizioni adottate in applicazione della presente direttiva", l'art. 11 della dir. 2002/65/CE ai sensi del quale "Gli Stati membri prevedono sanzioni adeguate in caso di mancato rispetto da parte del fornitore delle disposizioni nazionali adottate in conformità della presente direttiva. Tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive, l'art. 13 della dir. 2008/122/CE "Gli Stati membri vigilano affinché, nell'interesse dei consumatori, siano previsti mezzi adeguati ed efficienti per assicurare il rispetto della presente direttiva da parte degli operatori". La stessa indicazione circa la natura effettiva, proporzionata e dissuasiva delle misure nazionali adottate è rinvenibile nell'art. 15 della direttiva del 2008 sul *timesharing* immobiliare e nell'art. 24 della nuova direttiva sui diritti dei consumatori.

“appropriate” per la tutela dei consumatori cui si riferiscono le direttive esaminate riconosce sì alle autorità nazionali un margine discrezionale quanto alla determinazione delle conseguenze da trarre dal mancato rispetto delle prescrizioni contenute nelle direttive stesse, purché però questa discrezionalità sia esercitata “in conformità dello scopo principale della direttiva al fine di preservare la tutela riconosciuta ai consumatori in condizioni adeguate con riferimento alle circostanze distintive del caso di specie”⁶.

A mero titolo esemplificativo, e senza voler anticipare in questa sede quanto sarà oggetto di specifica trattazione nel prosieguo del lavoro, pare utile richiamare due esempi di attuazione delle direttive nei sistemi nazionali da cui emerge come la discrezionalità lasciata ai legislatori nazionali possa dar luogo ad una disparità di tutela tra i diversi Stati membri.

Nel *BGB* tedesco non si trova alcun riferimento alla irrinunciabilità dei diritti conferiti al consumatore (per usare la medesima espressione delle direttive “*Der Verbraucher kann auf die ihm aufgrund dieser Richtlinie eingeräumten Rechte nicht verzichten*”) ma ci si limita a sancire l’inderogabilità in senso sfavorevole per il consumatore (*abweichende Vereinbarungen*) delle disposizioni contenute nei titoli che regolano i rapporti di consumo (ad es. il par. § 312i per quanto concerne i contratti negoziati fuori di locali commerciali prevede che “*Von den Vorschriften dieses Untertitels darf, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden abgewichen werden. Die Vorschriften dieses Untertitels finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.*”⁷).

Nello stesso senso si è mosso il legislatore italiano in sede di recepimento della direttiva relativa ai contratti di credito ai consumatori (dir. 2008/48/CE); con il

⁵ Si ricorda l’art. 288, co. 3 TFUE secondo cui “La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”.

⁶ Così Corte di giustizia, 17 dicembre 2009, causa C-227/08, *Martin Martin*, pt.32 in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 2010 p. 289.

⁷ Par. 312g (Pattuizioni derogatorie), “Le disposizioni di questo Sottotitolo, se non è diversamente disposto, non possono essere derogate in senso sfavorevole al consumatore o al cliente. Se non è diversamente disposto, le disposizioni di questo Sottotitolo trovano applicazione anche quando si tenti altrimenti di eluderle”.

La traduzione della norma del *BGB* è tratta da *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di DE CRISTOFARO, in *I Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003.

d. lgs. n. 141 del 2010 egli ha abrogato gli artt. 40-42 del Codice del consumo, che contenevano parte della disciplina sui contratti di credito al consumo (in attuazione della dir. 87/102/CEE), mantenendo il solo art. 43 c. cons., che si limita a rinviare al Testo unico bancario e creditizio per la regolamentazione degli stessi.

Il Capo II del Titolo VI del T.U.B., che regola i contratti di credito ai consumatori, non contiene un divieto di rinuncia ai diritti del cliente/consumatore, così come previsto dall'art 22 della direttiva 2008/48/CE, ma la tutela in capo al contraente debole viene (in maniera del tutto arbitraria) "attenuata" in inderogabilità in senso sfavorevole al cliente/consumatore⁸.

Emerge quindi la necessità individuare quali siano gli elementi distintivi che caratterizzano il regime della irrinunciabilità, alla luce delle scelte discrezionali compiute dai singoli legislatori nazionali, avendo particolare riguardo alla rilevabilità d'ufficio della invalidità, alla legittimazione attiva, alla necessaria parzialità dell'invalidità o alla possibilità che la violazione del divieto di rinuncia travolga l'intero contratto, alla sanabilità o suscettibilità di convalida della invalidità stessa.

A chiosa delle osservazioni svolte verrà, infine, proposta una ricostruzione del precetto dell'irrinunciabilità che tenga conto, da un lato, delle indicazioni che possono essere ricavate dai testi normativi europei e, dall'altro, delle peculiarità delle esperienze nazionali, e che sia suscettibile di costituire una soluzione idonea a trovare accoglimento nei diversi Stati membri, nell'ottica di valorizzare, rispettare e perseguire la natura di armonizzazione completa avuta di mira dalla maggior parte delle direttive europee di riferimento (si ricorda infatti che sono di armonizzazione massima le dir. 2002/65/CE, dir. 2008/48/CE e dir. 2008/122/CE. Anche la nuova direttiva sui diritti dei consumatori – che, abroga e sostituisce le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE – persegue, nell'attuale formulazione, l'armonizzazione completa).

⁸ Secondo l'art. 127 del T.U.B. le disposizioni che regolano il credito al consumo sono "derogabili solo in senso più favorevole al cliente". Per chiare ragioni di sintesi nonché di sviluppi del lavoro, ci si limita in questa sede a rilevare come le nullità previste dal titolo VI del Testo unico bancario e creditizio, dedicato alle regole sulla Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, "possono essere fatte valere solo dal cliente": il regime normativo dettato dal legislatore italiano corrisponde a quello proprio della "nullità di protezione" delle clausole vessatorie contemplato dall'art. 36 c. cons. (il cui comma 3 è stato fedelmente riprodotto nell'art. 127, comma 5, T.U.B.), e non al più rigoroso regime della nullità dettato dall'art. 143, comma 1, c. cons.

Nell'ambito di questo lavoro verrà, naturalmente, fatta oggetto di attenta considerazione la giurisprudenza della Corte di giustizia al fine di valutare se le regole dalla stessa elaborate in sede di interpretazione del regime applicabile alla “non vincolatività” delle clausole abusive ai sensi della dir. 93/13/CEE siano suscettibili di essere estese anche alle dichiarazioni o pattuizioni attraverso le quali il consumatore rinunci ai diritti che gli vengono attribuiti dalle altre direttive.

CAPITOLO I

IL CONCETTO DI “RINUNCIA VIETATA” NELLE DIRETTIVE EUROPEE: NASCITA ED EVOLUZIONE STORICA

Al fine di ricercare il significato “propriamente europeo” del divieto di rinuncia del consumatore ai diritti che gli sono attribuiti dalle direttive, si è ritenuto opportuno dedicare la prima parte del presente capitolo all’analisi dell’*iter* legislativo delle diverse direttive che tale precetto contengono⁹ (con particolare riguardo alla dir. 85/577/CEE nella quale, per la prima volta, è apparso il concetto di irrinunciabilità dei diritti), mentre la seconda parte dello stesso è volta, attraverso l’analisi dei testi normativi, alla enucleazione dei caratteri generali della “rinuncia” suscettibili di costituire quel minimo comune denominatore della fattispecie, da cui deve muovere il legislatore nazionale chiamato a dare attuazione alle direttive.

1. L’ART. 6 DELLA DIRETTIVA 85/577/CEE PER LA TUTELA DEI CONSUMATORI IN CASO DI CONTRATTI NEGOZIATI FUORI DAI LOCALI COMMERCIALI: GENESI E PECULIARITÀ

A partire dalla prima metà degli anni ’70 si è sentita l’esigenza, a livello comunitario, di avviare una politica di protezione dei consumatori che costituisse una risposta, coerente ed efficace, alle mutate condizioni del mercato; tale esigenza ha trovato la propria consacrazione nell’adozione, nel 1975, della Risoluzione del Consiglio riguardante un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore¹⁰ con la quale la Comunità si poneva una serie di obiettivi di tutela, tra i quali quello di salvaguardare gli interessi economici dei consumatori.

In attuazione degli obiettivi di tutela così determinati, la Commissione ha presentato al Consiglio il 17 gennaio 1977 la Proposta di direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali¹¹ la cui *ratio* è quella di tutelare il consumatore tutte le volte in cui egli si trovi “impreparato” di fronte alla visita

⁹ Sullo studio dei lavori preparatori al fine di ricostruire la volontà del legislatore v. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Tr. di diritto civ. e comm.*, già diretto da CICU – MESSINEO – MENGONI, e continuato da SCHLESINGER, Milano, 2004, p. 150s. e 189.

¹⁰ In GUCE C 92 del 25 aprile 1975, p. 2

¹¹ In GUCE C 22 del 29 gennaio 1977, p.6.

inattesa o all'iniziativa del professionista – il c.d. fattore sorpresa – e gli sia, di conseguenza, impossibile valutare e confrontare la qualità della merce e la congruità del prezzo dei beni o dei servizi offerti.

Lo strumento volto a riequilibrare il rapporto tra il consumatore e il professionista è stato individuato nell'attribuzione al consumatore del diritto di recesso (*le droit d'anuler le contract, right of cancellation, Widerrufsrecht*), diritto irrinunciabile, necessariamente gratuito e oggetto di specifica informativa da parte del professionista. L'art. 6 della Proposta di direttiva prevedeva infatti che "Il consumatore non può rinunciare al diritto di recesso" (nelle diverse versioni linguistiche: "*Le consommateur ne peut renoncer à son droit de revocation*"; "*The consumer may not renounce his right of cancellation*"; "*Der Verbraucher kann auf sein Widerrufsrecht nicht verzichten*").

Al fine di garantire al consumatore l'effettiva possibilità di avvalersi di tale diritto la Proposta di direttiva comminava, nell'ipotesi in cui il professionista non avesse rispettato gli obblighi informativi su di lui gravanti – quello, cioè, relativo all'esistenza e alle modalità di esercizio del diritto di recesso – e per la mancata sottoscrizione autografa del contratto da parte del consumatore, la nullità dell'intero contratto¹²; era altresì sancita la nullità delle singole clausole contrattuali nelle quali fosse previsto il pagamento di un qualsiasi indennizzo da parte del consumatore quale corrispettivo per l'esercizio del diritto di recesso¹³.

Nel parere presentato dal Parlamento europeo sulla proposta della Commissione¹⁴ così come nel parere formulato dal Comitato economico e sociale¹⁵,

¹² Art. 5 della Proposta di direttiva del 17 gennaio 1977 "È nullo il contratto a domicilio che non sia stato stipulato nel rispetto delle norme di cui agli articoli 3 e 4" (disciplinanti, rispettivamente, gli obblighi informativi in capo al professionista e la necessaria sottoscrizione autografa da parte del consumatore); "*A doorstep contract shall be void if the provisions of Article 3 and 4 have not been complied with*"; "*Un contract négocié par démarchage à domicile est nul s'il n'est pas conforme aux dispositions des articles 3 et 4*"; "*Ein Haustürvertrag ist nichtig, wenn Artikel 3 und 4 nicht beachtet worden sind*".

¹³ Art. 11 della Proposta "Le clausole contrattuali che: a) prevedono il pagamento di un qualsiasi indennizzo da parte del consumatore che abbia esercitato il diritto di recesso, (b)...), sono nulle.; "*Contract provisions which: a) require the consumer to pay some form of compensation if he exercises his right of cancellation, (b)...), shall be void*"; "*Les dispositions contractuelles prévoyant: a) une indemnité quelconque à la charge du consommateur au cas où celui-ci exercerait son droit de révocation, (b)...), sont nulles*"; "*Vertragsbestimmungen, a) die vorsehen, dass der Verbraucher irgendein Entgelt zu zahlen hat, wenn er sein Widerrufsrecht ausübt, (b) ..., sind nichtig*".

¹⁴ In GUCE C 241 del 10 ottobre 1977, p. 26 ss.

¹⁵ In GUCE C 180 del 28 luglio 1977, p. 39.

entrambi del 1977, gli articoli 5 e 11 della Proposta di direttiva non sono oggetto di emendamento e rimangono pertanto immutati. Parimenti, le disposizioni ora menzionate rimangono invariate nella Proposta di direttiva modificata e presentata al Consiglio l'anno successivo¹⁶.

Nonostante l'esiguità degli emendamenti apportati, il testo definitivo della direttiva comunitaria sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali è stato approvato solo nel 1985, a distanza di quasi dieci anni dalla presentazione della Proposta. Nella direttiva 1985/577/CEE non vi è menzione alcuna della nullità, ma a protezione del contraente debole viene posto il più generico divieto di rinuncia ai diritti conferiti al consumatore dalla direttiva stessa.

Per giustificare l'intervallo temporale che intercorre tra la Proposta di direttiva e la versione definitiva della stessa e, soprattutto, al fine di comprendere quale sia stato lo sviluppo normativo della direttiva, è opportuno ricordare quali fossero i contesti giuridici nazionali all'interno dei quali tale direttiva avrebbe dovuto trovare accoglimento.

L'esperienza nazionale presa a modello dalla Proposta di direttiva del 1977 è quella dell'ordinamento francese, in cui all'epoca vigeva la *Loi n. 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*, che accordava al consumatore la *faculté de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat* e puniva con la nullità tutte le clausole con le quali "*le client abandonne*" il suo diritto di recesso¹⁷.

Purtroppo non è dato riscontrare alcun commento, indicazione o semplicemente *l'iter* cronologico attraverso il quale si è arrivati alla decisione di sostituire l'iniziale previsione della nullità con la formula della irrinunciabilità, poiché dalla proposta di direttiva del 1978 alla sua versione definitiva nel 1985 non sono stati più pubblicati i lavori preparatori.

Nonostante l'assenza di motivazioni "ufficiali" è stato rilevato da attenta dottrina¹⁸ che tale scelta ha trovato la propria giustificazione nell'influenza esercitata dalla Repubblica Federale Tedesca ai fini dell'approvazione del testo comunitario.

¹⁶ In GUCE C 127 del 1 giugno 1978, p. 6.

¹⁷ Per un commento alla legge francese v. BESSONE, *La tutela del consumatore nella recente evoluzione del diritto francese*, in *Foro it.* 1974, V, c. 199.

¹⁸ Cfr. BERNARDI, *Vendita a domicilio*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di Bianca, II, Milano, 1981, p.115.

Difatti, parallelamente ai lavori comunitari per l'emanazione della direttiva 85/577, il governo della Repubblica Federale Tedesca aveva avviato i lavori che avrebbero portato poi all'approvazione del *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*, legge tedesca in materia di contratti “porta a porta” varata il 16 gennaio 1986: la sincronia temporale tra il percorso della direttiva comunitaria e quello dell'*Haustuerwiderrufgesetz (HWiG)* tedesco non è da reputarsi una mera coincidenza¹⁹.

La Repubblica Federale tedesca si è, di fatto, rifiutata di approvare la proposta di direttiva comunitaria prima di aver definito la propria legge interna, volendo così assicurarsi che il recepimento della normativa comunitaria non contrastasse con la legge nazionale²⁰. Il governo tedesco ha, in altre parole, approvato la direttiva CEE in materia di contratti c.d. porta a porta solo nel momento in cui ha ravvisato la conformità del testo della direttiva rispetto a quello della legge interna, evitando in tal modo di dover, a pochi mesi di distanza dall'entrata in vigore del *HWiG*, modificare la legge nazionale per renderla conforme alla direttiva comunitaria²¹.

L'arco di tempo intercorso tra la Proposta di direttiva (1977) e l'adozione della stessa (1985) è indubbiamente sintomo delle difficoltà incontrate per il raggiungimento di un testo di compromesso della direttiva, nella cui versione definitiva viene introdotto, per la prima volta, il concetto dell'irrinunciabilità da parte del consumatore ai diritti che gli sono conferiti dalla direttiva. Il significato che il divieto di rinuncia – divieto assente tanto nell'ordinamento francese quanto in quello tedesco – aveva per il legislatore comunitario del 1985 può ragionevolmente essere ricavato dallo studio e dal raffronto dei due sistemi giuridici che maggiormente hanno influito alla stesura definitiva del testo normativo dovendosi ritenere che tale espressione, volutamente generica, sia stata adottata poiché si prestava ad essere reputata compatibile sia con l'ordinamento francese che con

¹⁹ Per una trattazione approfondita si veda BARBERIS, *Le vendite a domicilio nella Repubblica federale tedesca*, in *Quadrimestre*, 1987, p.66ss.

²⁰ Si ricordi che l'art. 100 del Trattato di Roma – istitutivo della Comunità Economica Europea – richiedeva per l'emanazione delle direttive l'unanimità del Consiglio; solo a partire dal 1986 una revisione del Trattato di Roma ha consentito l'adozione delle direttive della Comunità in base all'approvazione di una maggioranza qualificata (art. 100a del Trattato).

²¹ BARBERIS, *op. cit.*, nt.10, p. 67s.

quello tedesco, senza che ne derivasse la necessità di modificare le rispettive leggi interne.

Da una parte, quindi, la *nullitè* comminata dalla normativa francese nell'ipotesi in cui non vengano garantiti al consumatore i diritti che gli spettano in base alla legge nazionale (diritto di essere informato e diritto di recesso), dall'altra il par. 5 dell'*HWiG*, rubricato "Divieto di elusione; inderogabilità". Che recita "(1) Questa legge trova applicazione anche quando le sue disposizioni sono eluse attraverso diverse configurazioni. (4) Sono inefficaci i patti con i quali si deroga in senso sfavorevole per il consumatore alle disposizioni della presente legge"²². È indubbio che, almeno per il legislatore tedesco, il concetto di irrinunciabilità è stato accostato a quello di "inderogabilità in senso sfavorevole al consumatore", posto che altrimenti (vale a dire, se il recepimento della direttiva comunitaria avesse richiesto un adeguamento della normativa interna) la direttiva non sarebbe stata approvata. A tale interpretazione sarà dedicata parte del cap. 2.

1.2 IL "DILAGARE" DELLA IRRINUNCIABILITÀ A PARTIRE DALLA DIRETTIVA 97/7/CE CONCERNENTE LA PROTEZIONE DEI CONSUMATORI IN MATERIA DI CONTRATTI A DISTANZA

Dopo l'entrata in vigore della direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, le successive direttive a tutela del consumatore (emanate a cavallo degli anni '80 e '90) non hanno utilizzato il concetto di "irrinunciabilità dei diritti conferiti al consumatore" ma quelli, (apparentemente) meno rigidi, di "non derogabilità in senso sfavorevole al consumatore" e "non vincolatività" delle clausole contrattuali o dei patti attraverso i quali il consumatore fosse privato dei diritti attribuitigli dai testi normativi comunitari.

Si ricordano, a mero titolo esemplificativo, il considerando numero 12 della direttiva 85/374/CEE del 25 luglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi secondo cui "ai fini di una efficace

²² § 5 "*Umgehungsverbot; Unabdingbarkeit*" "(1) *Dieses Gesetz findet auch Anwendung, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden. [...] (4) Von den Vorschriften dieses Gesetzes zum Nachteil des Kunden abweichende Vereinbarungen sind unwirksam*".

protezione del consumatore deve essere esclusa la possibilità di derogare con clausola contrattuale alla responsabilità del produttore nei confronti del danneggiato” e l’art. 12 della direttiva medesima ai sensi del quale “La responsabilità del produttore derivante dalla presente direttiva non può essere soppressa o limitata, nei confronti del danneggiato, da una clausola esonerativa o limitativa di responsabilità” ; l’art. 14 della direttiva 87/102/CEE del 22 dicembre 1986 in materia di credito al consumo che recita “Gli Stati membri provvedono affinché i contratti di credito non deroghino, a detrimento del consumatore, alle disposizioni del diritto nazionale che danno esecuzione o che corrispondono alla presente direttiva. Gli Stati membri adottano inoltre le misure necessarie per impedire che le norme emanate in applicazione della presente direttiva siano eluse mediante una speciale formulazione dei contratti e in particolare attraverso la distribuzione dell'importo del credito in più contratti”; l’inderogabilità *in pejus* sancita dall’art. 5 della direttiva 90/314/CEE del 13 giugno 1990 concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso” limitatamente alle disposizioni che prevedono la responsabilità dell’organizzatore e/o venditore per l’inadempimento o la cattiva esecuzione del contratto; l’art. 6 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori secondo cui “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, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”. Infine l’art. 8 della direttiva 94/47/CE del 26 ottobre 1994, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili secondo cui “Gli Stati membri prevedono nella loro legislazione che un'eventuale clausola secondo cui l'acquirente rinuncia ai benefici dei diritti previsti dalla presente direttiva o secondo cui il venditore è esentato dalle responsabilità derivanti dalla presente direttiva, non vincoli l'acquirente, alle condizioni stabilite dalla legislazione nazionale”.

É interessante evidenziare che sia la direttiva 87/102/CEE che la direttiva 94/47/CEE sono state abrogate e sostituite dalle direttive, rispettivamente,

2008/48/CE e 2008/122/CE, in cui in luogo della originaria formula della inderogabilità e della non vincolatività il legislatore europeo ha introdotto la formula “i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalla presente direttiva” (su tale aspetto vedi *infra* par. 1.4).

È solo a distanza di un decennio – precisamente nella direttiva 97/7/CE del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza – che ricompare il concetto di “irrinunciabilità” ai diritti conferiti al consumatore dalla direttiva; l’art. 12, rubricato “Carattere imperativo delle disposizioni”, della dir. 97/7/CE sancisce che “il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli in virtù del recepimento della presente direttiva nel diritto nazionale”.

La medesima formulazione era già presente all’art. 14 rubricato “Diritto del contratto” della Proposta di direttiva del Consiglio, presentata dalla Commissione il 20 maggio 1992²³. Ciò che merita di essere evidenziato è la motivazione posta a giustificazione della scelta compiuta dalla Commissione, così come riportata nella “semplice illustrazione articolo per articolo” contenuta nella Proposta stessa. Il “fondamento giuridico” che è dato rinvenire alla base dell’articolo 14 è il seguente: “Questa disposizione è identica all’art. 6 della direttiva relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali”.

Nella Proposta modificata²⁴ la formulazione non viene mutata e all’articolo viene semplicemente aggiunto un secondo comma volto a disciplinare le ipotesi in cui la legge applicabile al contratto del consumatore sia quella di un paese terzo. Il testo della direttiva 97/7/CE viene infine approvato senza che venga fornita alcuna ulteriore spiegazione sulla portata del precetto dell’irrinunciabilità.

L’anno successivo rispetto alla emanazione della direttiva sui contratti a distanza la Commissione inizia i lavori finalizzati all’adozione di un’ulteriore direttiva, volta a tutelare i consumatori nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, la cui Proposta viene presentata dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo il 19 novembre 1998.

²³ COM (92) 11 def. SYN 411.

²⁴ COM (93) 396 def. SYN 411.

Il testo della Proposta conteneva già la (oramai consueta) formula “il consumatore non può rinunciare ai diritti che gli sono conferiti in virtù della presente direttiva”, formula che viene riportata, immutata, nel testo definitivo della direttiva approvato il 23 settembre 2002.

I lavori preparatori della direttiva 2002/65/CE non contengono alcuna motivazione o spiegazione relativa alla scelta di disporre l’irrinunciabilità dei diritti, ma è facilmente ipotizzabile che la giustificazione sia la medesima di quella che sottostava alla scelta del legislatore della direttiva 97/7/CE posto che, in primo luogo, la direttiva del 2002 ha come base proprio la direttiva del 1997, di cui costituisce un “ampliamento”²⁵ e, in secondo luogo, non può non assumere rilevanza l’elemento temporale-cronologico, costituendo il processo legislativo delle due direttive ora esaminate – proprio per l’affinità della materia trattata – un unico percorso che iniziato nel 1992, vede un primo “frutto” nel 1997 e riprende poi l’anno successivo per completarsi definitivamente nel 2002.

La mera ed acritica riproposizione della medesima formula non può essere esente da critiche, soprattutto alla luce delle motivazioni poste a fondamento di tale scelta. Il precetto dell’irrinunciabilità dettato nelle direttive appare quasi una clausola di stile, la cui reiterazione, priva di una qualsiasi indicazione circa i limiti entro cui essa operi e le conseguenze nell’ipotesi di una sua violazione, rischia di frustrare l’obiettivo di salvaguardia a cui è finalizzata la direttiva stessa e di creare, al contrario, incertezza e disparità nella forme di tutela dei contraenti deboli. Se da un lato è certamente condivisibile il proposito del legislatore comunitario di offrire uno strumento elastico ed idoneo a trovare applicazione nei diversi tessuti normativi dei singoli Stati membri e di assicurare l’omogeneità tra gli atti comunitari²⁶, dall’altro il perseguimento di tali obiettivi non dovrebbe poter costituire un

²⁵ Si osservi infatti il considerando n. 10 della direttiva 2002/65/CE secondo cui “La direttiva 97/7/CE [...] stabilisce le principali disposizioni che si applicano ai contratti a distanza relativi a beni o servizi conclusi tra un fornitore e un consumatore. I servizi finanziari non sono tuttavia contemplati da detta direttiva”.

²⁶ A tal proposito si ricorda che la “Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione destinata a coloro che partecipano alla redazione di testi legislativi delle istituzioni comunitarie” stabilisce che le prescrizioni contenute nell’atto legislativo devono essere omogenee “anche rispetto agli altri atti comunitari [al fine di] evitare sovrapposizioni e contraddizioni con altri atti che disciplinano la stessa materia” pt. 4.3.1; cfr. altresì l’analisi del documento di RUSSO, *L’interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Tr. Di dir. priv.*, a cura di IUDICA – ZATTI, Milano, 2008.

espedito per limitarsi a ripetere (acriticamente) le medesime formule, senza fornire alcuna indicazione integrativa.

Per di più, ai rilievi critici ora mossi se ne aggiunge un altro in relazione alla direttiva 2002/65/CE; questa è, al contrario delle precedenti direttive sui contratti c.d. porta a porta e a quella concernente i contratti a distanza²⁷, una direttiva che si pone l'obiettivo di armonizzazione massima²⁸: sarebbe stato pertanto necessario – proprio per garantire quell'elevato livello di tutela a cui l'armonizzazione piena è deputata – che il legislatore comunitario avesse chiarito, quanto meno in tale ultima direttiva, il significato da attribuire alla espressione rinuncia, la cui assenza legittima gli Stati membri ad adottare soluzioni differenziate che rischiamo di creare disparità di tutela tra i consumatori dei diversi Stati membri e frustrare in questo modo gli obiettivi fissati.

1.3 LE DIRETTIVE 2008/48/CE SUI CONTRATTI DI CREDITO AI CONSUMATORI E LA DIRETTIVA 2008/122/CE SULLA TUTELA DEI CONSUMATORI PER QUANTO RIGUARDA TALUNI ASPETTI DEI CONTRATTI DI MULTIPROPRIETÀ, DEI CONTRATTI RELATIVI AI PRODOTTI PER LE VACANZE DI LUNGO TERMINE E DEI CONTRATTI DI RIVENDITA E DI SCAMBIO (CONFRONTATE CON LE PRECEDENTI DIRETTIVE 87/102/CEE E 94/47/CE)

I contratti di credito al consumo, così come i contratti di *timesharing* immobiliare, sono stati disciplinati, per la prima volta a livello comunitario, rispettivamente nel 1987 e nel 1994.

La direttiva 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo sanciva, nel primo paragrafo dell'art. 14 la inderogabilità, in senso sfavorevole al consumatore, delle disposizioni del diritto nazionale che davano esecuzione alla direttiva stessa; la direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto a

²⁷ Cfr. art. 8 dir. 85/577/CEE e art. 14 dir. 97/7/CE

²⁸ Considerando n. 13 “[...] Gli Stati membri non dovrebbero prevedere disposizioni diverse da quelle stabilite dalla presente direttiva per i settori che essa armonizza, salvo indicazione contraria espressamente menzionata nella direttiva stessa”.

tempo parziale di beni immobili prevedeva invece la non vincolatività delle clausole con le quali l'acquirente-consumatore avesse rinunciato ai benefici dei diritti previsti dalla direttiva.

Entrambe le direttive sono state abrogate e sostituite da due direttive del 2008 (rispettivamente la 2008/48/CE e la 2008/122/CE) in cui il legislatore europeo ha preferito sostituire alle precedenti disposizioni di tutela la (ben nota) formula della irrinunciabilità da parte del consumatore dei diritti a lui conferiti dalle direttive.

Al fine di ricercare quali siano state le ragioni che hanno indotto il legislatore europeo a modificare la sanzione originaria della non derogabilità in senso sfavorevole al consumatore e la non vincolatività delle clausole di rinuncia ai benefici dei diritti attribuiti dalla direttiva, si ripropone il medesimo *modus operandi* utilizzato per le direttive precedenti.

La Proposta di direttiva della Commissione per quanto riguarda i contratti di credito ai consumatori è stata presentata l'11 settembre 2002²⁹ (che, si ricorda, è l'anno di approvazione della direttiva sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari).

In tale testo, l'articolo 30 rubricato "Armonizzazione complessiva e carattere imperativo delle disposizioni della direttiva" disponeva "[...] (2) Gli Stati membri provvedono affinché i contratti di credito e di fideiussione non deroghino, a scapito del consumatore e del fideiussore, alle disposizioni del diritto nazionale che danno esecuzione o che corrispondono alla presente direttiva. (3) Gli Stati membri provvedono inoltre affinché le disposizioni adottate per dare esecuzione alla presente direttiva non possano essere aggirate attraverso l'impiego di forme particolari di contratti, in particolare con l'inserimento dei prelievi o dei contratti di credito che rientrano nella sfera di applicazione della presente direttiva, in contratti di credito la cui natura o finalità consentirebbe di evitare l'applicazione della direttiva stessa. (4) Il consumatore e il fideiussore non possono rinunciare ai diritti che sono loro conferiti in forza della presente direttiva. [...]".

Nell'"esame del dispositivo" contenuto nella Proposta la Commissione chiarisce che "i paragrafi 4 e 5 precisano il carattere imperativo delle disposizioni della direttiva. Il paragrafo 4 precisa che i diritti accordati al consumatore e previsti

²⁹ COM 2002 443 def.

dalla presente direttiva non possono in alcun caso essere oggetto di una rinuncia da parte del consumatore stesso”.

La Commissione infine, per giustificare la scelta di un diverso strumento di tutela, che costituisce un *quid pluris* rispetto a quanto prescritto nella direttiva del 1987, precisa che “norme analoghe in termini identici sono contemplate dalle direttive 93/13/CE in materia di clausole abusive, 97/7/CE in materia di contratti a distanza, nonché dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del {...} relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari presso i consumatori”.

Nonostante l’articolo 30 sia stato oggetto di una profonda modifica ad opera del Parlamento europeo che, in seconda lettura³⁰, ha proposto numerosi emendamenti al testo originario, il contenuto dei paragrafi 2 e 4 (ovvero inderogabilità in senso sfavorevole al consumatore e l’irrinunciabilità dei diritti conferiti allo stesso) sono rimasti immutati. L’unica modifica che rileva ai fini del presente lavoro è l’emendamento che il Parlamento ha proposta per ciò che concerne la rubrica dell’articolo, che da “Armonizzazione complessiva e carattere imperativo delle disposizioni della direttiva” ha modificato in “Efficacia delle disposizioni della direttiva”. Tale emendamento non è stato però accolto dalla Commissione che, nel testo della Proposta modificata presentato il 7 ottobre 2005, rubrica l’art. 21 (corrispondente all’art. 30) “Armonizzazione, riconoscimento reciproco e carattere imperativo della direttiva”, lasciandone inalterato il contenuto e mantenendo nella rubrica il riferimento al carattere imperativo delle disposizioni della direttiva³¹.

L’articolo in esame viene ulteriormente modificato dal Consiglio che, nella posizione comune n. 14 del 20 settembre 2007 elimina il paragrafo contenente il divieto di deroga in senso sfavorevole al consumatore e mantiene la sola prescrizione della irrinunciabilità dei diritti; la rubrica dell’articolo viene ulteriormente modificata in “Armonizzazione e obbligatorietà della direttiva”³².

Tale formulazione viene poi ripetuta, immutata, nella versione definitiva della direttiva senza però che tale scelta venga in alcun modo motivata.

³⁰ Del 2 aprile 2004.

³¹ COM (2005) 483 def.

³² Nelle altre versioni linguistiche “*Harmonisation and imperative nature of this Directive*”; “*caractère impérative*”; “*caràcter obligatorio*”; “*Unabdingbarkeit*”.

L'unica "spiegazione" fornita, o almeno desumibile dai lavori preparatori, in ordine alla scelta di sancire l'irrinunciabilità dei diritti è proprio quella della presenza, nelle direttive precedenti, della analoga formulazione.

Un simile *iter* è ravvisabile altresì nei lavori preparatori della direttiva 2008/122/CE che ha abrogato e sostituito la direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili.

Il testo normativo del 1994 prevedeva la "non vincolatività" della clausola con la quale l'acquirente-consumatore avesse rinunciato ai benefici dei diritti previsti dalla direttiva o secondo cui il venditore fosse esentato dalle responsabilità derivanti dalla direttiva stessa; tale formulazione è stata riportata, invariata, nell'art. 8 della Proposta presentata dalla Commissione il 7 giugno 2007 rubricato "Carattere imperativo della direttiva" secondo cui non sono vincolanti le disposizione attraverso la quale il consumatore rinuncia ai diritti conferitigli dalla direttiva stessa; altresì nel considerando n. 10 viene chiarito che "Il consumatore non dovrebbe essere privato della tutela garantita dalla presente direttiva, il che dovrebbe valere anche quando al contratto si applica la legge di uno Stato non membro".

Nell'illustrazione motivata della Proposta (che si ricorda, essere anch'essa di armonizzazione massima) non viene fornita alcuna spiegazione circa la portata normativa della disposizione ma viene, ancora una volta, riproposta la seguente spiegazione "L'art. 8 riproduce in larga misura la corrispondente disposizione della direttiva 94/47/CE".

Nell'*iter* legislativo che ha portato alla emanazione del testo definitivo della direttiva un'attenzione particolare viene dedicata alla rubrica dell'articolo, la cui formulazione originaria viene criticata dal Comitato Economico e Sociale che, nel parere rassegnato il 24 ottobre 2007, sostiene che "il titolo dell'art. 8 dovrebbe essere sostituito con "carattere ingiuntivo dei diritti", dato che la *ratio legis* non consiste nello stabilire l'imperatività della direttiva, ma piuttosto nel vietare che quei diritti siano esclusi o limitati, indipendentemente dalla legislazione applicabile".

Infine, nella prima relazione rassegnata dal Parlamento europeo, il 4 giugno 2008, è stato emendato l'art. 8, eliminando l'inciso relativo alla non vincolatività e mantenendo la "più semplice" formula della irrinunciabilità *tout court*.

Purtroppo l'unico commento che giustifica tale scelta è il seguente "L'art. 12 (ex art. 8) rubricato "Carattere imperativo della direttiva e applicazione in casi internazionali" detta al primo comma che "gli Stati membri garantiscono che, ove la legge applicabile sia quella di uno Stato membro, i consumatori non possano rinunciare ai diritti conferiti loro dalla presente direttiva" risolvendosi la motivazione in una tautologia ben poco utile all'interprete.

Ancora una volta quindi non viene fornita alcuna spiegazione soddisfacente per l'interprete, ma dai lavori preparatori alle direttive emerge soltanto un paradossale gioco dei rimandi che riporta, ancora una volta, alla direttiva 85/577/CEE: le direttive 48 e 122 del 2008 rimandano a quelle sui contratti a distanza del 2002 e 1997 che, a loro volta, rinviano alla direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali.

1.4 LA NUOVA DIRETTIVA SUI DIRITTI DEI CONSUMATORI

Il medesimo anno in cui sono state emanate le direttive sui contratti di credito ai consumatori e sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio, la Commissione ha presentato una Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori³³ il cui obiettivo era quello di riesaminare le direttive 1985/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e la direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, al fine di creare un unico strumento orizzontale volto a disciplinare gli aspetti comuni delle norme esistenti, risolvere le incoerenze e colmare le lacune.

L'obiettivo della Proposta era inoltre quello di distanziarsi dall'approccio di armonizzazione minima seguito nelle quattro direttive esistenti per seguire un approccio di armonizzazione completa³⁴.

³³ COM (2008) 614 definitivo.

³⁴ Per una lettura critica di tale scelta si vedano SMITS, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010, p.

Analizzando il testo della Proposta limitatamente agli aspetti che interessano il presente lavoro, si riscontra che il divieto di rinuncia è sancito sia dal considerando n. 59 secondo cui “Il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli a norma della presente direttiva” sia dall’art. 43 rubricato “Carattere imperativo della direttiva” a norma del quale “Se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalla presente direttiva”.

Il contenuto della Proposta è stato profondamente modificato dal Consiglio dell’UE³⁵ che ha, *in primis*, ridotto l’ambito di applicazione a solo due direttive, ovvero la direttiva 85/577/CEE e 97/7/CE, mantenendo tuttavia inalterato l’approccio di armonizzazione massima. Anche il testo del considerando n. 59 è stato modificato e riproposto nella più ampia e generica formulazione: “Il consumatore non dovrebbe essere privato della tutela garantita dalla presente direttiva”; è stato altresì arricchito l’art. 43 della Proposta a cui è stato aggiunto un secondo paragrafo che dispone “Eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore”³⁶, a chiarimento della natura delle conseguenze

5ss.; MICKLITZ – REICH, *Crònica de una muerte anunciada: the Commission Proposal for a “Directive on Consumer Rights”*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 474ss;

³⁵ 10 dicembre 2010

³⁶ Nelle diverse versioni linguistiche: (*Unabdingbarkeit der Richtlinie*) “*Ist auf den Vertrag das Recht eines Mitgliedstaats anwendbar, so können Verbraucher auf die Rechte, die ihnen mit der Umsetzung dieser Richtlinie in das innerstaatliche Recht eingeräumt werden, nicht verzichten. Alle Vertragsklauseln, die unmittelbar oder mittelbar einen Verzicht auf die aus dieser Richtlinie hervorgehenden Rechte oder deren Einschränkung bewirken, sind für den Verbraucher nicht bindend.*

(*Imperative nature of the Directive*) *If the law applicable to the contract is the law of a Member State, consumers may not waive the rights conferred on them by the transposition of this Directive into national law. Any contractual terms which directly or indirectly waive or restrict the rights resulting from this Directive shall not be binding on the consumer.*

(*Caractère impératif de la directive*) *Si le droit applicable au contrat est le droit d’un État membre, le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés par la transposition en droit national de la présente directive. Toute clause contractuelle qui, d’une manière directe ou indirecte, écarte ou limite les droits découlant de la présente directive ne lie pas le consommateur.*

(*Carácter imperativo de la Directiva*) *Si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confiere la incorporación de presente Directiva al Derecho nacional. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor.*

nell'ipotesi in cui il consumatore rinunci, violando il par. 1 dello stesso articolo, ai diritti che gli sono conferito dalla direttiva.

Nella Risoluzione adottata in prima lettura dal Parlamento europeo³⁷ è stata avallata la scelta del Consiglio di ridurre l'ambito di applicazione (che si propone cioè di abrogare e sostituire le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE e solamente modificare le direttive 93/13/CEE e 94/44/CE) ed è stato altresì mantenuto l'approccio di armonizzazione massima quale strumento per aumentare la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti e per eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme. In tale testo il Considerando 58 viene riformulato nella classica espressione "Il consumatore non può rinunciare ai diritti conferitigli a norma della presente direttiva" e l'originario contenuto dell'art. 43 viene trasfuso nell'art. 25, inserito nel capo V dedicato alle Disposizioni generali, rubricato "Carattere imperativo della direttiva" secondo il quale "Se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle misure nazionali di recepimento della presente direttiva. Eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore". Tale versione è la medesima che si ritrova nel testo definitivo della direttiva, approvato dal Consiglio il 28 settembre 2011.

Seppure la formulazione utilizzata dal legislatore sia innovativa rispetto alle espressioni contenute nelle direttive precedenti, manca, ancora una volta, qualsivoglia indicazione a giustificazione di tale scelta legislativa, assenza che pare sempre più frustrare il fine di "rimuovere le incoerenze e colmare le lacune indesiderate nella normativa" perseguito dal legislatore UE attraverso l'armonizzazione massima delle legislazioni nazionali³⁸.

³⁷ Con la Risoluzione del 23 giugno 2011.

³⁸ Sulla portata innovativa dell'art. 25 dir. 2011/83/UE cfr. cap. IV, par. 7 e altresì le considerazioni svolte in sede di conclusioni.

2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE MATERIALE DELLA IRRINUNCIABILITÀ

La seconda parte di questo primo capitolo sarà dedicata alla ricerca delle caratteristiche desumibili dai (soli) testi delle direttive che connotano la rinuncia “europea”.

Necessaria premessa, prima di affrontare tali riflessioni, attiene al significato e al contenuto dell'espressione “diritto comunitario” (*id est*: diritto dell'Unione europea) e a come esso debba essere interpretato. Ai fini che qui interessano non si può infatti ritenere che il diritto dell'Unione europea costituisca un sistema autosufficiente di regole, dettate dagli organi dell'UE, destinato ad essere recepito negli Stati membri e suscettibile di essere interpretato autonomamente.

Il diritto europeo è, al contrario e per volontà degli stessi Trattati istitutivi, un diritto solo sussidiario che “deve essere valutato all'esito del necessario processo di integrazione tra le fonti interne e quelle di derivazione comunitaria”³⁹ e deve pertanto essere inteso come il “diritto di ciascuno degli Stati”⁴⁰. Tale definizione di “diritto comunitario” si riverbera inevitabilmente nella metodologia di interpretazione dello stesso; benché la “Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione destinata a coloro che partecipano alla redazione di testi legislativi delle istituzioni comunitarie” chiaramente suggerisca l'utilizzo di espressioni generiche slegate dai concetti nazionali⁴¹, le fonti comunitarie devono ciononostante essere lette ed analizzate attraverso le categorie nazionali di ciascuno Stato membro, poiché il diritto europeo, pur decostruendo le categorie nazionale, logicamente le presuppone. Autorevole dottrina ha a tal proposito sottolineato come sia proprio nella necessità di tali concetti nazionali che si annida il paradosso del diritto europeo, nell'interpretazione del quale “i tradizionali concetti sono del tutto necessari [...], ma ne sono altrettanto logicamente impossibili”⁴².

³⁹ LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1ss.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ “Per quanto riguarda la terminologia strettamente giuridica, appare necessario evitare termini troppo intimamente legati agli ordinamenti giuridici nazionali”; “Le espressioni e le locuzioni impiegate – ed in particolare i termini giuridici – legati troppo intimamente alla lingua o all'ordinamento giuridico dell'estensore, potrebbero creare difficoltà di traduzione”; pt. 5.3 e 5.3.2.

⁴² Così GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p.778.

È su questi presupposti che l'indagine circa il significato (squisitamente) europeo verrà affrontata: una lettura della normativa comunitaria effettuata con la consapevolezza che “la legislazione comunitaria non ha concetti. Ha politiche”⁴³.

2.1 L'OGGETTO DELLA RINUNCIA: L'INDIVIDUAZIONE DEI DIRITTI “IRRINUNCIABILI”

La prima questione che si deve porre l'interprete che si appresti alla ricostruzione della figura della irrinunciabilità è quella dell'individuazione dei diritti, di cui diviene titolare il consumatore in forza della direttiva europea, che devono ritenersi irrinunciabili.

Le posizioni giuridiche attribuite al consumatore dalle direttive sopra richiamate hanno subito un notevole ampliamento, rinvenendosi una significativa differenza tra la complessità e specificità dei diritti attribuiti dalle direttive più recenti rispetto alla regolamentazione contenuta nelle prime direttive di tutela dei consumatori.

A fini illustrativi si propone di seguito una elencazione dei diritti che le direttive analizzate attribuiscono al contraente debole.

La direttiva 85/577/CEE attribuisce al consumatore il diritto ad essere informato per iscritto circa l'esistenza, il termine e le modalità con le quali esercitare il diritto di recesso (art. 4) nonché il diritto a recedere dal contratto entro il termine di 7 giorni che decorre dal momento in cui ha ricevuto le informazioni di cui all'art. 4 (art. 5).

Ai sensi della direttiva 97/7/CE il consumatore è titolare del diritto di ricevere le informazioni riguardanti l'identità del fornitore, le caratteristiche essenziali del bene o del servizio, comprensive della (eventuale) durata minima del contratto, il prezzo del bene o servizio, incluse le spese di consegna e il costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, le modalità di pagamento e di esecuzione del contratto, l'esistenza del diritto di recesso e la durata della validità del prezzo o dell'offerta (art. 4); del diritto a ricevere per iscritto tali informazioni

⁴³ GENTILI, *La “nullità di protezione”*, in *Europa e dir. privato*, 2011, p. 79.

(art. 5); del diritto a recedere dal contratto entro un termine di sette giorni lavorativi senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo (art. 6); del diritto a chiedere l'annullamento del pagamento effettuato nel caso di utilizzazione fraudolenta della sua carta di pagamento e del diritto, in tale ipotesi, a che gli vengano riaccreditate o restituite le somme versate (art. 8); del diritto a negare il consenso per l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza senza l'intervento di un operatore (art. 10); infine, del diritto di adire, attraverso organismi pubblici o organizzazioni di consumatori, i tribunali o gli organi amministrativi competenti per fare applicare le disposizioni nazionali attuative della presente direttiva (art. 11).

Sono irrinunciabili per il consumatore, ai sensi della direttiva 2002/65/CE, il diritto ad essere informato, in maniera chiara e comprensibile, prima della conclusione del contratto a distanza, circa l'identità del fornitore (o del suo rappresentante), le caratteristiche, il prezzo totale le modalità di pagamento e di esecuzione del servizio finanziario, l'esistenza o la mancanza del diritto di recesso e le sue modalità di esercizio, la durata minima del contratto, qualsiasi clausola contrattuale sulla legislazione applicabile al contratto e/o sul contratto a distanza, l'esistenza o la mancanza di procedure extragiudiziali di reclamo e di ricorso accessibili ai consumatori (art. 3); inoltre, se queste informazioni sono fornite mediante telefonia vocale, il consumatore ha diritto ad essere informato, all'inizio della chiamata, circa l'identità del fornitore e il fine commerciale della chiamata, in caso contrario egli ha diritto a ricevere dette informazioni su un supporto cartaceo o comunque durevole prima di essere vincolato dal contratto; il diritto, gratuito e senza necessità di specificarne il motivo, di recedere dal contratto (art. 6, co.1), il diritto a negare il consenso, in via preventiva, all'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza senza l'intervento di un operatore (art. 10) ed il diritto di adire, attraverso organismi pubblici o organizzazioni di consumatori, i tribunali o gli organi amministrativi competenti per fare applicare le disposizioni nazionali attuative della direttiva (art. 13).

La direttiva 2008/48/CE attribuisce al consumatore il diritto a che la pubblicità riguardante il credito contenga informazioni di base, chiare, concise e graficamente evidenziate, concernenti il tasso debitore, l'importo totale del credito e l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare, il tasso annuo effettivo

globale, la durata del contratto, e l'eventuale obbligatorietà, per ottenere il credito, di concludere un contratto riguardante un servizio accessorio (art. 4); il diritto ad ottenere, prima di essere vincolato dal contratto, le informazioni necessarie a raffrontare le varie offerte ai fini di una decisione consapevole circa la conclusione del contratto, concernenti, oltre a quelle di cui all'art. 4, le spese di gestione dei conti su cui sono registrate le operazioni di pagamento, il tasso degli interessi in caso di ritardi di pagamento, le eventuali garanzie richieste, l'esistenza o meno del diritto di recesso, il diritto al rimborso anticipato, il diritto ad essere informato del risultato della consultazione di una banca dati ai fini della valutazione del merito creditizio, il periodo di tempo per il quale il creditore è vincolato dalle informazioni precontrattuali (artt. 5 e 6); il diritto ad essere informato sull'esito della consultazione di una banca dati nazionale, utilizzata dal professionista per la verifica del merito creditizio del consumatore; il diritto di ricevere copia dei contratti di credito che devono contenere, oltre alle informazioni ora riportate, una serie di informazioni elencate dall'art. 10 della direttiva; il diritto ad essere informato – se non è stato convenuto tra le parti che l'informazione avvenga periodicamente – della modifica del tasso debitore, con comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole; il diritto per il consumatore di sciogliere gratuitamente il contratto di credito a tempo indeterminato (art. 13); il diritto a recedere dal contratto di credito senza fornire alcuna motivazione ed il diritto, ove abbia esercitato lo *ius poenitendi*, a non essere vincolato dal contratto di credito collegato (artt. 14 e 15); il diritto ad adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito e il diritto a ricevere un equo indennizzo per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato (art. 16); infine il consumatore ha il diritto di far valere nei confronti del cessionario tutti i diritti e i mezzi di difesa che vantava nei confronti del cedente (art. 17).

La direttiva 2008/122/CE attribuisce al consumatore il diritto ad essere informato, prima di essere vincolato dal contratto circa il contenuto del negozio attraverso i formulari predisposti dallo stesso legislatore europeo (gli obblighi informativi che gravano sul professionista circa il contenuto delle informazioni “accurate e sufficienti” coincidono con quelli dettati dalla direttiva sul credito ai consumatori che, per evitare inutili ripetizioni, non vengono qui riportati) ed allegati

alla direttiva (art. 4); il diritto a ricevere per iscritto tali informazioni e le seguenti modifiche (art. 5); il diritto – gratuito – di recedere dal contratto di multiproprietà, dal contratto relativo a prodotti per le vacanze di lungo termine e dal contratto di rivendita o scambio ed il diritto a che vengano risolti automaticamente tutti i relativi contratti accessori (artt. 6, 8 e 11); infine, il diritto a non versare alcun acconto, prestazione di garanzie, o accantonamento di denaro sotto forma di deposito bancario prima che spiri il periodo di recesso (o, per i contratti di rivendita, prima che la vendita abbia effettivamente luogo) (art. 9).

Infine, la nuova direttiva sui diritti dei consumatori attribuisce al c.d. contraente debole il diritto a ricevere le informazioni precontrattuali elencate nell'art. 5 (per i contratti diversi da quelli negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza) e art. 6 (per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza); a ricevere tali informazioni su un supporto cartaceo o altro mezzo durevole, nonché copia del contratto firmato (art. 7); il diritto – solo per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza – a recedere senza darne motivazione e senza costi (ad eccezione del costo diretto di restituzione dei beni) entro il termine di 14 giorni (art. 9); il diritto, in caso di esercizio dello *ius poenitendi*, ad ottenere il rimborso di tutti i pagamenti effettuati (art. 13) ed il diritto ad annullare i contratti accessori (art. 15); a risolvere il contratto se il professionista non consegna i beni nel termine supplementare concesso dal consumatore quando la consegna sia già in ritardo e il diritto ad avvalersi, in tale ipotesi, dei rimedi nazionali (art. 18); il diritto a pagare le tariffe per gli strumenti di pagamento che coincidano con quelle del professionista e il diritto a non pagare più della tariffa di base quando contatta il professionista su una linea telefonica (art. 19 e 21); il diritto al rimborso dei costi supplementari quando il consenso a tale pagamento sia avvenuto tramite opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare per evitare il pagamento stesso (art. 22) e, infine, il diritto a non fornire alcuna prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta (art. 27).

Tutte le direttive sopra richiamate si chiudono con l'esplicita attribuzione del connotato dell'irrinunciabilità ai diritti conferiti, ancorché con una formulazione differente; in talune direttive si fa infatti riferimento ai “diritti conferiti *dalla direttiva*”, in altre il legislatore ha utilizzato la diversa formula “diritti conferiti *dalla*

legge nazionale in virtù del recepimento della presente direttiva”; sorge spontaneo domandarsi se tale disarmonica formulazione legislativa possa costituire l’origine di squilibri di tutela tra i consumatori residenti nei diversi Stati membri o se, al contrario, essa sia del tutto irrilevante. Per arginare soluzioni paradossali e per inquadrare correttamente il problema pare opportuno muovere una ulteriore distinzione tra le direttive di armonizzazione minima e quelle di armonizzazione massima; nelle prime infatti il problema verrebbe “ridimensionato” dalla possibilità che hanno gli Stati membri di dettare regole che alzino il livello di tutela rispetto a quello previsto nella direttiva: in tale ipotesi un diritto attribuito spontaneamente dal legislatore nazionale in sede di recepimento della direttiva sarebbe anch’esso irrinunciabile in virtù della presenza – nella direttiva stessa – della possibilità per i legislatori nazionali di arricchire le previsioni normative di protezione (nell’esempio sopra riportato si farebbe riferimento all’art. 8 della direttiva 85/577/CEE). Più complicate paiono invece le ripercussioni pratiche nel caso in cui ci si trovi dinanzi ad una direttiva di armonizzazione completa, che preclude cioè una diversa regolamentazione interna dei rapporti di consumo disciplinati dalla direttiva stessa; in tale seconda ipotesi pare doversi escludere la possibilità che il requisito della irrinunciabilità si “estenda” a diritti non espressamente conferiti dalla direttiva, *in primis* poiché agli Stati non dovrebbe proprio essere concesso di introdurre disposizioni diverse da quelle previste nella direttiva e, in secondo luogo, perché tale diversa regolamentazione frustrerebbe quell’esigenza di uniformità a cui la più recente legislazione europea tende.

La principale domanda che sorge all’interprete che voglia individuare quali siano i diritti irrinunciabili attiene all’ampiezza propria del termine “diritti”, ovvero se in tale espressione vadano ricompresi i soli diritti soggettivi (intesi nella loro accezione tradizionale) o se questa debba essere letta estensivamente, tale da abbracciare tutte le situazioni giuridiche soggettive – incluse le situazioni di mera pretesa – di cui il consumatore diviene titolare precedentemente, contestualmente e successivamente all’instaurazione del rapporto contrattuale di consumo. Una interpretazione restrittiva, limitata cioè ai soli diritti soggettivi, pare preferibile e risulterebbe inoltre avvalorata dall’art. 169 del Trattato sul funzionamento dell’UE secondo cui l’Unione, al fine di assicurare un livello elevato di protezione dei

consumatori, “contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”.

Ciononostante, la lettura dei soli testi normativi comunitari non permette di optare per una soluzione ben definita, sulla quale si ritornerà nel secondo capitolo, dedicato all'analisi delle scelte compiute dai legislatori nazionali in sede di recepimento delle normative comunitarie⁴⁴.

Infine, a completamento della panoramica dei diritti che devono reputarsi irrinunciabili, rimane da considerare come debbano essere qualificati i diritti di cui diviene titolare il consumatore in virtù dei principi generali dei singoli ordinamenti nazionali in seguito alla violazione di diritti che gli sono attribuiti dalle direttive. Deve, ad esempio, considerarsi irrinunciabile il diritto al risarcimento del danno attribuito al consumatore ai sensi dell'art. 1337 c.c. nell'ipotesi in cui il professionista abbia violato gli obblighi di corretta informazione precontrattuale? E il diritto per il consumatore “*de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad*” sancito dall'art. 117 del *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* spagnola nell'ipotesi della garanzia per i vizi nella vendita dei beni di consumo⁴⁵? Se da un lato pare doversi negare l'estensione del carattere dell'irrinunciabilità ai diritti conferiti dai singoli ordinamenti nazionali, proprio perché il diritto dell'Unione è un diritto solo sussidiario e il legislatore europeo non può incidere sui principi generali che regolano i singoli sistemi normativi⁴⁶, dall'altro è evidente che privare di sanzione la violazione di un diritto equivale a disconoscere il diritto stesso. Ciò premesso, una ampliamento della sfera di

⁴⁴ Si pensi alle espressioni usate dal legislatore spagnolo che, all'art. 8 del TRLGDCU ha elencato i “*derechos básicos*” dei consumatori e degli utenti che sono irrinunciabili ai sensi dell'art. 10, così come all'espressione “diritti fondamentali” riconosciuti ai consumatori dall'art. 2 del Codice del consumo (e irrinunciabili ai sensi dell'art. 143 c. cons.).

⁴⁵ Si ricorda che nel TRLGDCU, così come nel Codice del consumo italiano, il legislatore ha optato per una generica e omnicomprensiva “irrinunciabilità” dei diritti, che non trova un corrispettivo nelle sole ipotesi in cui il legislatore europeo ha stabilito tale forma di protezione ma è stata posta come articolo generale ad apertura, nell'esperienza spagnola, o a chiusura, in quella italiana, del testo normativo settoriale.

⁴⁶ Si consideri peraltro che ove il legislatore comunitario ha voluto fare salvi i diritti attribuiti dalle leggi nazionali ne ha fatta espressa menzione: cfr. l'art. 18, par. 4 della nuova direttiva sui diritti dei consumatori che prevede la possibilità per il consumatore di avvalersi “di altri rimedi previsti dalla legislazione nazionale” quando egli abbia il diritto – attribuito dalla direttiva – di risolvere il contratto di vendita.

operatività della irrinunciabilità ai diritti nazionali di cui diviene titolare il consumatore per effetto della violazione di diritti attribuiti dalle direttive, non può essere affermata *de plano* in base al solo dato normativo comunitario. Un'unica eccezione è (forse) ravvisabile nella nuova direttiva sui diritti dei consumatori, il cui art. 25, dopo aver dettato nel primo paragrafo l'irrinunciabilità dei diritti, stabilisce la non vincolatività delle clausole che escludono o limitano “direttamente o indirettamente” i diritti derivanti dalla stessa. Se è pur vero che si potrebbe dilatare l'ambito di applicazione del divieto di rinuncia tramite una lettura ampia dell'espressione “indirettamente”, che arriverebbe così a ricomprendere tutti i diritti funzionalmente collegati alla tutela del consumatore – a prescindere dalla loro origine comunitaria o interna –, è anche vero che il legislatore europeo ha dettato tale precisazione con riferimento al secondo par. dell'art. 25, che non contiene il precetto dell'irrinunciabilità.

In conclusione, in mancanza di pronunce della Corte di giustizia su tale aspetto e nell'ottica di avvalorare le sole indicazioni che si possono trarre dai testi normativi, non è possibile, in questa sede, avvallare una lettura estensiva al quesito posto, che dovrà essere riconsiderato alla luce delle scelte discrezionali compiute dai singoli legislatori nazionali.

2.2 LA NOZIONE DI RINUNCIA

Il secondo profilo problematico attiene al significato da attribuire all'espressione “rinuncia”, ovvero se essa debba essere intesa ed interpretata alla luce di quegli stessi connotati che ha l'istituto della rinuncia nei diritti nazionali oppure se lo stesso termine debba essere riletto alla luce della politica legislativa europea al fine di attribuirvi un significato indipendente, costruito alla luce della *ratio* di tutela di cui le direttive esaminate sono permeate.

Posto che la tecnica legislativa impiegata è quella di ricorrere a concetti abbastanza generici e labili da permettere ai legislatori dei diversi Stati membri di introdurre i dettami europei nei tessuti normativi interni, è sicuramente da escludere l'attribuzione al termine “rinuncia” (*verzichten, waive, renoncer, renonciar*) del significato tradizionale di diritto civile interno; ciononostante, al fine di sviluppare

un concetto di rinuncia che possa essere aderente al significato che tale termine ha nel sistema europeo è necessario prendere le mosse dalle definizioni domestiche di rinuncia⁴⁷, avendo come inevitabile punto di riferimento il sistema italiano.

La rinuncia, quale istituto di diritto privato, consiste in quell' "atto essenzialmente unilaterale con cui il titolare di una posizione di potere se ne spoglia volontariamente"⁴⁸; muovendo dalle caratteristiche qualificanti di tale definizione è opportuno valutare quali di esse possano essere mantenute e quali debbano invece essere adattate nell'ottica di una lettura europea dell'istituto.

La struttura dell'atto di rinuncia (vietato dal legislatore europeo) è, *in primis*, la medesima? In altre parole, la rinuncia vietata è solo quella che si estrinseca mediante un atto unilaterale di dismissione del diritto o vengono altresì ricompresi gli atti bilaterali (intercorsi tra consumatore e professionista) attraverso i quali le parti dispongono del diritto?

Volendo rimanere aderenti ad a una interpretazione letterale del dato normativo europeo, parrebbero vietati i soli atti unilaterali di rinuncia: le direttive fanno sempre riferimento ad un atto di dismissione posto in essere dal solo consumatore, mentre nulla dicono relativamente ai patti o alle clausole di rinuncia⁴⁹. Sono stati i legislatori nazionali ad aver ampliato, in sede di recepimento, l'ambito di operatività del divieto di rinuncia: si pensi, ad esempio, al legislatore italiano che ha sancito la nullità delle *pattuizioni* attraverso le quali il consumatore venga privato dei diritti (cfr. art. 67 *octies decies* c. cons.) o che siano in contrasto con le disposizioni del Codice del consumo (art. 143 c. cons.); oppure al legislatore francese che ha sancito la nullità di "*Toute clause du contrat par laquelle le client*

⁴⁷ GENTILI, *op. cit.*, p. 777s, il quale osserva che per leggere la normativa comunitaria dobbiamo certamente usare il concetto tradizionale di diritto interno ma solo la parte più semplice dello stesso può essere adattata ai testi comunitari, mentre le determinazioni più distinte "sono refrattarie".

⁴⁸ SICCHIERO, voce "Rinuncia" in *Digesto disc.priv.*, Torino 1998, p. 653s. il quale evidenzia come tale definizione costituisca il "contenuto minimo" della rinuncia, fattispecie che non è possibile delineare sotto un unico profilo. Parla di contenuto minimo anche MOSCARINI, voce *Rinunzia. Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p.1. Allo stesso modo cfr. COPPOLA, *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005, p.59 secondo la quale la rinuncia non è un istituto giuridico corredato da una sua disciplina generale.

⁴⁹ L'unica parziale eccezione è costituita dall'art. 25 della direttiva sui diritti dei consumatori, nella versione approvata dal Parlamento europeo il 28 settembre 2011. In tale articolo è ravvisabile una doppia tutela: nel primo paragrafo il divieto per il consumatore di rinunciare – con atto unilaterale – ai diritti che gli sono conferiti dalle misure nazionali di recepimento della direttiva. Nel secondo invece la non vincolatività della clausole contrattuali di rinuncia o di deroga ai diritti derivanti dalla direttiva.

abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat” contenute in un contratto porta a porta (*Démarchage*) (Art. L121-25, co. 2, *Code de la Consommation*); o ancora, alla scelta operata dal legislatore del Lussemburgo che, nel recente Codice del consumo, ha optato per la nullità delle clausole con le quali il consumatore rinunci ai diritti che gli sono conferiti dal libro del codice dedicato ai “Contratti dei consumatori”⁵⁰. Si confronti infine l’opzione scelta dal legislatore tedesco che ha recepito il divieto di rinuncia come inderogabilità in senso sfavorevole al consumatore⁵¹ in cui la deroga postula chiaramente una pattuizione tra consumatore e professionista.

Ancora una volta l’interprete deve interrogarsi sulla compatibilità dell’ampliamento della sfera di operatività del divieto di rinuncia con la natura di armonizzazione massima delle direttive più recenti. Detto altrimenti, se le direttive che sono di armonizzazione completa paiono vietare il solo atto unilaterale di rinuncia, è consentito allo Stato membro, in sede di recepimento della direttiva, ampliare il novero degli atti che devono ritenersi vietati? Se si volesse dare una risposta muovendo dal solo dato letterale questa sarebbe giocoforza negativa, poiché in contrasto con l’idea di armonizzazione massima; se si volesse, al contrario, far prevalere una lettura funzionale e teleologica delle norme dovrebbe senz’altro affermarsi la compatibilità dell’ampliamento dell’ambito di applicazione del divieto di rinuncia poiché costituirebbe l’unico modo per garantire l’effettività della tutela, tutela che sarebbe senz’altro frustrata ove si volesse limitare al solo dato testuale europeo.

Il secondo quesito che l’interprete è chiamato a risolvere attiene al contenuto dell’atto di rinuncia, ovvero se con essa si intenda una totale dismissione dal proprio patrimonio della situazione giuridica di cui il consumatore è (potenzialmente) titolare; tale quesito pone un ulteriore interrogativo, concernente il momento

⁵⁰ “1. *Le consommateur ne peut renoncer à la protection effective dont il bénéficie en vertu du présent livre. 2. Toute clause contraire au paragraphe qui précède est réputée nulle et non écrite*” Art. L 211-6 *Code de la Consommation*.

⁵¹ Cfr. § 312g del BGB “*Abweichende Vereinbarungen*” “*Von den Vorschriften dieses Untertitels darf, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, nicht zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden abgewichen werden. Die Vorschriften dieses Untertitels finden, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden*”

temporale nel quale debba essere posta in essere la rinuncia per ritenersi senz'altro vietata.

Quanto al primo quesito – se si volesse valorizzare quanto prescritto dal legislatore europeo – bisognerebbe concludere che la rinuncia comporta la totale esclusione del diritto dal patrimonio del consumatore e che tale rinuncia non coincide con la prescrizione della inderogabilità in senso sfavorevole al consumatore. Tale interpretazione sarebbe corroborata dal dato normativo, in quanto il legislatore europeo ha differenziato il grado di tutela accordato al consumatore, sancendo in talune direttive la inderogabilità in senso sfavorevole al consumatore in luogo dell'irrinunciabilità e, in alcune ipotesi, utilizzando all'interno della stessa direttiva le due forme di tutela.

Ad una soluzione differente porta tuttavia la lettura teleologica della norma, posto che pare difficile ipotizzare che il divieto di rinuncia ricomprenda una totale indisponibilità dei diritti in capo al consumatore (si pensi ad un termine più favorevole per l'esercizio dello *ius poenitendi*) così come pare frustrare la *ratio* di tutela sottesa alla disciplina ammettere la validità di una rinuncia “parziale” (per continuare con il medesimo esempio si pensi al dimezzamento del termine per esercitare il diritto di recesso); tale lettura è inoltre avallata dalla nuova direttiva sui diritti dei consumatori, il cui (più volte richiamato) art 25, par. 2 sancisce la non vincolatività per il consumatore delle clausole che “escludano” o “limitino” i diritti derivanti dalla direttiva stessa, di fatto equiparando la rinuncia con l'inderogabilità in senso sfavorevole per il consumatore.

Va chiarito, infine, in quale momento sia da intendersi vietata la rinuncia, ovvero se essa sia vietata solo se posta in essere anteriormente al sorgere del diritto o se sia altresì vietata quella successiva. Le indicazioni che possono essere ricavate dal dato normativo comunitario depongono nel senso di considerare negata sicuramente la rinuncia previa e per quanto riguarda la rinuncia *ex post* questa venga ammessa solo ove si sostanzi in una transazione; si confronti, per esempio, l'art. 14 della direttiva 2002/65/CE (il cui contenuto coincide con l'art. 14, co. 3, della direttiva 2008/122/CE), rubricato “Ricorso extragiudiziale” che ordina agli Stati membri di promuovere l'istituzione di adeguate procedure extragiudiziali per la “composizione di controversie riguardanti i consumatori”. È sottinteso che in tale sede le parti

saranno portate a “rinunciare” a determinati diritti che vantano nei confronti della controparte a fronte di un sacrificio di quest’ultima; l’ammissibilità di tale forma di rinuncia si spiega alla luce della presenza di soggetti terzi e imparziali negli organismi così istituiti che garantisce ed assicura ai contraenti deboli un’adeguata informazione e la possibilità di compiere scelte consapevoli⁵².

Alcuni dubbi rimangono solo in ordine agli atti di rinuncia compiuti successivamente al sorgere del diritto, posti cioè in essere nel momento in cui il consumatore ne è già titolare, compiuti dallo stesso in “autonomia”, ovvero senza la cornice di garanzia che assume un organismo di composizione extragiudiziale delle liti.

In tal caso, per rimanere fedeli agli obiettivi di tutela più volte richiamati, pare potersi escludere la validità di tali rinunce, soprattutto ove si consideri che, di fatto, è proprio nel momento in cui il consumatore è divenuto titolare del diritto e lo voglia esercitare che il professionista potrebbe più facilmente “abusare” della sua posizione contrattualmente forte e indurre il consumatore a rinunciare a talune pretese, magari con una dichiarazione unilaterale successiva alla conclusione del contratto (si pensi, ad esempio all’imposizione, da parte del professionista, del pagamento di una “penale” per l’esercizio del diritto di recesso – necessariamente gratuito – che il consumatore sia “costretto” ad accettare per evitare, ad esempio, le lungaggini o i costi di un giudizio).

2.3 NATURA E CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DEL PRECETTO DELL’IRRINUNCIABILITÀ

Rimane infine da valutare quali siano le conseguenze nell’ipotesi in cui il consumatore ponga in essere un atto di disposizione del diritto che sia vietato dall’ordinamento. Il legislatore dell’Unione nulla dice in relazione a tale ipotesi, lasciando la più ampia discrezionalità ai legislatori nazionali che, in sede di

⁵² Sul medesimo ragionamento, condotto dalla CGUE in materia di clausole abusive, vedi *infra* cap. III.

recepimento, potranno così dare attuazione al precetto comunitario nella misura più adeguata e aderente ai rispettivi sistemi giuridici⁵³.

Tuttavia, i binari entro i quali si possono muovere i legislatori nazionali trovano un limite, da un lato, nelle poche ma imprescindibili indicazioni che si possono trarre dai testi normativi comunitari, dall'altro nelle regole dettate dalla Corte di giustizia chiamata ad interpretare la compatibilità delle leggi di recepimento nazionali delle direttive che regolano i rapporti di consumo con le direttive stesse.

Con riferimento al primo aspetto il legislatore nazionale è limitato nella propria discrezionalità dalla qualificazione come imperative delle norme che tutelano il contraente debole⁵⁴. Tale caratterizzazione delle norme è ricavabile, *in primis*, dalle direttive stesse che rubricano l'articolo dedicato al precetto dell'irrinunciabilità come "Natura imperativa delle disposizioni/ della direttiva" (nelle altre versioni linguistiche: *Binding nature/Imperative nature of the Directive*; *Carácter imperativo de las disposiciones/de la Directiva*; *Caractère contraignant des dispositions/ Caractère impératif de la directive*; *Unabdingbarkeit*). Nonostante "rubrica legis non est lex" e, secondo una tradizionale opinione, essa non abbia un contenuto vincolante, la rubrica si riflette inevitabilmente sull'interpretazione dell'articolo cui si riferisce⁵⁵.

Tale qualificazione è stata corroborata inoltre dalle pronunce della Corte del Lussemburgo chiamata a pronunciarsi sull'idoneità dei diritti nazionali a garantire il raggiungimento degli obiettivi di tutela perseguiti dalle direttive comunitarie. La

⁵³ La discrezionalità del legislatore nazionale deve comunque essere esercitata in conformità agli scopi principali delle direttive: egli dovrà adottare "misure adeguate" al fine di preservare la tutela riconosciuta ai consumatori dalle direttive stesse.

⁵⁴ Mancando una nozione di ordine pubblico comunitario (posto che il concetto di ordine pubblico è intimamente legato a ciascun ordinamento nazionale: così, RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi*, cit., p. 162) è necessario ricorrere ai concetti e alle regole interne dettate per garantire il rispetto delle norme imperative. Ciononostante gli interventi comunitari hanno intaccato i principi nazionali in materia. Si pensi, ma su tale aspetto v. *infra*, cap. 2, all'esperienza italiana, in cui il carattere dell'imperatività viene tradizionalmente individuato in riferimento all'interesse pubblico tutelato dalla norma. Ebbene, con l'introduzione delle c.d. "nullità di protezione" di origine comunitaria è stato conferito carattere di imperatività a norme che tutelano interessi particolari ed è stata introdotta, sostituendola alla consueta indisponibilità assoluta, l'inderogabilità relativa (a favore del solo cliente/consumatore).

⁵⁵ TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 103ss; cfr. altresì BELVEDERE, *Il problema della definizione nel codice civile*, Milano, 1977, p. 115 ss che muove rilievi critici a tale interpretazione, partendo dalla considerazione secondo la quale il principio per cui la rubrica non ha carattere vincolante trova ragion d'essere solo allorché la rubrica e la norma siano tra loro in rapporto di antinomia; esso si tradurrebbe quindi in un mero principio pratico, non in un diverso *status* normativo delle rubriche.

Corte, con riferimento alla direttiva 93/13/CEE, ha infatti avuto più volte occasione di affermare che per la “natura e l’importanza dell’interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva 93/13 garantisce ai consumatori, l’art. 6 di tale direttiva deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell’ambito dell’ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico”⁵⁶. Nonostante il principio sia stato dettato dalla Corte con riferimento alla direttiva in materia di clausole abusive (che contiene la sanzione della “non vincolatività” e non quella dell’irrinunciabilità) pare non solo ragionevole, ma anche doveroso – alla luce delle richiamate rubriche e della medesima *ratio* di tutela che soggiace ai provvedimenti normativi– estendere quanto affermato a tutte le direttive che, disciplinando i contratti conclusi tra un consumatore e un professionista, si propongano di tutelare il contraente debole.

Rimane tuttavia da interrogarsi circa la relazione che intercorre tra “non vincolatività” e irrinunciabilità: deve ritenersi che, nel silenzio del legislatore comunitario, la sanzione che colpisce gli atti attraverso i quali il consumatore pone in essere una rinuncia vietata sia la non vincolatività?

Il regime della non vincolatività è stato oggetto di ripetuti rinvii pregiudiziali da parte dei giudici nazionali, i quali hanno chiesto alla Corte di valutare la compatibilità delle scelte discrezionali compiute dai propri legislatori con la direttiva stessa. La Corte ha avuto così l’occasione di colmare le numerose lacune lasciate dalla direttiva che si limita a sancire la non vincolatività della singola clausola abusiva (dell’intero contratto solo nell’ipotesi in cui il contratto non possa sussistere senza la clausola abusiva) andando, di fatto, a comprimere la (asserita) discrezionalità dei singoli legislatori nazionali.

La Corte ha così escluso che possa essere compatibile con la finalità di protezione garantita ai consumatori la necessaria impugnazione da parte del consumatore della clausola vessatoria⁵⁷; al contrario, al fine di garantire un’effettiva tutela, è necessario che il giudice rilevi d’ufficio la natura abusiva di una clausola

⁵⁶ Cfr. Corte di giustizia CE 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, pt. 38 in *Il Foro it.*, 2007, IV, c. 373, con nota di CASORIA; Corte di giustizia CE 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, pt. 30, in *Corr. giur.*, 2010, p. 170, con nota di CONTI; Corte di giustizia UE 16 novembre 2010, causa C- 76/10 *Pohotovost s.r.o.* pt.50

⁵⁷ Corte di giustizia CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, in *I Contratti*, 2009, p. 1115 con nota di MONTICELLI

inserita nel contratto dal quale è sorta la controversia di cui è investito. Tale rilevanza d'ufficio è stata delineata, all'inizio, come una mera facoltà, per poi essere sancita come un dovere⁵⁸; per di più il dovere del giudice non trova un limite nemmeno nell'ipotesi in cui egli non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari a compiere tale valutazione, dovendo disporre d'ufficio i mezzi istruttori per ottenere dette informazioni⁵⁹.

Il regime normativo dettato dalla Corte di giustizia esclude altresì che i legislatori nazionali possano assoggettare ad un limite temporale il diritto del consumatore a far valere in giudizio o il potere del giudice di rilevare d'ufficio la non vincolatività della clausola vessatoria.⁶⁰

Infine, nella nota sentenza *Pannon GSM*, la Corte ha dettato una particolare disciplina volta ad evitare l'operatività della non vincolatività, stabilendo che il giudice non può disapplicare la clausola abusiva nell'ipotesi in cui il consumatore, correttamente informato dei suoi diritti da parte del giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante⁶¹.

Può, quindi, ipotizzarsi che la determinazione dettata dai giudici della Corte di giustizia con riferimento alla "non vincolatività" di cui alla direttiva 93/13 siano suscettibili di essere applicate in via analogica altresì ai casi in cui il legislatore comunitario si sia limitato a dettare l'irrinunciabilità? Per rispondere a tale quesito è necessario capire se la non vincolatività sia la sanzione che colpisce gli atti (vietati) di rinuncia oppure se il legislatore dell'Unione abbia inteso dettare due discipline diverse. L'interrogativo acquista poi maggior rilievo ove si consideri il nuovo testo della direttiva sui diritti dei consumatori, il cui art. 25 (rubricato "Carattere imperativo della direttiva") sancisce, al par. 1 la irrinunciabilità dei diritti conferiti

⁵⁸ La Corte di giustizia ha utilizzato, inizialmente, l'espressione "il giudice nazionale può valutare d'ufficio" in Corte di giustizia, 27 giugno 2000, cause da C- 240/98 a C-244/98 *Oceano Grupo editorial SA e Salvat Editores SA*, punti 22-24 in *Foro it.*, 2000, IV, c. 413, pt. 26 per poi affermare invece che il giudice "deve" o "è tenuto" a compiere tale valutazione nelle sentenze, rispettivamente, C-243/08 *Pannon* pt. 32 e C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones* pt. 52

⁵⁹ Corte di giustizia (grande sezione), 9 novembre 2010, causa C- 137/08 *Schneider* pt. 56.

⁶⁰ Sentenza 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis*, in *Dir. com e degli scambi internazionali*, 2003, p. 35 con nota di PALLARO nella quale la Corte ha chiarito che una siffatta limitazione vanificherebbe gli obiettivi di tutela dettati dagli art. 6 e 7 della dir. 93/13, posto che il professionista, per eludere le norme a tutela del consumatore, dovrebbe semplicemente lasciar scadere il termine previsto dalla legislazione nazionale per poi pretendere l'esecuzione e il rispetto della clausola abusiva.

⁶¹ In Corte di giustizia CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, cit., pt. 33 e 35.

dalle misure nazionali di recepimento della direttiva e, al par. 2, la non vincolatività delle clausole che escludono o limitano i diritti derivanti dalla direttiva stessa. La contestuale presenza dei due precetti, non solo nella medesima direttiva ma addirittura nel medesimo articolo, deve essere letta come conferma della loro diversità o, al contrario, è da intendersi che il par. 2 sia dettato a completamento del primo?

I testi delle direttive⁶², così come le sentenze della Corte, lasciano aperti tali interrogativi, ai quali si proverà a dare una risposta nel prosieguo dell'indagine.

⁶² Una – seppur tenue – indicazione a sostegno della uniformità delle due previsioni potrebbe essere tratta dalla rubrica dell'art. 12 della dir. 97/7 in materia di contratti conclusi a distanza. La versione italiana è “Carattere imperativo delle disposizioni” mentre quella in lingua inglese è “*Binding nature*” (divenuto poi “*Imperative nature*” - dir. 2002/65 e dir. 2008/122- e “*Mandatory nature*”- dir. 2008/48) in cui viene utilizzato il medesimo verbo “*to bind*” contenuto nell'art. 6 della dir. 93/13/CEE. Tali riflessioni saranno oggetto di approfondimento nel cap. III.

CAPITOLO II

LE INVALIDITÀ CONTRATTUALI EUROPEE A TUTELA DEL CONSUMATORE:

L'INTERPRETAZIONE FORNITA DALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

1. INTRODUZIONE

Dopo aver analizzato la legislazione di matrice europea e prima di affrontare il recepimento nei sistemi nazionali delle direttive esaminate, pare necessario dedicare un autonomo approfondimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Ue che ha, mediante l'interpretazione delle direttive a tutela del consumatore richiamate, arricchito e plasmato il regime giuridico applicabile alle prescrizioni normative di tutela del contraente debole.

Se è vero che la competenza pregiudiziale è stata attribuita alla Corte di giustizia proprio allo scopo di garantire l'uniformità dell'interpretazione del diritto dell'Unione ed evitare che la peculiarità dei singoli sistemi nazionali e la molteplicità delle giurisdizioni deputate alla sua applicazione generassero divergenze ermeneutiche e, di conseguenza, disparità di trattamento all'interno dell'Unione, è altrettanto vero che la Corte non pare essersi limitata al solo ruolo esegetico (ossia di interpretazione degli atti normativi europei mediante il richiamo dei concetti nazionali) ma ha creato – assumendo così quel ruolo da protagonista del “processo di comunitarizzazione” del diritto dell'Unione europea che correttamente le è stato riconosciuto⁶³ – autonome nozioni europee che, slegate da qualsivoglia corrispondenza interna, hanno finito per incidere e modificare i singoli sistemi nazionali. È così oggi possibile parlare di “europeizzazione” di molte branche del diritto determinata, da un lato, dalla penetrante attività normativa del legislatore dell'Ue e, dall'altro, dalla solerte ed operosa attività della Corte di giustizia che si è spinta, in determinate circostanze, ad imporre ai giudici nazionali il rispetto di taluni

⁶³ Cfr. TIZZANO che ha parlato di “carattere strutturale, perché ha influito sullo stesso modo di essere dell'ordinamento comunitario”, in *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. dell'Unione europea*, 2009, p. 142. Cfr. altresì MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 136 che sottolinea come, per rafforzare l'armonizzazione dell'Unione, “lo strumento cardine è la direttiva europea, ma un ruolo essenziale è lasciato alla giurisprudenza della Corte europea di Giustizia”.

comportamenti in ambiti nei quali la competenza normativa dell'Unione non permetterebbe di arrivare⁶⁴.

In particolare, il rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto processuale dei singoli Stati membri è stato, negli ultimi anni, oggetto di marcate trasformazioni che hanno portato ad una parziale erosione del principio di autonomia processuale nazionale. Tale principio, pur in assenza di una norma specifica nel Trattato sul funzionamento dell'UE (così come nei precedenti Trattati), è stato costantemente ribadito, oltre che da coloro che si dedicano allo studio del diritto dell'Unione europea⁶⁵, dalla stessa Corte di giustizia, la quale ha posto come unico limite al legislatore nazionale – nella predisposizione degli strumenti processuali di tutela di posizioni giuridiche tutelate dall'UE – l'osservanza del principio dell'equivalenza⁶⁶ nonché la necessità di non pregiudicare l'effettività della normativa europea⁶⁷.

Limitando le considerazioni ai profili che qui rilevano, è certo che, nell'ambito del diritto dei consumi, le direttive europee abbiano rafforzato la posizione del consumatore non solo sotto il profilo sostanziale, mediante cioè

⁶⁴ Non potendo, per chiare ragioni di estensione del lavoro, dedicare un autonomo approfondimento al tema dello sviluppo, nel diritto dell'UE, di uno spazio giudiziario europeo (il cui fondamento normativo è l'art. 19 del TUE, ai sensi del quale gli Stati membri hanno l'obbligo di stabilire “i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”), si rinvia, *funditus*, a ZENO-ZENCOVICH – PAGLIETTI, *Globalizzazione, delocalizzazione, europeizzazione: riflessi sul processo dei consumatori*, in *www.judicium.it*, 2011, p. 1ss e alle considerazioni svolte da TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 361ss.

⁶⁵ Vedi, *ex pluribus*, REICH, *Procedural Autonomy of Member States vs. Effective Legal Protection*, in *Liber amicorum V. Mikeleans*, Vilnius, 2008, p. 271ss. Sulla difficoltà di racchiudere in un modello concettuale unitario le varie sfaccettature del rapporto fra diritto comunitario e sistemi processuali nazionali cfr. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 447ss.

⁶⁶ Secondo il quale le norme processuali applicate alle azioni aventi ad oggetto diritti attribuiti dall'ordinamento europeo non possono essere meno favorevoli rispetto a quelle che trovano applicazione per la tutela di diritti equivalenti di fonte interna.

⁶⁷ Tra le prime pronunce si ricorda la sentenza della Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, causa C-45/67 *Comet*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1977 p. 126 con nota di CIMOLINO e *ivi*, 1978, p. 199 con nota di FORLATI PICCHIO, secondo cui “in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie” pt. 13; cfr. Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe*, in *Racc.*, p. 1989. Fra le pronunce più recenti, si veda Corte di giustizia, 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Van Schijndel e Van Veen*, in *Racc.*, p. I-4705 e in *Giur. italiana*, 1996, I, c. 1289 con nota di CARANTA; Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/05 *Mostaza Claro* in *Il Foro it.*, 2007, IV, c. 373, con nota di CASORIA; in *Dalloz*, 2006, 2910, con nota di AVENA-ROBARDET e in *Procédures*, 2009, 84, con nota di RASCHEL, *Pouvoir de relever d'office la violation des dispositions du Code de la Consommation* e Corte di giustizia, 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank*, non ancora pubblicata.

l'attribuzione di (nuove) situazioni giuridiche soggettive, ma altresì sul piano processuale, posto che l'attribuzione di un diritto individuale rischierebbe di essere vanificata dall'assenza di idonei strumenti processuali volti a proteggere il diritto medesimo⁶⁸. E' stato efficacemente sottolineato che la tutela processuale del consumatore costituirebbe così "l'ultima frontiera della c.d. espansione del diritto dei consumi"⁶⁹, diritto dotato di principi generali – di carattere sostanziale e processuale – propri.

Le pagine che seguono sono dedicate all'esposizione del percorso svolto dalla Corte di giustizia nella sua opera di creazione delle regole di diritto processuale (europeo) che trovano applicazione qualora il contratto di consumo sia colpita da una delle forme di invalidità poste a protezione del contraente debole. L'ambito dell'indagine non sarà circoscritto alle sole pronunce aventi ad oggetto (le leggi nazionali di recepimento del) le direttive che contengono il precetto dell'irrinunciabilità, ma ci si soffermerà, più in generale, ad analizzare le pronunce con le quali la Corte di giustizia ha contribuito allo sviluppo di ciascuna forma di c.d. invalidità europea (di cui fanno parte i concetti di "non vincolatività", "irrinunciabilità" e "inderogabilità *in peius*" dei diritti conferiti), con particolare riferimento all'interpretazione fornita alla direttiva 93/13/CEE che sancisce la "non vincolatività" delle clausole abusive contenute in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista⁷⁰.

La Corte di giustizia è stata infatti chiamata più volte a pronunciarsi sulla operatività del precetto della "non vincolatività" delle clausole abusive nei contratti di consumo; i giudizi nazionali, ravvisando un contrasto tra la normativa interna – soprattutto di carattere processuale – e la direttiva dell'UE, si sono rivolti ai giudici di Lussemburgo al fine di chiedere la compatibilità, in termini di adeguatezza e

⁶⁸ Cfr. TROCKER, *op. cit.*, p. 375ss. il quale richiama le Conclusioni dell'Avvocato generale van Gerven alla causa C-271/91 Marshall, nelle quali viene affermato che "*non solamente le sanzioni propriamente dette ma anche le modalità procedurali che portano all'applicazione delle medesime*" devono rispondere ai canoni del principio di effettività.

⁶⁹ ZENO-ZENCOVICH – PAGLIETTI, *op. cit.*, p. 4

⁷⁰ Giova a tal proposito ricordare il *modus deliberandi* della Corte di giustizia, la quale non si è quasi mai discostata dalle proprie precedenti decisioni; al contrario, essa nelle proprie motivazioni è solita richiamare propri precedenti di cui si limita a copiare le massime o i passaggi logici principali. Per un approfondimento circa il valore e la funzione del precedente delle sentenze dei giudici di Lussemburgo cfr. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2009, p. 41ss.

proporzionalità, delle rispettive misure interne adottate in attuazione della direttiva. L'approfondimento delle pronunce che hanno, nell'ultimo decennio, contribuito a plasmare il *modus operandi* della sanzione della "non vincolatività" delle clausole abusive sarà affrontato enucleando gli elementi caratterizzanti la disciplina della "non vincolatività europea" ed i principi di base assunti dalla Corte di Lussemburgo per delineare le linee fondamentali di tale sanzione.

Infine, dopo aver offerto una panoramica sullo *status* della giurisprudenza europea, si valuterà se vi sono i presupposti per operare una interpretazione estensiva delle pronunce della Corte di giustizia su una specifica forma di invalidità anche alle altre ipotesi di talché, ad esempio, le regole (soprattutto di carattere processuale) enucleate dalla CGUE in materia di "non vincolatività" possano trovare applicazione anche per quei rapporti negoziali tra consumatore e professionista regolati dalle direttive nelle quali la tutela del consumatore è assicurata mediante l'utilizzo delle diverse formule "divieto di rinuncia ai diritti conferiti al consumatore" e "divieto di derogare in senso a lui sfavorevole".

2. LE REGOLE ENUCLEATE DALLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI "NON VINCOLATIVITÀ" DELLE CLAUSOLE ABUSIVE: IL RANGO DI NORME DI ORDINE PUBBLICO

È affermazione costante della Corte di giustizia quella secondo la quale, per la natura e per l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva 93/13/CE garantisce ai consumatori, il suo art. 6 – che stabilisce che le clausole abusive non vincolano il consumatore – debba essere considerato come una "norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico"⁷¹. I giudici

⁷¹ Così sentenza Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, pt. 52, in *Il corriere giuridico*, 2010, p. 175 con nota di CONTI; in *Rivista di diritto processuale*, 2010, p. 677 con nota di RAITI; in *Diritto dell'UE*, 2010, p. 727 con nota di VITALE e in *Revue trimestrielle droit civil*, 2009, p. 684 con nota di REMY-CORLAV; Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, cit. pt. 38. V. altresì SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, in *European Review of Private La.*, 2010, p. 847 e REICH, *More Clarity after "Claro"?*, 3 *European Review of Contract Law*, 2007, p. 41. Tra le pronunce più recenti si confrontino inoltre Corte di giustizia, ord. 16 novembre 2010, causa C-76/10 *Pohotovost' s.r.o.* pt. 50, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 291, con nota di PAGLIANTINI e Corte di giustizia

europei hanno poi chiarito come l'art. 6 della direttiva sulle clausole abusive abbia natura di norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, "mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse"⁷².

L'aver qualificato la disciplina della non vincolatività delle clausole abusive come una norma imperativa (e, più in generale come una normativa di ordine pubblico) ha costituito, nelle argomentazioni della Corte di Lussemburgo, il punto di partenza utilizzato per determinare quali siano i principi ai quali i giudici nazionali devono sottostare allorché siano chiamati a dirimere una controversia nella quale trova applicazione la legge nazionale di recepimento della direttiva 93/13/CEE.

2.1 (*segue*) L'ACCERTAMENTO DEL CARATTERE ABUSIVO DELLA CLAUSOLA: LEGITTIMAZIONE RELATIVA E RILEVABILITÀ D'UFFICIO DA PARTE DEL GIUDICE NAZIONALE

L'art. 6 della dir. 93/13/CE statuisce che le clausole abusive "non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive"; limitando per il momento la nostra attenzione al primo inciso dell'articolo, questo è stato interpretato – mediante una lettura testuale e teleologica della norma, tanto dai legislatori nazionali così come dalla dottrina⁷³ – come circoscrizione al solo consumatore della legittimazione a far

UE 14 giugno 2012, causa C-618/10 *Banco español de Credito SA*, pt. 68 in *Contratti* 2013, p. 16 con nota di D'ADDA.

⁷² Così, per la prima volta, nella sentenza c.d. *Mostaza Claro*, pt. 36, cit.; cfr. sentenza *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., pt.30; Corte di giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, pt. 25, in *I Contratti*, 2009, p. 1115 con nota di MONTICELLI; in *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2312 con nota di POISSONNIER; in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2009, p. 2367 con nota di PFEIFFER; Corte di giustizia, 9 novembre 2010, causa C-137/08, *VB Penzugyi Lizing Zrt*, pt. 47 in *Contratti*, 2011, p. 118 con nota di F.P. PATTI; Corte di giustizia, 15 marzo 2012, causa C-453/10 *Pereničová e Perenič*, pt. 30, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 2012 p. 82 con nota di ADOBATI e sentenza *Banco español de Credito SA* cit., pt. 63.

⁷³ Per un'analisi del recepimento dell'art. 6 della dir. 93/13/CE nei principali ordinamenti nazionali si rinvia al cap. successivo. Sul carattere relativo della legittimazione ad agire, si veda, senza pretesa di completezza, GABRIELLI - ORESTANO, voce *Contratti del consumatore*, *Dig. disc. private*, Agg., Torino, 2000, p. 258; CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis del codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 411; ALPA – PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i*

valere l'abusività della clausola. Il professionista – che ha inserito unilateralmente nel contratto la clausola il cui contenuto è abusivo – non può cioè agire avanti all'autorità giudiziaria per farne caducare il contenuto: tale comportamento realizzerebbe un *venire contra factum proprium* e non tutelerebbe in maniera adeguata il consumatore⁷⁴.

Riconosciuto il carattere relativo dell'azione volta a far valere la nullità della clausola, i giudici nazionali si sono interrogati circa il ruolo che essi devono assumere quando sono chiamati a pronunciarsi su una controversia scaturente da un contratto concluso tra consumatore e professionista: se da un lato, infatti, la legittimazione relativa a far valere il carattere abusivo della clausola inserita in un contratto *b2c* pare essere in rapporto di incompatibilità logica con il potere di rilievo della stessa *ex officio* da parte del giudice, dall'altra assume un ruolo fondamentale il tenore del considerando della dir. 93/13/CE, il quale specifica che “le autorità giudiziarie e gli organi amministrativi degli Stati membri devono disporre dei mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori”; numerosi sono stati pertanto i rinvii pregiudiziali con i quali i giudici nazionali hanno chiesto alla Corte di chiarire quale fosse la “misura”⁷⁵ dei poteri di cui gli stessi sono investiti nelle controversie aventi ad oggetto clausole abusive unilateralmente inserite nel contratto dal professionista. La Corte ha, al riguardo, inizialmente fornito risposte caute salvo poi, proprio a seguito dell'attribuzione alla direttiva 93/13/CEE di legge che riveste il rango di norma di ordine pubblico, ampliare i poteri conferiti ai giudici nazionali.

La (copiosa) giurisprudenza della Corte in materia di rilevanza d'ufficio della clausole abusive è stata inaugurata dalla c.d. pronuncia *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*⁷⁶. La sentenza trae origine da una controversia instaurata

consumatori, in *Comm. al c.c.* a cura di Schlesinger, Milano, 2003 e BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000, p.373ss.

⁷⁴ Così VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, p. 176. Autorevole dottrina ha sottolineato come la legittimazione relativa dell'azione volta ad accertare il carattere abusivo della clausola è intimamente legato alla natura delle norme di protezione del consumatore che sono qualificabili come norme di ordine pubblico di protezione; così ROPPO, voce *Clausole vessatorie* (nuova disciplina), in *Enc. giur.* VI, Roma, 1996, p. 10.

⁷⁵ Così SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 840.

⁷⁶ Corte di giustizia, 27 giugno 2000, procedimenti riuniti da C-240/98 a C-244/98 in *Foro it.*, 2000, IV, c. 413; in *Europa e diritto privato* 2000 p. 1179, con nota di ORESTANO; RABL, *EuGH: Absolute*

in Spagna avente ad oggetto il mancato pagamento del prezzo convenuto tra un professionista e alcuni consumatori che avevano acquistato, ognuno per proprio conto, un'enciclopedia a rate. Ciascun contratto concluso tra il venditore e i consumatori conteneva una clausola di attribuzione della competenza (per le eventuali controversie tra le parti) alla autorità giudiziaria di Barcellona, città in cui non era domiciliato nessuno dei consumatori-acquirenti, ma in cui si trovava la sede della società venditrice. Il Tribunale di Barcellona, adito dalla società venditrice per chiedere la condanna al pagamento del prezzo dei consumatori-convenuti, richiamando la costante giurisprudenza del *Tribunal supremo* che dichiarava abusive le clausole di proroga della competenza, ha, prima di notificare i ricorsi ai consumatori, sospeso i giudizi e ha posto alla CGUE la questione circa la rilevanza o meno d'ufficio della natura abusiva di una clausola.

Nella propria sentenza la Corte di giustizia muove dal ragionamento secondo cui il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato “sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista” sia per ciò che concerne il potere nella fase delle trattative sia per quanto riguarda il grado di informazione, “situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse” (pt. 25). Proprio per tale motivo, prosegue la Corte, l'obiettivo di tutela perseguito dall'art. 6 della direttiva non potrebbe essere conseguito se i consumatori fossero tenuti a eccepire essi stessi l'abusività di tali clausole, in particolare perché la mancata contestazione della clausola illecita potrebbe dipendere, la maggior parte delle volte, dall'ignoranza da parte del consumatore circa la possibilità di chiederne la caducazione (pt. 26). Richiamando infine le osservazioni svolte dall'Avvocato generale Saggio, il quale aveva evidenziato come l'intervento d'ufficio del giudice non solo si presenta come “un mezzo di estrema efficacia a

Nichtigkeit von unfairen Verbraucherverträgen?, in *Ecolex*, 2000, p.783; RAYNARD, *Droit européen des contrats: le juge a le pouvoir de relever d'office le caractère abusif d'une clause du contrat.* (CJCE, 27 juin 2000), in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000 p. 939; BORGES, *Die europäische Klauselrichtlinie und der deutsche Zivilprozess*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2000, p. 933; BERNARDEAU, *Clauses abusives: l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, Océano, aff. C-240/98)*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2000, p. 261.

fini repressivi”, ma è altresì “idoneo a svolgere un'efficace azione di deterrenza”⁷⁷ (pt. 24), la Corte afferma come il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13/CEE “si basa sull'idea che la disegualianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale” (pt. 27) e che pertanto attribuire al giudice la facoltà di rilevare d'ufficio la natura abusiva di una clausola costituisce il mezzo idoneo per garantire tanto l'obiettivo di tutela di cui all'art. 6 della direttiva quanto quello deterrente di cui all'art. 7⁷⁸.

Proseguendo nella rassegna delle pronunce che hanno contribuito a determinare il regime giuridico della “non vincolatività” europea, la Corte ha ulteriormente influenzato gli ordinamenti processuali nazionali con la sentenza *Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL*⁷⁹; i fatti che hanno portato al rinvio pregiudiziale da parte del giudice spagnolo hanno origine dalla conclusione di un contratto di telefonia contenente una clausola compromissoria tra la signora Mostaza Claro e la società *Móvil*. A fronte dell'inadempimento da parte del consumatore delle obbligazioni nascenti dal contratto, la *Móvil* ha avviato un procedimento arbitrale (concedendo un termine di dieci giorni per rifiutare l'arbitrato alla signora Mostaza, la quale tuttavia nulla eccepiva) conclusosi con una decisione sfavorevole al consumatore. Quest'ultimo ha allora impugnato dinanzi al giudice del rinvio il

⁷⁷ L'Avvocato generale aggiunge altresì “che escludere l'intervento d'ufficio qualora l'abusività della clausola contrattuale non sia invocata dal consumatore comporterebbe effetti paradossali in una situazione come quella di specie, in cui si contesta l'attribuzione in via esclusiva al giudice della sede del professionista della competenza a decidere sulle controversie scaturenti dal contratto. Si ricorderà che, nei giudizi principali, il giudice remittente, Tribunale di prima istanza di Barcellona, è stato investito di una controversia tra professionisti (le ditte *Océano Grupo Editorial SA* e *Salvat Editores SA*, la cui attività consiste nella vendita a rate di enciclopedie) e vari consumatori, domiciliati in città diverse della Spagna, alcune distanti centinaia di chilometri dal foro adito. Ora, in tali circostanze, qualora si escludesse che, contumace il convenuto, il giudice possa valutare di propria iniziativa l'efficacia di una clausola contrattuale manifestamente «abusiva», si arriverebbe al paradosso per cui il consumatore sarebbe obbligato a costituirsi in giudizio, in un luogo diverso dal suo domicilio, proprio per sostenere che la clausola contrattuale che lo ha obbligato a ciò è una clausola abusiva! All'evidenza, un sistema del genere sarebbe del tutto inefficace come strumento di tutela del consumatore, in quanto per avvalersi della protezione attribuita dalla direttiva questi sarebbe comunque costretto ad affrontare tutti quegli inconvenienti (spese di giudizio in un luogo diverso dal domicilio, onere di conoscenza dell'abusività della clausola, ricorso ad un legale per cifre ridotte e così via) che hanno consigliato gli Stati membri a includere la scelta obbligata del foro dell'imprenditore tra le clausole contrattuali che arrecano pregiudizio al consumatore.”.

⁷⁸ Il primo comma dell'art. 7 prescrive che “Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori”.

⁷⁹ Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, cit.

lodo arbitrale, sostenendo che il carattere abusivo della clausola compromissoria comportava la nullità dell'accordo arbitrale.

La Corte di giustizia, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza in materia di clausole abusive, ha riaffermato che la tutela del consumatore voluta dalla direttiva 93/13/CEE non sarebbe sufficientemente garantita se al giudice – investito di un'impugnazione di un lodo arbitrale pronunciato in virtù di una clausola compromissoria abusiva – fosse preclusa la possibilità di valutare d'ufficio la nullità di tale decisione per il solo motivo che il consumatore non ha fatto valere la nullità della clausola compromissoria.

Pur non sancendo espressamente l'obbligo del rilievo officioso da parte del giudice, la Corte abbandona i termini “facoltà” e “potere” dalla stessa utilizzati nelle precedenti pronunce e afferma, in maniera più indefinita, che la direttiva implica che il giudice “rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo” nel caso in cui ravvisi l'abusività della clausola compromissoria, anche qualora il consumatore non abbia eccepito nel corso del procedimento arbitrale (ma solo in quello per l'impugnazione del lodo).

Sulla scia di un graduale rafforzamento dei poteri del giudice nazionale chiamato a pronunciarsi su una controversia tra consumatore e professionista e, in particolare, ad ulteriore conferma della erosione, da parte del diritto europeo, del principio di autonomia processuale degli Stati membri, si pone la sentenza *Asturcom Telecomunicaciones SL*⁸⁰ con la quale la Corte ha affrontato il problema del rapporto tra diritto europeo e giudicato nazionale. Il caso che ha portato alla pronuncia in esame è simile a quello poc'anzi analizzato: un consumatore conclude con una compagnia telefonica un contratto di telefonia mobile, sottoscrivendo un modulo che contiene una clausola compromissoria. A fronte del mancato pagamento di alcune fatture la società avvia un procedimento arbitrale conclusosi con un lodo di condanna per il consumatore. A seguito del passaggio in giudicato del lodo, la società ne chiede l'esecuzione forzata al *Juzgado de Primera Instancia* di Bilbao, il quale tuttavia, ravvisando l'abusività della clausola compromissoria e constatando che il diritto nazionale non attribuisce agli arbitri il potere di rilevare d'ufficio la nullità di una clausola abusiva né tantomeno prevede la medesima possibilità per il

⁸⁰ Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, causa C-40/08, cit.

giudice competente a statuire su un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo, decide di sospendere il giudizio e rivolgersi alla CGUE.

I giudici di Lussemburgo si interrogano pertanto sull'estensione del principio di effettività, arrivando a negare che esso si spinga fino all'obbligatorietà per il giudice di sostituirsi integralmente al consumatore che sia rimasto totalmente passivo (pt. 47)⁸¹. Essa ritiene così che il termine di 60 giorni previsto dal sistema processuale spagnolo per impugnare il lodo (previa notifica del medesimo) costituisca una modalità certamente idonea a tutelare il consumatore che, informato sul contenuto della decisione arbitrale, potrà decidere se impugnarne o meno il contenuto.

L'analisi della conformità della legislazione spagnola con il principio di equivalenza (secondo limite al principio di autonomia processuale degli Stati membri) porta la Corte di giustizia ad una conclusione opposta: la CGUE afferma infatti che, qualora secondo le norme procedurali nazionali un giudice *possa* a valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria ai principi dell'ordine pubblico, egli è *tenuto* a compiere la medesima valutazione per la clausola ritenuta abusiva *ex art. 6 dir. 93/13/CEE*, normativa alla quale – come già ricordato – deve essere conferito il rango di norma imperativa.

La Corte, con la pronuncia in esame, ha così imposto al giudice nazionale un obbligo che non è previsto dalla legislazione interna: essa ha infatti arbitrariamente convertito la mera facoltà attribuita dall'ordinamento spagnolo al giudice di rilevare *ex officio* la nullità del lodo per contrarietà a norme imperative in obbligatorietà del rilievo della natura abusiva di una clausola compromissoria *ex art. 6 della direttiva*⁸².

⁸¹ Disattendendo così le conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale che si era pronunciata sulla ammissibilità di una eccezionale deroga al rispetto del principio dell'autorità di cosa giudicata in forza del limite rappresentato dal principio di "effettività" che il diritto dell'UE impone rispetto alla competenza dei singoli Stati a disciplinare il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti di matrice europea, così Avvocato generale Trstenjak, Conclusioni presentate il 14 maggio 2009, pt. 75.

⁸² Le medesime considerazioni utilizzate dalla Corte per risolvere la questione pregiudiziale sollevata dal giudice spagnolo sono state riprese nella successiva pronuncia ordinanza C-76/2010, *Pohotovost' s. r. o./Iveta Korčkovská*, avente ad oggetto l'interpretazione della dir. 93/13/CEE e della dir. 2008/48/CE sul credito ai consumatori nel contesto della normativa slovena. Senza ripetere quanto già esposto è sufficiente in questa sede ricordare come, in tale occasione, i giudici di Lussemburgo si sono limitati a ribadire con vigore la natura di norma di ordine pubblico della direttiva sulle clausole abusive e hanno (ri)affermato che il giudice nazionale, "investito di un ricorso volto all'esecuzione forzata di un lodo arbitrale avente forza di giudicato, pronunciato in assenza del consumatore, di valutare, anche d'ufficio, il carattere abusivo di una penalità contenuta nel contratto relativo al credito

Attenta dottrina ha evidenziato come l'operazione svolta dalla Corte sia stata particolarmente "accurata", poiché i giudici, senza "attaccare il principio del giudicato" nazionale, ma al contrario, ribadendone con vigore la forza, ne ha, di fatto, "profondamente minato la tenuta"⁸³.

Nel proseguire l'analisi della giurisprudenza con la quale la Corte ha attribuito sempre maggiori poteri ai giudici nazionali, meritano un attento approfondimento le pronunce *Pannon*⁸⁴ e *VB Pénzügyi Lizing Zrt./Ferenc Schneider*⁸⁵, con la quale la Corte ha aggiunto un ulteriore tassello al "regime europeo" che regola la "non vincolatività" delle clausole vessatorie.

La prima di tali sentenze ha affermato (limitandoci in questa sede ai profili qui rilevanti; sulla pronuncia *Pannon v.*, *amplius*, par. seguente) che il giudice nazionale "è tenuto a valutare 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" (pt. 32). Per la prima volta i giudici di Lussemburgo sanciscono cioè l'obbligo (e non più la mera facoltà⁸⁶) per il giudice di pronunciarsi d'ufficio sulla (eventuale) natura abusiva di una pattuizione contrattuale, e ciò, argomenta la Corte, alla luce della necessità di garantire al consumatore la tutela effettiva che la dir. 93/13/CE (il cui art. 6, si ricorda, è una norma imperativa) gli accorda, tutela che verrebbe frustrata ove al giudice fosse precluso di pronunciarsi sull'eventuale carattere abusivo di una clausola in assenza di una espressa domanda del contraente protetto, posto che, il più delle volte, il consumatore ignora i suoi diritti o viene dissuaso a farli valere a causa delle spese che un'azione giudiziaria comporterebbe. Solo così,

concluso da un finanziatore con un consumatore, applicata nel citato lodo, ove tale giudice disponga a tal fine delle informazioni necessarie riguardo alla situazione giuridica e fattuale e possa, in forza delle disposizioni processuali nazionali, effettuare una tale valutazione nell'ambito di procedimenti analoghi basati sul diritto nazionale".

⁸³ Così CONTI, *C'era una volta...il giudicato*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 170ss. (a cui si rinvia per un approfondimento circa il rapporto tra giudicato nazionale e diritto comunitario) il quale annovera l'operazione ermeneutica svolta dalla Corte come l'ennesimo "brillante artificio" che il giudice di Lussemburgo sperimenta per riaffermare, sottotraccia, il primato del diritto comunitario.

⁸⁴ Corte di giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, cit.

⁸⁵ Corte di giustizia, 9 novembre 2010, causa C-137/08, cit.

⁸⁶ Tuttavia, da una attenta lettura delle pronunce nelle quali la CGUE ha affermato la sola facoltà per il giudice di procedere al rilievo *ex officio* della eventuale abusività di una clausola, è chiaro come la Corte abbia sempre inteso il potere di cui è investito il giudice nazionale come potere-dovere di rilievo officioso; così MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2009, p. 1119 il quale rinvia al pt. 38 della pronuncia *Mostaza Claro*, cit.

si afferma, potrebbe essere riequilibrato il rapporto tra consumatore e professionista⁸⁷.

È stato evidenziato come l'indicazione fornita dalla Corte, secondo la quale l'obbligo del giudice sorge "a partire dal momento in cui" dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari sia "fortemente ambigua", poiché non viene chiarito se tali elementi costituiscano una "condizione preliminare della rilevanza ovvero ne costituiscano l'oggetto, legittimando così degli autonomi poteri di iniziativa istruttoria del giudice"⁸⁸.

Proprio a causa di tale ambiguità⁸⁹, con la seconda tra le pronunce richiamate, è stato domandato alla Corte di meglio delineare quali fossero i poteri/doveri che gravano sul giudice *a quo* chiamato a pronunciarsi su una clausola abusiva (nella specie la causa *VB Pénzügyi* verteva su una clausola abusiva attributiva di competenza territoriale inserita in un contratto *b2c*). La CGUE ha dovuto così dare una risposta all'interrogativo posto dal tribunale di Budapest il quale chiedeva, segnatamente, se i poteri di cui dispone il giudice in virtù della dir. 93/13/CEE comprendano altresì la facoltà di "effettuare un'indagine volta ad accertare gli elementi di diritto e di fatto necessari a compiere tale valutazione, laddove il diritto processuale nazionale ammetta un siffatto esame solo su richiesta delle parti e una siffatta richiesta non sia stata avanzata".

La Corte, invero con un apparato motivazionale alquanto scarno, disattendendo le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak⁹⁰, si è spinta a

⁸⁷ Per un approfondimento e alcune note critiche di tale pronuncia si rinvia al par. 2.3.

⁸⁸ Così PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore e l'interpretazione del giudice*, in *Riv. diritto civile*, 2012, II, p. 299 il quale sottolinea come nemmeno il raffronto con le diverse versioni linguistiche (nello specifico "*sobald es über die hierzu erforderlichen ...verfügt*" nella versione tedesca, "*where is has available*" in quella inglese, "*tan pronto como disponga*" in quella spagnola e "*dès qu'il dispose des éléments*" nella versione francese) riesca a dipanare il dubbio che la formula utilizzata solleva. Sui riflessi che tale affermazione ha avuto negli ordinamenti nazionali – e segnatamente in quello italiano – v. cap. IV.

⁸⁹ Per giurisprudenza consolidata della CG il diritto europeo non deroga al principio dispositivo vigente in tutti gli ordinamenti degli St. membri e non obbliga pertanto il giudice a porre a fondamento della propria decisione atti o fatti che non gli sono stati allegati dalle parti del processo; così, tra le tante, v. Corte di giustizia, 14 dicembre 1995, cause C-430/93 e C-431/93, *Van Schijndel* cit.

⁹⁰ La quale, nelle conclusioni rassegnate il 6 luglio 2010 aveva negato che l'esigenza di tutela dei consumatori postuli l'abbandono del principio dispositivo e la sua sostituzione con il principio inquisitorio; sebbene infatti la possibilità di far valere in giudizio i propri diritti costituisca un'esigenza di fondamentale importanza nel sistema di tutele dell'UE, affermare la possibilità per il giudice di adottare d'ufficio i mezzi istruttori necessari per compiere il giudizio di abusività della

sostenere il dovere per il giudice nazionale di adottare d'ufficio le misure istruttorie necessarie al fine di accertare se una clausola contenuta in un contratto concluso tra consumatore e professionista attributiva di competenza territoriale esclusiva rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in caso affermativo, di valutarne d'ufficio l'eventuale carattere abusivo.

Ciò che più colpisce in tale pronuncia è l'assenza di un qualsivoglia *iter* argomentativo che supporti tale affermazione – anche alla luce della circostanza che una siffatta conclusione era stata fermamente esclusa dall'Avvocato generale poiché avrebbe postulato, nel diritto dell'UE, l'abbandono del principio dispositivo in favore di quello inquisitorio – che, se introdotta *de plano* negli ordinamenti degli Stati membri, rischierebbe di scardinare i principi processuali nazionali.

Coloro che si sono dedicati allo studio di tale pronuncia, proprio al fine di arginarne l'impatto nei sistemi processuali nazionali, hanno così ridimensionato la portata della statuizione della Corte che, lungi dall'essere suscettibile di trovare applicazione per qualsivoglia clausola abusiva sarebbe circoscritta alle sole ipotesi di clausole di proroga della competenza⁹¹. La dottrina, definendo “spurio”⁹² l'obbligo di cui sarebbe investito il giudice nazionale per l'effetto di tale sentenza, evidenzia come il giudice, al fine di dichiarare la propria incompetenza, non dovrebbe disporre di una vera e propria istruttoria, ben potendo effettuare il controllo della corrispondenza della circoscrizione in cui ha ufficio con il luogo di residenza e domicilio del contraente in base alle informazioni che risultano dagli atti⁹³.

clausola “oltrepasserebbe di gran lunga la finalità di effettività della tutela giurisdizionale e andrebbe pertanto a violare il principio comunitario di proporzionalità (pt. 115)”.

⁹¹ PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p.128 (ed altresì in *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, parte II, p. 292ss.) che tenta una “lettura minimalista” della sentenza commentata e F.P.PATTI, *Oltre il caso “Pannon”: poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2011, p. 120s. Cfr. altresì il commento redazionale di DOILLOT in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 983.

⁹² PAGLIANTINI, *op. loc. cit.*

⁹³ Cfr. PAGLIANTINI, *op. loc. cit.*, il quale evidenzia come, in un'ottica interna, il giudice sia tenuto, al più, ad assumere sommarie informazioni ai sensi dell'art. 38, co. 4, c.p.c. e ricorda altresì (richiamando le conclusioni dell'AG TRSTENJAK, pt. 113) che il medesimo contesto normativo è ravvisabile in Francia, Germania e Spagna.

2.2 (*segue*) NULLITÀ DELLA CLAUSOLA ABUSIVA E INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

Un ulteriore aspetto su cui si è pronunciata la CGUE concerne l'ampiezza dei poteri integrativi di cui è investito il giudice nazionale a fronte della nullità della singola clausola abusiva contenuta in un contratto *b2c*. A tal proposito giova richiamare la recente pronuncia *Banco Español de Crédito, S.A*⁹⁴ nella quale la Corte ha risposto alla questione sollevata da un giudice spagnolo, il quale si era trovato a dover decidere una controversia avente ad oggetto una clausola (abusiva) che definiva il tasso degli interessi ad un livello moratorio. Il giudice *a quo* chiedeva pertanto se il potere del giudice nazionale, accertato il carattere abusivo di una clausola e dichiarata la nullità⁹⁵, si estendesse fino alla possibilità di integrare il contenuto del contratto modificando la clausola abusiva stessa (nel caso di specie riportando il tasso al livello legale). L'interrogativo posto dal giudice *a quo* verteva, in sostanza, sugli effetti della disapplicazione della clausola abusiva (non essenziale); egli domandava se alla declaratoria della nullità debba seguire la totale elisione della pattuizione o la integrazione della medesima.

Richiamando la finalità – espressa all'art. 7 – della dir. 93/13 di “far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori” la Corte (dopo aver ribadito il dovere per il giudice di esaminare d'ufficio – e, se indispensabile, di adottare d'ufficio le misure istruttorie a tal fine necessarie – la natura abusiva di una clausola contrattuale) ha negato che l'art. 6 della direttiva medesima possa essere interpretato nel senso che esso consenta al giudice nazionale di rivedere il contenuto delle clausole abusive. Se un siffatto potere venisse riconosciuto, infatti, esso potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo deterrente di cui all'articolo 7 della direttiva, posto che per i professionisti continuerebbe ad essere più vantaggioso utilizzare le clausole abusive in quanto, quand'anche le stesse fossero dichiarate nulle, il contenuto del contratto

⁹⁴ Corte di giustizia UE, 14 giugno 2012, causa C-618/10 *Banco español de Crédito SA*, cit.

⁹⁵ La normativa europea (e le rispettive leggi di recepimento nazionali) prevedono la nullità parziale necessaria della clausola abusiva che non sia “essenziale”.

sarebbe ciononostante integrato da parte del giudice, sì da “garantire l’interesse di detti professionisti” (pt. 69)⁹⁶.

Tale soluzione avrebbe il pregio, secondo la Corte di giustizia, di maggiormente rispettare la natura necessariamente parziale del rimedio sanzionatorio di cui all’art. 6, il quale dispone che il contratto, privo della clausola abusiva, “resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini”; gli studiosi più attenti hanno tuttavia evidenziato come la scelta di sostituire alla disciplina pattizia regole imperative (dai chiari contenuti sanzionatori) non rappresenti un’opzione “neutra”, ma costituisca, al contrario, una vera e propria tecnica integrativa del contenuto negoziale⁹⁷. Posto che nessuna opzione può pertanto considerarsi neutrale, sarebbe stato preferibile che la Corte non avesse negato la possibilità che il contenuto negoziale venga integrato (da regole dispositive o dall’intervento del giudice), scelta che sarebbe stata certamente più conforme, da un lato, all’interpretazione che i legislatori nazionali hanno dato agli artt. 6 e 7 della dir. 93/13/CE e, dall’altro, alla finalità di protezione del contraente debole⁹⁸, alla luce altresì dell’indirizzo intrapreso dal giudice di Lussemburgo, volto alla sempre maggiore attribuzione di poteri al giudice chiamato a pronunciarsi su una controversia instauratasi tra un consumatore ed un professionista.

Proprio nell’ottica di un incremento dei poteri in capo al giudice, si segnala la recentissima pronuncia *Banif Plus Bank*, con la quale la Corte ha dato risposta alla domanda pregiudiziale introdotta dal giudice ungherese; quest’ultimo domandava se il giudice nazionale, dopo aver accertato il carattere abusivo di una clausola contrattuale ed averne informato le parti, sia altresì legittimato ad esaminare

⁹⁶ E’ stato correttamente evidenziato come, con la pronuncia in esame, la CGUE abbia in realtà censurato non solo la legislazione spagnola, ma altresì quella di altri e diversi ordinamenti nazionali, primo tra tutti quello tedesco, francese e italiano; così D’ADDA, *Giurisprudenza comunitaria* cit., p. 25ss. In particolare, il par. 306 *BGB* (rubricato Conseguenze giuridiche della mancata inclusione del contratto delle condizioni generali o della loro inefficacia) afferma espressamente che qualora la clausola sia inefficace “il contenuto della clausola di determina in applicazione delle disposizioni di legge” (cfr. la traduzione di Haberl e Farneti in CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di De Cristofaro, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003). Per ciò che concerne l’esperienza francese e italiana, l’Autore fa invece riferimento all’evoluzione della dottrina in materia di clausole abusive, sempre più propensa ad ammettere l’integrazione della lacuna con correttivi di fonte legale.

⁹⁷ Così D’ADDA, *Giurisprudenza comunitaria* cit., p. 27.

⁹⁸ Così D’ADDA, *op. loc. cit.* e p.29s. Cfr. altresì le osservazioni svolte da PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell’asimmetria contrattuale*, in *Nuove Leggi civili commentate*, 2012, p. 787.

“qualsiasi clausola contrattuale o possa soltanto soffermarsi su quelle clausole su cui la controparte del consumatore fonda la sua domanda”⁹⁹.

La Corte, interpretando la questione sottoposta nel senso della possibilità, per il giudice nazionale, di tener conto delle altre clausole contrattuali per valutare il carattere abusivo della clausola impugnata, ha risposto affermativamente, statuendo che il giudice, nella valutazione del carattere abusivo di una pattuizione, “deve tener conto di tutte le altre clausole contrattuali”¹⁰⁰. Rimane tuttora irrisolta la questione (che pare costituisca l’oggetto della domanda pregiudiziale) circa il potere per il giudice nazionale di esaminare le clausole del contratto che non sono state specificatamente impugunate, al fine di valutarne la natura eventualmente abusiva.

2.3 (*segue*) LA NON VINCOLATIVITÀ “DISPONIBILE”

Tra i profili che caratterizzano maggiormente il regime europeo della “non vincolatività” delle clausole abusive vi è, senza dubbio, quello della sua “disponibilità” da parte del consumatore, profilo che ha alimentato, almeno nel nostro paese, vivaci dibattiti dottrinali (v. *infra* cap. IV).

Al riguardo, tra le pronunce che più hanno inciso sul tale profilo, spicca la già richiamata sentenza *Pannon*¹⁰¹ con la quale i giudici di Lussemburgo hanno risolto la questione sollevata dal giudice slovacco chiamato a pronunciarsi su una controversia avente ad oggetto un contratto di abbonamento relativo alla fornitura di servizi telefonici; tale contratto conteneva (ancora una volta) una clausola di proroga della competenza – non negoziata tra le parti – che demandava al giudice della circoscrizione del luogo in cui aveva sede l’azienda *Pannon* le (eventuali) future controversie tra le parti. L’azienda, ritenendo che il consumatore non avesse adempiuto agli obblighi contrattuali su di lui gravanti in forza del contratto, avviava – avvalendosi della clausola di proroga della competenza – il procedimento di ingiunzione di pagamento, conclusosi con la condanna del consumatore; quest’ultimo ha poi impugnato il decreto ingiuntivo, presentando l’opposizione avanti al giudice della circoscrizione del luogo in cui aveva sede la *Pannon*. Il

⁹⁹ Domanda di pronuncia pregiudiziale, presentata il 16 novembre 2011, C-472/11.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, 21 febbraio 2013, causa C-471/11, *Banif Plus Bank*, non ancora pubblicata.

¹⁰¹ Corte di giustizia CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, cit.

tribunale adito, rilevando che la residenza dell'opponente non si trovava nella propria circoscrizione giudiziaria e che, non costituendo il c.d. foro del consumatore una competenza territoriale esclusiva, le norme processuali nazionali non gli permettevano di rilevare la propria incompetenza, ha sospeso il giudizio per chiedere alla Corte di giustizia come sia da intendere la “non vincolatività” che colpisce le clausole abusive ai sensi della direttiva 93/13/CEE e quali siano i poteri di cui dispone il giudice chiamato a pronunciarsi su una controversia che scaturisce da un contratto in cui trova applicazione la direttiva medesima nell'ipotesi in cui il consumatore non abbia formulato alcuna domanda circa la natura abusiva della clausola inserita.

La Corte, come *supra* richiamato, richiamando la natura di norma imperativa dell'art. 6 della dir. 93/13, ha affermato la necessità di riconoscere al giudice nazionale – anche a fronte dell'inerzia della parte interessata¹⁰² – il dovere di valutare d'ufficio siffatta clausola a partire dal momento in cui egli dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. L'intervento del giudice permetterebbe così di addivenire ad un equilibrio reale tra i contraenti, in luogo dell'equilibrio solamente formale determinato dalla presenza nel contratto di clausole abusive.

Se il ragionamento della Corte si arrestasse qui, nulla di nuovo. Tuttavia in tale contesto la CGUE non si limita a (ri)affermare l'obbligatorietà del rilievo ufficioso da parte del giudice ma precisa che, una volta valutata positivamente la abusività della clausola, il giudice “non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante” (pt. 33). I giudici hanno così asserito che il giudice deve non applicare la clausola abusiva “tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga” (pt. 35).

Tale scelta, certamente aderente all'“anima composita propria delle nullità di protezione”¹⁰³ e tale da permettere una tutela pienamente rispondente all'interesse del consumatore, che potrà così decidere – una volta informato – se avvalersi o

¹⁰² La tutela del consumatore rischierebbe di essere vanificata ove la declaratoria di nullità fosse subordinata ad una specifica domanda di parte: il consumatore infatti si astiene da far valere il carattere abusivo della clausola perché ignora i propri diritti o perché non è in gradi di sostenere le spese del giudizio necessario per azionarli.

¹⁰³ Così MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio* cit., p. 1120.

meno della clausola abusiva, pare porsi in contrasto con le categorie giuridiche interne (si fa, in particolare, riferimento alla categoria della nullità) dei singoli Stati membri, richiedendo a quest'ultimi un processo di "adattamento/adequamento ai principi e alle categorie di fonte sovranazionale ... per la cui implementazione può essere necessario neutralizzare l'operatività di regole di principio interne"¹⁰⁴.

Tra le prime osservazioni che possono essere avanzate in tale sede (si rinvia, per un approfondimento delle ripercussioni nazionali di tale pronuncia, ai capitoli successivi), pare interessante sottolineare come la Corte di giustizia abbia omesso di affrontare la fondamentale questione circa la valenza della mancata opposizione da parte del consumatore alla declaratoria di nullità della clausola abusiva, questione che è certamente idonea a scuotere le fondamenta dei sistemi nazionali di invalidità¹⁰⁵. Affermare infatti la valenza meramente processuale piuttosto che il valore sostanziale della scelta del consumatore è opzione che implica notevoli ripercussioni negli ordinamenti giuridici interni: nel primo caso la valenza della rinuncia sarebbe limitata al processo (con la conseguenza che il consumatore potrebbe invocare in un momento successivo la nullità), nel secondo invece il consumatore opererebbe una convalida tacita della clausola nulla, che sarebbe così definitivamente sanata¹⁰⁶.

La natura "disponibile" della non vincolatività è stata inoltre oggetto della recente pronuncia *Banif Plus Bank*¹⁰⁷, con la quale la Corte pare aver fornito una risposta agli interrogativi che la sentenza *Pannon* lasciava irrisolti. Nello specifico la Corte, "ridimensionando" la portata della manifestazione di volontà processuale del consumatore, ha chiarito che la direttiva non impone al giudice, che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola, di attendere – al fine di dichiararne la

¹⁰⁴ SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 835s.

¹⁰⁵ Omissione che è stata altresì riproposta nella sentenza *Martin Martin* (v. par. successivo), nella quale la CGUE, chiarendo i confini entro i quali il giudice nazionale può dichiarare *ex officio* la nullità del contratto, si limita ad affermare che "il giudice nazionale adito potrebbe altresì dover tenere conto, in talune circostanze, della volontà del consumatore di non voler far valere la nullità del contratto in discussione" (pt. 35) senza chiarire gli aspetti sostanziali conseguenti alla rinuncia da parte del consumatore dei propri diritti.

¹⁰⁶ Cfr. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 1123 e PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di giustizia*, in *La tutela del consumatore* cit. p. 15ss. e MILANESI, *Le pronunce Pannon ed Eva Martin Martin sulla rilevanza d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 802s. Sulle ripercussioni nazionali di tale pronuncia v. cap. III e IV.

¹⁰⁷ Corte di giustizia, 21 febbraio 2013, causa C- 472/11, non ancora pubblicata.

nullità – che il consumatore renda una dichiarazione in tal senso; tuttavia, di norma, in ossequio al principio del contraddittorio (che appartiene a tutti i sistemi processuali europei) il giudice è tenuto a fornire alle parti un termine entro il quale proporre osservazioni o discutere della questione rilevata d’ufficio.

2.4 (*segue*) LA NECESSARIA PARZIARIETÀ DELLA “NON VINCOLATIVITÀ”

L’aver elevato l’interesse del consumatore a parametro in base al quale mantenere o meno gli effetti della clausola abusiva, ha portato i giudici di Lussemburgo a dover precisare quali sia il valore da attribuire all’interesse del consumatore stesso e quali i limiti entro i quali esso possa operare.

La direttiva sulle clausole abusive prevede infatti quale conseguenza “normale” della presenza di una clausola abusiva in un contratti di consumo la non vincolatività di quella sola clausola e la “conservazione per il resto dell’accordo, il quale, una volta eliminato lo squilibrio a danno del consumatore, continua a vincolare le parti”, ad eccezione della sola ipotesi in cui il contratto, privo di detta clausola, non può oggettivamente sussistere¹⁰⁸.

La Corte con la sentenza C-453/10 *Jana Pereničová, Vladislav Perenič contro SOS financ, spol. s r. o.*¹⁰⁹, è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sulla necessaria parziarietà dell’invalidità che colpisce la clausola abusiva; la sentenza trae origine dal rinvio pregiudiziale operato dal giudice slovacco il quale chiedeva chiarimenti circa l’estensione della tutela accordata al consumatore dall’articolo 6 della direttiva del 1993, in particolare per sapere se, una volta che siano state

¹⁰⁸ Si ricorda che l’art. 6 della dir. 93/13 espressamente prevede che le clausole abusive “non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”.

La citazione è dell’Avvocato generale Mengozzi, nelle conclusioni rassegnate il 22 settembre 2005, causa C-302/04, pt. 79, il quale precisa altresì che “tale interpretazione viene poi confermata dalla finalità della disposizione in esame, e più in generale della direttiva. Come ho ricordato sopra, questa punta in effetti più a riequilibrare la posizione contrattuale del consumatore impedendo che egli «sia vincolato da una clausola abusiva» che non a salvaguardare l’autonomia contrattuale delle parti, e tanto meno quella del professionista, il quale, al contrario, potrebbe avere tutto l’interesse a liberarsi dagli obblighi di un contratto che, una volta riequilibrato, si presenterebbe per lui meno vantaggioso” (pt. 80). L’AG ha così censurato la normativa ungherese, la quale prevede che, in presenza di una clausola abusiva, il contratto rimanga per il resto vincolante, solo se le parti lo avrebbero concluso anche in assenza di detta clausola.

¹⁰⁹ Corte di giustizia, 15 marzo 2012, causa C-453/10, cit.

individuare le clausole contrattuali abusive, l'art. 6 della direttiva consenta agli Stati membri di prevedere nei rispettivi ordinamenti l'inefficacia dell'intero contratto – e non della singola clausola – ove ciò sia più favorevole per il consumatore.

La Corte, dopo aver ricordato che alla regola contenuta nella direttiva 93/13 sulla conservazione del contratto nonostante la presenza di una clausola abusiva, si può derogare solo quando il contratto medesimo non possa oggettivamente sussistere senza la clausola medesima e non quando, secondo una valutazione *a posteriori*, risulti che una delle parti non avrebbe concluso l'accordo in sua assenza, ha negato al giudice nazionale la possibilità di fondarsi unicamente sul vantaggio di una delle parti al fine di valutare la convenienza di pronunciare la nullità dell'intero contratto; ciononostante, prosegue la Corte, perseguendo la direttiva esaminata un obiettivo di armonizzazione minima, essa non osta a che uno stato preveda, nel potere discrezionale che gli è attribuito dall'art. 8 della medesima, “che un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore”.

Con tale pronuncia la Corte, pur non imponendo a tutti gli Stati membri una simile valutazione, la legittima indirettamente arrivando così ad attribuire al consumatore, nei soli ordinamenti che hanno inteso innalzare il livello di tutela del consumatore, il potere di caducare l'intero contratto ove ciò risulti per lui più vantaggioso.

Una simile tutela pare però eccessiva rispetto agli obiettivi di tutela che la stessa persegue. Premesso infatti che la tutela del consumatore è finalizzata, oltre che alla salvaguardia degli interessi economici di una categoria ritenuta debole, a garantire una corretta concorrenza tra professionisti finalizzata allo sviluppo del mercato unico, la previsione di una siffatta conseguenza pare idonea a frustare le finalità della direttiva stessa. Sebbene tale soluzione possa garantire un effetto deterrente e sanzionatorio maggiore rispetto alla caducazione della singola clausola abusiva, non è inverosimile ipotizzare che i professionisti siano disincentivati dal concludere contratti con i consumatori residenti negli ordinamenti in cui tale potere caducatorio è concesso alla luce della circostanza che di tale tutela il consumatore potrebbe profittare, arrivando a utilizzare fraudolentemente tale rimedio per

giustificare meri cambi di idea sulla convenienza dell'affare che poco (o nulla) hanno a che vedere con la clausola abusiva¹¹⁰.

2.5. (segue) L'IMPRESCRITTIBILITÀ DELL'AZIONE VOLTA ALLA CADUCAZIONE DELLA CLAUSOLA ABUSIVA

Un ulteriore carattere che connota la non vincolatività delle clausole abusive inserite in un contratto di consumo concerne la imprescrittibilità dell'azione giudiziale volta a farne accertare il carattere abusivo.

Questo è quanto statuito dalla Corte con la sentenza *Cofidis*¹¹¹, pronuncia avente ad oggetto una disputa relativa ad un contratto di credito al consumo concluso in Francia, le cui clausole finanziarie erano state giudicate, dal giudice *a quo*, abusive. Alla controversia doveva essere applicate, oltre che la normativa sulle clausole abusive, la disciplina – speciale – sul credito al consumo che prevedeva un termine procedurale di due anni decorrenti dalla conclusione del contratto per far valere la violazione delle norme di tutela da essa previste (art. L 311-37 del *Code de la consommation*). La questione indirizzata alla Corte era, dunque, quella di valutare l'adeguatezza della norma francese di carattere processuale che sottoponeva ad un termine di decadenza di due anni la possibilità di avviare cause volte a far accertare l'abusività di clausole contenute in un contratto di credito al consumo.

La Corte, richiamando la medesima esigenza di tutela effettiva specificata nella sentenza *Oceano grupo editorial* di poco precedente, ha affermato che non è compatibile con la direttiva 93/13/CEE una normativa interna che, in un'azione

¹¹⁰ Per una approfondita critica della pronuncia della Corte v. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole* cit., p. 320s.

¹¹¹ Corte di giustizia, 21 novembre 2002, causa C- 473/00, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 16. V. altresì WITWER, ... und der zweite Streich folgt sogleich: Zur Präklusion von Verbraucherrechten, in *European Law Reporter*, 2002 p. 466; ROTT, *Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB - Zum Cofidis-Urteil des EuGH*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003 p.5; NOURIKSSAT, *Droit communautaire et forclusion biennale: l'étrange effet utile de l'esprit de la directive "clauses abusives"!*, in *Recueil Le Dalloz*, 2003, p.486; PALLARO, *Note a margine di alcune recenti sentenze della Corte di giustizia su tutela dei consumatori e applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003 p.35; VAN HUFFEL, *La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heiningen et Cofidis de la Cour de justice*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2003, p.79.

promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un contratto stipulato tra loro, vieti al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare (d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore) il carattere abusivo di una clausola inserita nel contratto medesimo. Rispondendo al quesito posto dal giudice francese, la Corte ha asserito così che sul medesimo gravava l'obbligo di disapplicare l'art. L 311-37 del *Code de la consommation* e di pronunciarsi sulla natura abusiva delle clausole contrattuali.

Secondo il ragionamento della Corte, la fissazione di un limite temporale per il rilievo del carattere abusivo di una clausola rischierebbe di compromettere l'effettività della tutela voluta dagli artt. 6 e 7 della direttiva del 1993, posto che per eludere l'applicazione della (legge nazionale di recepimento della) direttiva sarebbe sufficiente che il professionista attendesse la scadenza del termine fissato dalla legge nazionale per chiedere poi l'esecuzione della clausola medesima¹¹².

La decisione assunta dalla CGUE nella sentenza in esame pone, oggi, dubbi circa la compatibilità tra il principio ivi enunciato e la normativa interna francese, la quale, a seguito della riforma attuata in Francia nel 2009, prevede un identico termine di prescrizione quinquennale tanto per le azioni volte a far accertare le ipotesi di nullità assoluta quanto per quella relativa; sul punto si rinvia al capitolo successivo.

¹¹² L'AG Tizzano ha specificato, nelle proprie conclusioni rassegnate il 18 aprile 2002, che non è “giustificato invocare nella specie, a sostegno della previsione del termine di decadenza, il principio della certezza giuridica, che si pretende posto anche nell'interesse del consumatore. In effetti, come si è visto, la scadenza in questione consente di opporre validamente al consumatore una clausola abusiva; se dunque esigenze di certezza giuridica vi sono, esse tutelano in realtà il professionista che si avvale della clausola, non il consumatore, che è invece — o dovrebbe essere — il soggetto tutelato dalla direttiva” (pt. 62).

3. LE PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLE DIRETTIVE CHE SANCISCONO LA “INDEROGABILITÀ *IN PEIUS*” E LA “IRRINUNCIABILITÀ” DEI DIRITTI CONFERITI AL CONSUMATORE

La giurisprudenza della Corte di giustizia avente ad oggetto le forme di invalidità europee poste a protezione degli interessi dei consumatori ha avuto quasi esclusivamente ad oggetto la nozione di “non vincolatività”; raramente la Corte è stata chiamata a pronunciarsi specificamente circa il precetto della “inderogabilità *in peius*” o a quello dell’“irrinunciabilità” contenuto nelle direttive oggetto del presente lavoro.

Ciononostante, pare certamente interessante ripercorrere le argomentazioni utilizzate dai giudici di Lussemburgo per rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate in materia di direttive che contengono il divieto di rinuncia o di deroga *in peius* dei diritti attribuiti al consumatore, al fine di valutare se i ragionamenti utilizzati dalla Corte presentino o meno analogie con quanto dalla stessa sostenuto quando è stata chiamata a interpretare la nozione di “non vincolatività”; in questo modo sarà possibile ottenere un valido parametro per negare o affermare l’estensione della giurisprudenza della Corte a tutte le ipotesi di “invalidità europea”.

Per le argomentazioni utilizzate e per la rilevanza che queste assumono nella nostra indagine saranno analizzate due pronunce della Corte, l’una avente ad oggetto una controversia regolata dalla (legge nazionale di recepimento della) direttiva 87/102/CEE, l’altra vertente su un contratto *b2c* concluso porta a porta.

La prima sentenza sulla quale pare necessario soffermarsi – soprattutto in un’ottica di *reductio ad unum* delle diverse forme di invalidità comminate dal legislatore europeo – è la pronuncia *Rampion*¹¹³, che trae origine da una controversia instaurata in Francia avente ad oggetto un contratto di credito ai consumatori disciplinato dalla (legge attuativa delle) direttiva 87/102/CEE. Tale direttiva concernente il credito al consumo (oggi abrogata e sostituita dalla direttiva 2008/48CE) vietava di derogare in senso sfavorevole al consumatore alle disposizioni nazionali attuative della legge europea (la direttiva del 2008 commina

¹¹³ Corte di giustizia, 4 ottobre 2007, causa C-429/05, in *Foro it*, 2007, IV, c. 589 con nota di CARRIERO e in *La nuova giurisprudenza civile commentata* 2008 I p. 207, con nota di LEGGIERI.

invece la diversa sanzione dell'irrinunciabilità ai diritti conferiti dalla legge nazionale; cfr. cap. I). La domanda pregiudiziale verteva sulla possibilità per il giudice nazionale di applicare d'ufficio le disposizioni della normativa sul credito al consumo (sulla base della circostanza che questa ha una finalità più ampia rispetto alla mera protezione del consumatore, estendendosi anche alla tutela del mercato interno). Il giudice d'oltralpe chiedeva altresì – si noti bene – se la giurisprudenza della Corte in materia di rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive potesse essere estesa alle disposizioni di cui alla direttiva sul credito al consumo.

Prima di analizzare le conclusioni della CGUE pare interessanti soffermarsi sulle parole dell'avvocato generale Mengozzi, il quale ha sostenuto che le regola enucleata dalla Corte di giustizia dell'UE in materia di “non vincolatività” delle clausole vessatorie sono perfettamente valide anche con riferimento alla tutela dei diritti del consumatore scaturenti dalla direttiva 87/102/CEE non potendo rilevare, in senso contrario, la circostanza “che manchino nella direttiva 87/102 disposizioni analoghe a quelle degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13”¹¹⁴. Se è pur vero, continua l'Avv. generale, che il ragionamento svolto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores* (che ha portato per la prima volta ad affermare la rilevabilità *ex officio* da parte del giudice della natura illecita della clausola, v. *supra* par. 1.1) prende le mosse dall'art. 6 della dir. 93/13/CEE, il tenore letterale dello stesso non ha “un valore determinante nell'ambito di tale ragionamento” (pt. 104). Prescrivendo infatti agli Stati membri di prevedere “che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore” l'art. 6 dir. 93/13/CEE “non fa che descrivere la sostanza della protezione che la direttiva 93/13 intende offrire al consumatore, sul piano del diritto sostanziale, contro clausole contrattuali che non siano state oggetto di negoziato individuale e che siano qualificabili come abusive ai sensi della stessa direttiva”. Allo stesso modo, prosegue l'AG, la dir. 87/102/CEE attribuisce determinati diritti ai consumatori, cui deve essere assicurata una tutela effettiva, tutela che “rischia di essere impedita, ove non sia consentito un intervento d'ufficio del giudice” e a tale conclusione si giunge muovendo “da quelle stesse condizioni peculiari attinenti alla natura della controversia e al procedimento

¹¹⁴ Pt. 102 e 103 delle Conclusioni dell'AG rassegnate il 29 marzo 2007.

necessario per risolverla che la Corte ha rilevato [nella] sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*”.

Le argomentazioni e le conclusioni presentate dall’Avvocato Mengozzi sono state integralmente (sebbene in maniera più sintetica) riprese dalla Corte di giustizia, la quale ha sancito che la direttiva 87/102/CEE deve essere interpretata nel senso che consente al giudice nazionale di applicarne d’ufficio le disposizioni¹¹⁵.

Limitando le considerazioni ai profili qui rilevanti è necessario soffermarsi sulla circostanza che l’Avvocato Generale, prima, e la Corte di giustizia, poi, hanno fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte medesima in materia di clausole abusive per risolvere la questione circa la rilevanza d’ufficio delle disposizioni in materia di credito al consumo, affermando espressamente non solo la possibilità di compiere una interpretazione analogica fondata sull’identità di *ratio* delle disposizioni dell’UE a tutela del consumatore, ma ridimensionando il calibro delle espressioni linguistiche contenute nei testi normativi stessi che, lungi dal dover essere interpretate facendo riferimento al “valore letterale”, devono necessariamente essere lette in chiave teleologica.

La seconda decisione che sarà analizzata è una pronuncia avente ad oggetto la dir. 85/577/CEE concernente la tutela dei consumatori nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, direttiva che vieta al consumatore di rinunciare ai diritti che gli vengono conferiti dalla stessa.

La recente pronuncia *Martin Martin* trae origine dal rinvio pregiudiziale operato dal giudice d’appello di Salamanca che, chiamato a pronunciarsi su una controversia sorta tra un consumatore ed un professionista alla quale era applicabile la *Ley 26/1991*, del 21 novembre, *sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles* (con la quale era stata recepita nell’ordinamento spagnolo la direttiva 85/577/CEE), aveva ravvisato la possibilità di dichiarare nullo il contratto concluso dal consumatore per non aver quest’ultimo ricevuto comunicazione alcuna circa la possibilità di esercitare lo *ius poenitendi* (ai sensi dell’art. 3 della legge spagnola e art. 4 della dir. 85/577/CEE). Tale rilievo officioso

¹¹⁵ La controversia, nello specifico, verteva sulla possibilità di applicare d’ufficio le disposizioni che traspongono nel diritto interno l’art. 11, n. 2 che attribuisce, in determinate circostanze, al consumatore il diritto di procedere contro il creditore.

– non avendo fatto valere la nullità del contratto nel giudizio di primo grado né tanto meno nel ricorso in appello – non era però consentito dalla normativa nazionale: l’art. 4 della legge spagnola comminava infatti la nullità relativa (corrispondente, nel nostro ordinamento, all’istituto dell’annullabilità) del contratto concluso senza che il professionista avesse fornito al consumatore le informazioni relative al diritto di recesso¹¹⁶. L’art. 4 della legge spagnola dava attuazione nell’ordinamento nazionale all’art. 4 della dir. 85/577/CEE che impone agli Stati membri di adottare misure appropriate per tutelare il consumatore qualora non venga fornita detta informazione.

Il giudice *a quo*, reputando che la sanzione della nullità relativa non costituisse una misura appropriata per tutelare il consumatore, ha sospeso il giudizio per chiedere alla Corte di giustizia se il giudice nazionale, in un caso come quello appena descritto, possa attivarsi d’ufficio e dichiarare la nullità di un contratto negoziato fuori dai locali commerciali in ragione del fatto che il consumatore non sia stato informato del suo diritto di recedere da detto contratto.

Nell’analizzare tale pronuncia merita di essere dato particolare rilievo, ancora una volta, alle conclusioni dell’Avvocato generale Verica Trstenjak¹¹⁷, che sono state poi parzialmente disattese dalla Corte. L’Avvocato generale infatti, rendendosi conto della peculiarità del rinvio sottopostole (con il quale il giudice *a quo* non chiedeva alla Corte di pronunciarsi su una misura nazionale di diretto recepimento di una norma UE ma chiedeva la compatibilità di una norma spontaneamente adottata dal legislatore spagnolo con il diritto europeo), aveva ammonito la Corte – sottolineando come nessuna disposizione della direttiva 85/577 stabilisce la nullità del contratto concluso fuori dei locali commerciali nel caso in cui il consumatore non sia stato informato del suo diritto di recedere da quest’ultimo – chiedendole di essere cauta nella propria decisione al fine di evitare, con la stessa, di imporre ad altri Stati membri che alla violazione del dovere informativo debba seguire la nullità del contratto (pt. 48).

¹¹⁶ L’art. 4 della *Ley* n. 26/1991 riporta le conseguenze del mancato rispetto dei requisiti e degli obblighi informativi di cui all’art. 3 della stessa e stabilisce che “*El contrato celebrado o la oferta realizada con infracción de los requisitos establecidos por el artículo anterior podrá ser anulado a instancia del consumidor*”. Tale articolo è stato trasfuso, immutato, nell’art. 112 del *Texto refundido de Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

¹¹⁷ Rassegnate il 7 maggio 2009.

Ciò premesso, l'AG afferma l'inadeguatezza della sanzione della nullità relativa, la quale può essere rilevata dal giudice solo se eccepita dal contraente protetto. Essa, pur muovendo dall'affermazione secondo cui nell'ordinamento europeo vige il principio secondo il quale "l'iniziativa del processo spetta alle parti e che, di conseguenza, il giudice può agire d'ufficio solo in casi eccezionali, per il pubblico interesse" (pt. 60), ricorda come un'eccezione a tale principio sia ravvisabile nella materia giusconsumerista e, più in particolare, menziona come sia stato possibile derogare a tale regola generale in materia di direttiva 93/13/CEE e 87/102/CE proprio in virtù dell'interesse pubblico che tali norme tutelano.

Benché la controversia spagnola non verta sulla disciplina nazionale di recepimento della direttiva sulle clausole abusive, l'AG, ricordando che la Corte ha già trasposto la giurisprudenza in materia di clausole abusive ad un'altra direttiva in materia di tutela dei consumatori¹¹⁸, arriva ad affermare che nulla osta all'applicabilità dei principi enucleati in materia di clausole vessatorie altresì alla direttiva sui contratti c.d. porta a porta¹¹⁹.

Tuttavia, prosegue l'Avvocato Trstenjak, nemmeno la nullità assoluta (ovvero rilevabile e dichiarabile *ex officio* dal giudice) costituirebbe una misura protettiva adeguata, posto che la caducazione dell'intero contratto potrebbe risultare meno vantaggioso per il consumatore.

La soluzione proposta dall'AG, per garantire la tutela più adeguata, sarebbe allora quella di permettere al giudice di valutare *ex officio* se il consumatore sia stato informato circa il diritto di recesso che gli spetta in virtù della direttiva. Ove tale obbligo informativo non sia stato adempiuto, spetterà al giudice informarne il consumatore, il quale potrà così decidere se mantenere in vita o meno il contratto.

Se già le conclusioni dell'AG non possono non sollevare perplessità, soprattutto per il lettore abituato a confrontarsi con sistemi giuridici nei quali vi è una distinzione tra nullità assoluta/nullità relativa e nullità/annullabilità, ancora

¹¹⁸ Nella sentenza *Rampion*, cit., la Corte ha infatti già trasposto la giurisprudenza elaborata nelle sentenze *Océano Grupo*, *Cofidis* e *Mostaza Claro* in materia di dir. 93/13/CEE ad un'altra direttiva in materia di tutela dei consumatori, ovvero la direttiva 87/102; pt. 69 delle Conclusioni.

¹¹⁹ Tale applicazione analogica sarebbe favorita, *in primis*, dall'identità della *ratio* di protezione: l'obiettivo di un elevato livello di tutela dei consumatori è il medesimo tanto nel caso delle direttive 93/13/CEE e 87/102/CEE quanto in quello della direttiva 85/577/CEE. Tutte e tre le direttive citate muovono infatti dal presupposto dell'esistenza di un rischio che il consumatore ignori i propri diritti: tale disparità tra il consumatore e il commerciante può essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale (pt. 72).

meno chiara pare essere la decisione della Corte di giustizia, la quale, riprendendo le considerazioni svolte dall'Avvocato generale e ravvisando che le disposizioni della direttiva 85/577/CEE costituiscono norme di ordine pubblico, si limita ad affermare – senza fornire in realtà risposta alcuna al giudice spagnolo – che l'art. 4 della direttiva del 1985 è una norma di interesse pubblico, sicché l'intervento officioso del giudice nel dichiarare la nullità del contratto oggetto della controversia può qualificarsi come misura “appropriata” a garantire il livello di tutela cui la direttiva mira.

Preme evidenziare come la decisione della Corte non censuri, in realtà, la legislazione spagnola che commina la *anulabilidad* del contratto concluso senza che siano fornite al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, ma si limita ad affermare che non è incompatibile con l'art. 4 della dir. 85/577/CEE la sanzione della nullità assoluta¹²⁰. Muovendo dal presupposto che la direttiva c.d. sui contratti porta a porta è di armonizzazione minima e che pertanto i singoli legislatori nazionali sono liberi di alzare il livello di tutela ivi previsto, nulla osta a che il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità del contratto anche nell'ipotesi in cui il consumatore nulla abbia eccepito.

4. LA POSSIBILITÀ DI ESTENDERE LA GIURISPRUDENZA DELLA CGUE IN MATERIA DI “NON VINCOLATIVITÀ” DELLE CLAUSOLE ABUSIVE ALLE FORME DI INVALIDITÀ CHE SEGUONO ALLA VIOLAZIONE DEL DIVIETO DI RINUNCIA E DI INDEROGABILITÀ *IN PEIUS* AI DIRITTI CONFERITI AL CONSUMATORE

Alla luce di quanto esposto pare ora fondamentale chiarire se i principi enucleati dalla Corte di giustizia in materia di “non vincolatività” delle clausole abusive siano suscettibili di trovare applicazione anche per le sanzioni che gli Stati

¹²⁰ E' stato sottolineato come però la Corte sia stata “sviata” dalla equivoca formulazione della domanda pregiudiziale, nella quale non era sufficientemente chiaro se la normativa interna prevedesse la nullità relativa piuttosto che assoluta del contratto stipulato in violazione delle regole poste a tutela del contraente debole; così PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore* cit., p. 100 a cui si rinvia per l'approfondimento sul dibattito sviluppatosi in Spagna circa la natura della nullità in oggetto. La domanda, così per come è stata formulata, ha reso infatti superflua la decisione della Corte, poiché quest'ultima si è limitata a dire cosa non è incompatibile a livello “astratto” e non a valutare la situazione reale.

membri comminano allorquando le direttive europee sanciscono la irrinunciabilità dei diritti o la inderogabilità *in peius* degli stessi per il consumatore¹²¹.

In tale paragrafo verranno analizzate le ragioni strettamente “europee” che fanno propendere per un’applicazione estensiva ed analogica delle regole individuate dalla Corte, mentre i profili più strettamente domestici saranno affrontati nei capitoli successivi.

Il primo argomento che depone per una applicazione delle regole *supra* richiamate a tutte le ipotesi in cui l’interesse precipuo sia quello di tutela del consumatore è quello, già largamente evidenziato nel primo capitolo, della atecnicità del linguaggio usato dal legislatore.

Pertanto, la scelta di sanzionare con la non vincolatività l’utilizzo di una clausola abusiva, piuttosto che negare al consumatore la possibilità di rinunciare ad un diritto che la direttiva gli conferisce non pare poter essere qualificata come caratterizzante (in via esclusiva) il regime giuridico cui soggiacciono gli eventuali atti contrari (*id est*: la clausola abusiva o il negozio di rinuncia) a tali prescrizioni.

Un ulteriore argomento a favore della uniformità di disciplina suscettibile di trovare applicazione in tutte le ipotesi nelle quali il legislatore abbia – con espressioni differenti – voluto proteggere il contraente debole è ricavabile dalle stesse pronunce della Corte di giustizia (e, più precisamente, nelle parole degli Avvocati generali) che, a più riprese, hanno – negando alle diverse formule contenute nelle direttive medesime un valore determinante circa il regime giuridico applicabile – optato per l’estensione dei principi enunciati in materia di rapporti di consumo a tutte le fattispecie caratterizzate dall’esigenza di tutela di un contraente.

Proprio il criterio della *ratio* di tutela dei contraenti deboli è il *fil rouge* che lega le pronunce della Corte di giustizia in materia di diritto dei consumatori. Ai fini che qui rilevano pare interessante richiamare come i due principali elementi caratterizzanti il regime della “non vincolatività” poc’anzi richiamata siano suscettibili di trovare applicazione nelle ipotesi in cui la tutela del consumatore è garantita dalla irrinunciabilità dei diritti (o inderogabilità *in peius*).

¹²¹ Sebbene l’inderogabilità esuli dalle finalità del presente lavoro, la scelta di fondo di ammettere l’applicazione analogica si ripercuoterebbe, ovviamente, anche nell’ipotesi di leggi nazionali che recepiscono direttive contenenti il precetto dell’inderogabilità.

In primis, non vi sono dubbi che la natura imperativa che caratterizza le disposizioni della direttiva 93/13/CEE appartenga altresì a tutte le disposizioni contenute nelle direttive a tutela dei consumatori, comminino queste la “non vincolatività” delle clausole illecite, l’“irrinunciabilità” ai diritti conferiti o la “inderogabilità *in peius*” degli stessi. Tale affermazione è ricavabile, non solo dalla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia (ci si limita a rinviare alla sentenza *Martin Martin* appena esaminata) ma altresì dagli stessi testi normativi europei. Tutti gli articoli delle direttive che cominano il divieto di rinuncia ai diritti conferiti sono infatti rubricati “carattere imperativo delle disposizioni”: benché “*rubrica legis non est lex*” tale qualificazione, corroborata come visto dalle affermazioni dei giudici di Lussemburgo, non può essere trascurata ed è certamente suscettibile di attribuire alle normative cui si riferisce il rango di norme di ordine pubblico.

Per ciò che concerne il profilo della rilevabilità d’ufficio delle disposizioni (attuative) delle direttive, pare sufficiente rinviare alle pronunce *Rampion e Martin Martin* poc’anzi esaminate. Il rilievo delle affermazioni ivi contenute è indiscutibile: queste, confermando l’ammissibilità dell’estensione a tutte le direttive che tutelano i consumatori della giurisprudenza europea in materia di “non vincolatività”, costituiscono un’ulteriore riprova della assoluta indifferenza, per il giudice europeo, delle prescrizioni della “non vincolatività”, “irrinunciabilità” o “inderogabilità *in peius*” dei diritti conferiti al consumatore, tutte formule che egli interpreta come un’unica disposizione.

Proprio alla luce delle argomentazioni qui riportate¹²² pare corretto concludere che la giurisprudenza della Corte in materia di clausole abusive è certamente idonea ad essere applicata alle diverse ipotesi di “sanzione” europea, le

¹²² A cui potrebbe aggiungersene una ulteriore, di tipo “negativo”: se infatti alle espressioni usate dal legislatore europeo corrispondessero differenti regimi sanzionatori le scelte adottate da taluni legislatori nazionali che hanno “uniformato” le sanzioni volte a tutelare i consumatori (si pensi all’esperienza tedesca che ha recepito tanto il divieto di rinuncia quanto l’inderogabilità *in peius* dei diritti conferiti ai consumatori con la medesima prescrizione di “*Abweichende Vereinbarungen*” senza distinzione alcuna oppure all’esperienza francese che si limita a sancire il rango di norme di ordine pubblico delle disposizioni a tutela del consumatore senza parlare espressamente di rinuncia o inderogabilità, v., *amplius*, cap. III) si porrebbero in contrasto con le direttive dell’Unione e costituirebbero una violazione del diritto europeo stesso. Contrasto che la Commissione, nell’esercizio dei suoi poteri di vigilanza, al fine di assicurare il corretto adempimento del diritto dell’Unione avrebbe evidenziato, in ossequi all’art. 258 TFUE.

quali, proprio per l'identità di *ratio* e di *modus operandi* ben potrebbero essere considerate (per lo meno a livello europeo) come una categoria unitaria.

5. LE RIPERCUSSIONI DEI PRINCIPI ENUCLEATI DALLA CGUE SUGLI ORDINAMENTI PROCESSUALI NAZIONALI: RINVIO

Sostenere il vigore nell'ordinamento dell'UE del principio dell'autonomia procedurale e processuale dei singoli Stati membri, sembra affermazione quasi scontata. Tuttavia, come anticipato nell'introduzione, la tendenza delle più recenti pronunce della Corte di giustizia in materia di clausole abusive nei rapporti di consumo stanno lentamente erodendo la portata del principio di autonomia processuale degli Stati membri. Senza alcuna pretesa di completezza e ribadendo che l'analisi qui affrontata è circoscritta al solo settore dei rapporti di consumo, l'attitudine ravvisabile negli ultimi anni è quella di una sempre crescente ingerenza della Corte nei sistemi nazionali degli Stati membri, i quali, proprio per conformarsi a quanto deciso dai giudici di Lussemburgo, sono stati costretti ad incidere, non solo, sui propri principi processuali ma sono altresì giunti, in talune ipotesi, alla messa in discussione di principi tradizionali di diritto sostanziale reggenti il sistema contrattuale classico. Proprio all'analisi di tale profilo è dedicato il successivo capitolo, nel quale sarà analizzato il recepimento nazionale delle direttive oggetto della presente indagine.

CAPITOLO III
IL RECEPIMENTO NEI SISTEMI NAZIONALI DEL PRECETTO
DELL'IRRINUNCIABILITÀ

1. INTRODUZIONE

Il terzo capitolo del presente lavoro è dedicato all'analisi della trasposizione all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri del precetto dell'irrinunciabilità dei diritti conferiti al consumatore dalle direttive europee esaminate.

Non potendo, per chiare ragioni di tempo ed estensione del lavoro, analizzare in questa sede i provvedimenti di recepimento di tutti gli Stati membri, è parso opportuno assumere come termini di comparazione accanto al sistema italiano, quello francese, tedesco e spagnolo. La comparazione tra questi sistemi ha il pregio infatti, rispetto ad altre scelte, di permettere il raffronto tra ordinamenti che presentano tratti di marcata omogeneità all'interno dei quali però i singoli legislatori hanno adottato scelte differenti circa le modalità di trasposizione delle direttive europee che regolano i rapporti contrattuali tra consumatore e professionista.

Oltre che per la rilevanza che tali modelli legislativi hanno avuto nella creazione e nel processo di adozione delle direttive esaminate, l'analisi e il raffronto tra gli ordinamenti di Spagna, Italia, Francia e Germania pare interessante per la possibilità di approfondire le diverse scelte di tecnica legislativa e di politica del diritto utilizzate dai rispettivi ordinamenti nazionali in sede di recepimento degli atti normativi dell'Unione europea.

È stato infatti rilevato come, all'interno degli Stati membri dell'UE, sia possibile enucleare la presenza di quattro diversi approcci con i quali i legislatori nazionali hanno affrontato il recepimento della normativa europea¹²³. Nonostante ogni tentativo di schematizzazione rischi di sfociare nella eccessiva semplificazione o imprecisione (soprattutto per quanto riguarda la legislazione di origine europea,

¹²³ Così CÁMARA LAPUENTE, sub *art. 1*, in *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, diretto da Cámara Lapuente, Madrid, 2011, p. 81s. Tale distinzione è stata altresì oggetto dell'intervento "L'attuazione delle direttive UE mediante modificazione ed integrazione del codice civile: aspetti problematici" del professor Gebauer al convegno "10 anni della *Schuldrechtsmodernisierung*" che si è tenuto a Montepulciano il 14 e 15 settembre 2012.

materia in costante e continua evoluzione) pare conveniente in questa sede servirsi (con gli opportuni chiarimenti) della ripartizione tra i diversi modelli legislativi offerta dalla dottrina.

Un primo modello di recepimento è consistito nell'approvazione di un testo unico, normalmente denominato "Codice del consumo", destinato a raccogliere, in un *corpus* tendenzialmente unitario e omnicomprensivo, tutte le normative finalizzate alla tutela della categoria dei consumatori; altri legislatori hanno invece optato per l'emanazione di una legge di carattere generale affiancata da molteplici leggi speciali che regolano rapporti (ritenuti) dotati di particolarità tali da non poter essere inseriti nella legge generale; il terzo modello è ravvisabile in quegli Stati membri che hanno recepito le direttive a tutela dei consumatori mediante l'approvazione di molteplici leggi speciali extracodicistiche; infine, una ulteriore opzione è stata quella di attuare la piena integrazione del diritto dei consumatori mediante la modificazione e l'integrazione nel codice civile¹²⁴.

Gli ordinamenti giuridici degli Stati che si è deciso di analizzare sono (in un qualche modo) "esponenti" delle diverse scelte compiute dai legislatori nazionali su come affrontare lo sviluppo della normativa in materia di protezione dei consumatori: in particolare saranno analizzati l'ordinamento francese e quello italiano (tendenzialmente) appartenenti al primo modello richiamato, l'ordinamento spagnolo appartenente al secondo modello e l'ordinamento tedesco, ascrivibile all'ultimo modello descritto¹²⁵.

¹²⁴ Nel naturale sviluppo della legislazione settoriale le scelte di fondo compiute non sono sempre state coerentemente e fedelmente mantenute: si pensi all'Italia, che proprio recentemente ha "fatto uscire" dal Codice del consumo importanti settori di contratti con i consumatori, o ancora alla Spagna che, avendo inizialmente optato per l'adozione di una legge di carattere generale affiancata da singole leggi speciali settoriali, ha avviato recentemente un processo di modernizzazione del proprio diritto contrattuale teso all'integrazione del diritto dei consumatori nel codice civile (v. *infra*).

Preme infine evidenziare che anche tra gli Stati che sembrano aver optato per il medesimo modello di recepimento delle direttive europee sono ravvisabili considerevoli differenze: basti pensare a come lo stesso concetto di "codice del consumo" viene interpretato in modi differenti nelle esperienze giuridiche francesi e italiane (su tale aspetto si tornerà *infra*).

¹²⁵ Non sarà invece analizzato l'ordinamento del Regno Unito, unico paese che "rappresenta" il terzo modello, ovvero la presenza di sole leggi speciali e l'assenza di legge generale. L'analisi di tale sistema giuridico, per la peculiarità del modello di *common law* che lo connota, richiederebbe infatti un approfondimento tale che non può essere affrontato in questa sede e rischierebbe di esulare le finalità del lavoro.

La necessità di dedicare parte del presente lavoro all'analisi del recepimento del precetto dell'irrinunciabilità in (alcuni) sistemi nazionali nasce dalla peculiarità dei testi normativi europei di riferimento, i quali costituiscono norme deliberatamente “atecniche”, di carattere settoriale e con finalità fondamentalmente economica che, lungi dal volere definire il regime giuridico applicabile, si limitano a stabilire l'effetto pratico che deve essere raggiunto, lasciando gli Stati membri liberi di scegliere con quali modalità – ovvero quelle più conformi ai rispettivi sistemi giuridici – attuarle.

Proprio tale discrezionalità lasciata al legislatore nazionale costituisce la ragione per la quale è parsa necessaria l'analisi dei singoli sistemi nazionali, analisi che sarà affrontata con la prospettiva che, il raffronto del recepimento del precetto dell'irrinunciabilità negli ordinamenti nazionali, renda evidente, da un lato, quale sia il nucleo comune e imprescindibile dello stesso e, dall'altro, se ed in che cosa questo si discosti dalle altre forme di invalidità sancite dal legislatore europeo al fine di individuare, se possibile, i tratti comuni caratterizzanti l' “irrinunciabilità” europea, alla ricerca della quale tale lavoro è finalizzato.

Nell'affrontare l'analisi di ciascuna normativa nazionale di recepimento delle direttive dell'UE contenenti il precetto dell'irrinunciabilità si cercherà di proporre il medesimo *modus operandi* adottato per lo studio dei testi delle direttive affrontato nel primo capitolo (ovvero l'individuazione dei diritti “irrinunciabili”, la struttura della rinuncia vietata e l'analisi delle conseguenze destinate a prodursi nell'ipotesi in cui le norme a protezione del consumatore vengano violate) al fine di rendere evidenti i punti di contatto e le divergenze tra le diverse legislazioni nazionali.

Per l'importanza che riveste nell'ambito del presente studio, non sarà trattato in questo capitolo il recepimento in Italia delle direttive europee analizzate, cui sarà dedicato l'intero capitolo IV.

2. L'ORDINAMENTO SPAGNOLO: L'ART. 10 DEL *TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS*

2.1 IL RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE CONTENENTI IL PRECETTO DELL'IRRINUNCIABILITÀ

La tutela dei consumatori, nell'ordinamento spagnolo, è stata elevata a principio di natura costituzionale. Per effetto dell'art. 51 della Costituzione¹²⁶ i pubblici poteri devono provvedere a garantire la tutela dei consumatori, proteggendo, mediante procedimenti efficaci, la salute, la sicurezza e i legittimi interessi dei medesimi. Il legislatore è così tenuto, in virtù del principio di cui all'art. 51 Costituzione (alla luce di quanto stabilito dall'art. 53, comma 3, Cost.¹²⁷), all'adozione e alla promozione di provvedimenti legali diretti alla protezione del consumatore, tanto in maniera diretta (ossia con la promulgazione di leggi di consumo in senso stretto) quanto indiretta (come, ad esempio, con l'adozione di leggi di tutela della concorrenza).

Per ciò che concerne il recepimento delle direttive europee di protezione del consumatore il legislatore spagnolo ha optato per un "modello misto", nel senso che ad una legge generale di difesa dei consumatori e degli utenti ha affiancato separate leggi speciali che disciplinano rapporti dotati di peculiarità tali da non poter rientrare nella legge di carattere generale.

La protezione degli interessi dei consumatori ha trovato la propria iniziale espressione nella *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (di seguito LGDCU) del 19 luglio 1984 il cui obiettivo, espresso dall'art. 1, era quello

¹²⁶ *Artículo 51. "1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca. 3. omissis."*

¹²⁷ Ai sensi del quale "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III (in cui è inserito l'art. 51), informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen".

di dare attuazione al principio costituzionale contenuto all'art. 51 cost., mediante la promulgazione di norme a protezione dei consumatori e degli utenti¹²⁸.

L'originario contenuto di tale legge era limitato all'esposizione dei principi e dei diritti generali (tra cui, a mero titolo esemplificativo, la protezione della salute, la protezione degli interessi economici dei consumatori e degli utenti, il diritto all'informazione, il diritto all'educazione e alla informazione in materia di rapporti di consumo) di cui godevano i consumatore e gli utenti, senza tuttavia che fossero inserite nel testo legislativo delle regole speciali volte a disciplinare i contratti conclusi tra i consumatori e i professionisti¹²⁹. Limitando l'analisi ai profili qui rilevanti, l'art. 2 di tale legge, dopo aver elencato i diritti *basicos* attribuiti al consumatore prevedeva che “*La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula*”¹³⁰, senza tuttavia chiarire quale fosse il regime normativo a cui tale nullità dovesse soggiacere.

Sebbene la *Ley General* del 1984 potesse costituire il *corpus* normativo all'interno del quale inserire la disciplina dei singoli contratti di consumo di recepimento delle leggi comunitarie, il legislatore spagnolo ha preferito, in un primo momento, dare attuazione alle direttive mediante l'adozione di testi legislativi separati ed autonomi.

¹²⁸ *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios* in BOE n. 175 e 176, del 24 luglio 1984.

¹²⁹ È necessario accennare, seppur sommariamente, alla circostanza di come in Spagna, per la natura della suddivisione territoriale in Comunità Autonome che la contraddistingue, la giurisprudenza costituzionale abbia privato la *Ley* del 1984 di larga parte del suo carattere generale: la maggior parte della competenza normativa in materia di tutela dei consumatori spetta oggi alle CCAA, le cui leggi autonome trovano applicazione al posto della *Ley General*, che trova applicazione solamente in via residuale: cfr. PANIAGUA ZURERA – MIRANDA SERRANO, in AAVV, *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, 2012, p. 31 ed ivi per una rassegna delle principali pronunce del *Tribunal Constitucional*.

¹³⁰ Non pare avventato sostenere che, nonostante la LGDCU non costituisse la diretta trasposizione nel diritto interno della direttiva c.d. sui contratti porta a porta, il divieto di rinuncia ivi contenuto trovi il proprio presupposto proprio nella direttiva del 1985; a tal proposito pare sufficiente richiamare le mere circostanze temporali: alla luce del fatto che la Spagna è entrata a far parte dell'Unione (allora Comunità) europea a partire dal primo gennaio 1986 e che presupposto imprescindibile per l'adesione era (ed è) costituito dalla conformità della legislazione nazionale con quella comunitaria (oggi europea), pare verosimile affermare che il divieto di rinuncia comminato non sia stata una scelta spontanea ma costituisca già l'adeguamento del diritto interno a quello europeo.

Analizzando il recepimento delle sole direttive oggetto del presente lavoro, la disciplina di cui alla dir. 85/577/CEE è stata recepita dalla *Ley 26/1991*, del 21 novembre, *sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles* mentre la disciplina dei contratti a distanza di cui alla direttiva 97/7/CE erano originariamente contenuti nella *Ley 7/1996*, del 7 gennaio, di *Ordenación del Comercio Minorista*.

La prima delle leggi richiamate conteneva, all'art. 9, la prescrizione secondo la quale “*Los derechos conferidos al consumidor por la presente Ley son irrenunciables*” con la precisazione che, “*non obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean mas beneficiosas para el consumidor*”; per ciò che concerne la disciplina sui contratti a distanza, il legislatore aveva sancito la nullità *de pleno derecho* delle sole “*cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo*”.

Entrambe le leggi appena richiamate sono state abrogate nel 2007 per effetto del Regio Decreto 1/2007 del 16 novembre¹³¹ mediante il quale, riordinando le leggi consumeristiche, il legislatore spagnolo ha iniziato un'opera di codificazione delle norme esistenti finalizzata ad una maggior coerenza e ad una riduzione della legislazione speciale¹³², raccogliendo tutte le leggi a tutela del consumatore nel *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (di seguito *TRLGDCU*). A seguito della *Refundición* sono state incorporate nel *Texto Refundido*, oltre che la disciplina sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e quella sui contratti a distanza, la *Ley 22/1994* sulla responsabilità civile per i danni causati dai prodotti difettosi, la *Ley 21/1995* sui viaggi e le vacanze “tutto compreso” e la *Ley 23/2003* sulla garanzia e la vendita dei beni di consumo.

Malgrado le intenzioni di creare un unico testo normativo espresse dal legislatore del 2007, il recepimento delle altre direttive oggetto della presente indagine è avvenuto attraverso leggi speciali esterne al *TRLGDCU* (e ivi non

¹³¹ In *BOE*, n. 287 del 30 novembre 2007.

¹³² “*Regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*”

confluite con il processo di *Refundición*)¹³³: in particolare la direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari è stata recepita con la *Ley* 22/2007 dell'11 luglio, alla direttiva 2008/48/CE è stata data attuazione con la *Ley* 16/2011, del 24 giugno, de *contratos de crédito al consumo* (che abroga e sostituisce la precedente *Ley* 7/1995), e il *Real Decreto-ley* 8/2012, del 16 marzo, de *contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio* recepisce nell'ordinamento spagnolo la direttiva 2008/122/CE¹³⁴.

Analizzando le citate leggi di recepimento limitatamente alla trasposizione nell'ordinamento spagnolo del precetto dell'irrinunciabilità contenuto nelle rispettive direttive si sottolinea, *in primis*, come il legislatore spagnolo abbia sempre mantenuto la medesima espressione linguistica, ovvero *renuncia*, già utilizzata nella versione in lingua spagnola delle direttive stesse.

L'art. 10 del *TRLGDCU* stabilisce che “*La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el*

¹³³ La dottrina è critica nei confronti degli argomenti poco (o per nulla) convincenti utilizzati dal legislatore spagnolo per giustificare la scelta di mantenere alcune leggi esterne al *Texto Refundido*. In particolare CÀMARA LAPUENTE, sub *art. 1* in *Comentarios a las norma de protección de los consumidores*, diretto da Càmara Lapuente, Madrid 2011, p. 81 sottolinea come la scelta del legislatore spagnolo si ponga in contrasto con la tendenza del legislatore europeo che è quella di raccogliere le norme contenute nelle diverse direttive in un unico testo che disciplini i rapporti di consumo (come sarebbe dimostrato, ad esempio, dalla nuova direttiva sui diritti dei consumatori), tendenza che il legislatore spagnolo non potrà ignorare nelle future azioni legislative. Tuttavia in Spagna è abbastanza diffusa la corrente di pensiero che nega la possibilità di una codificazione totale-completa delle norme di protezione del consumatore (cfr. p.82 CÀMARA LAPUENTE); alcuni argomenti utilizzati sono certamente persuasivi: il difficile riparto di competenze tra Stato e Comunità autonome -in Spagna alcune Comunità autonome hanno la competenza esclusiva in materia di protezione del consumatore (Andalusia, Catalogna, Paesi Baschi, Comunità Valenciana, Galizia e Navarra) -, la pluralità di fonti di regolamentazione settoriale all'interno dello Stato, la necessità di coordinare le norme speciali con i principi generali di diritto privato, l'esistenza di diversi concetti di “consumatore”.

¹³⁴ Si segnala che nel gennaio del 2009 è stata pubblicata dal Ministero della Giustizia una *Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos* con la quale è stata prospettata la possibilità di far confluire nel *Código civil* parte della normativa a tutela del consumatore. In particolare verrebbe trasfusa nel c.c. la disciplina delle calusole abusive, e quella dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e di quelli conclusi a distanza, mentre continuerebbero ad essere regolate da leggi speciali le discipline di cui alle dir. 2002/65/CE, dir. 2008/48/CE e 2008/122/CE. La proposta di *Modernización*, per i profili qui analizzati, non apporta alcun dato innovativo o per lo meno rilevante in materia di invalidità contrattuale nel diritto dei consumi, limitandosi a ripetere quanto già dettato dalle leggi oggi vigenti (cfr. art. 1265 e art. 1267 c.c. così come modificati dalla proposta di *Modernización*). Per un ampio approfondimento v. AAVV, *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, diretto da Jochen Albiez Dohrmann e coordinato da Palazón Garrido e Méndez Serrano, Barcelona, 2011.

artículo 6 del Código Civil”, pone un generale divieto di rinuncia “preventiva” (sanzionata con la nullità) ai diritti conferiti al consumatore dal medesimo testo legislativo: tale disposizione trova oggi applicazione per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali e per quelli a distanza¹³⁵.

Oltre a soggiacere a tale regola generale entrambe le discipline citate (contratti conclusi a distanza e fuori dai locali commerciali) contengono una ulteriore previsione di “irrinunciabilità” che pare tuttavia oggi superflua e costituisce un mero “strascico” della precedente disciplina, non coordinata in sede di accorpamento dei testi normativi nel 2007. Per quanto concerne i contratti conclusi a distanza l’art. 101 del *TRLGDCU* (con formulazione identica a quanto previsto nell’art. 44, co. 3 della *Ley 7/1996*) stabilisce al comma 2 che “*Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo*” mentre, relativamente ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali l’*Artículo 107* che ne disciplina l’ambito di applicazione prevede al comma 3 che “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 y del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en este título, serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor y usuario*”¹³⁶.

Passando ora all’analisi delle leggi che sono esterne al *Texto Refundido*, la *Ley 22/2007 sobre Comercialización a Distancia de Servicios Financieros destinados a los consumidores* (di seguito *LCDSF*) riprende il carattere imperativo delle disposizioni ivi contenute stabilendo all’art. 3, rubricato per l’appunto *Carácter imperativo*, che “*Los consumidores de los servicios financieros prestados a distancia no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen en esta Ley. La renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores es nula, siendo asimismo nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, conforme a lo*

¹³⁵ Inoltre, benché esulino dal campo della presente indagine, l’art. 10 *TRLGDCU* trova altresì applicazione per i contratti di viaggio (dir. 90/314/CE). Si ricorda che la dir. 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e la dir. 97/7/CE sui contratti a distanza sono state abrogate dalla dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, che dovrà essere recepita negli St. membri entro il mese di dicembre 2013. Pertanto il *TRLGDCU* sarà, ragionevolmente, modificato nei prossimi mesi.

¹³⁶ Nonostante *prime facie* possa sembrare che tale disposizione aggiunga qualcosa di diverso rispetto alla disciplina di cui all’art. 10, la dottrina è unanime nell’attribuire già validità ai patti più vantaggiosi per il consumatore mediante la lettura del solo art. 10, sicché si può agevolmente concludere che anche tale articolo è una mera ripetizione della regola generale di cui all’art. 10 e avrebbe pertanto dovuto essere soppresso o meglio coordinato dal legislatore del 2007.

previsto en el artículo 6 del Código Civil (omissis)”, limitandosi, invero, a riprodurre – con l’unica eccezione del mancato richiamo del carattere previo della rinuncia – il testo dell’art. 10 del *TRLGDCU*.

La medesima formulazione é stata inoltre utilizzata nell’art. 5 della *Ley* 16/2011 che recepisce nell’ordinamento spagnolo la dir. 2008/48/CE ed è altresì ravvisabile, identica, nell’art. 16 del recente *Real Decreto-ley* 8/2012 attuativo della direttiva 2008/122/CE¹³⁷.

Proprio per la sostanziale identità delle disposizioni ora richiamate e per l’omogeneità con la quale esse sono state interpretate dalla dottrina, nel proseguo dell’indagine si farà riferimento, principalmente, all’art. 10 del *TRLGDCU*, l’analisi del quale pare idonea a fornire soluzioni sicuramente suscettibili di trovare applicazione anche per la disciplina del precetto dell’irrinunciabilità contenuta nelle leggi speciali ora richiamate¹³⁸.

2.2 LA STRUTTURA E L’OGGETTO DELLA RINUNCIA VIETATA

L’art. 10 del *TRLGDCU* commina la nullità della *renuncia* mediante la quale il consumatore si priva dei diritti che gli sono riconosciuti dal *Texto refundido*¹³⁹.

L’utilizzo del termine “*renuncia*” – volutamente generico – permette di includere nell’ambito di operatività del divieto tanto le clausole contrattuali o gli

¹³⁷ Pare interessante sottolineare come la previgente *Ley* 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (che ha recepito la direttiva 94/74/CE) stabilisse all’art. 2 *Límites y consecuencias del incumplimiento* : “1. Son nulas las cláusulas mediante las cuales el adquirente renuncie anticipadamente a los derechos que le atribuye la presente Ley.

Asimismo, serán nulas las cláusulas que exoneren al propietario o promotor, o a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno, de las responsabilidades que le son propias conforme a lo establecido por aquélla. 2. Son nulas las estipulaciones de sumisión a arbitraje, salvo si estas últimas se conciertan una vez que haya surgido la cuestión discutida o son de sometimiento al sistema arbitral de consumo o a un Tribunal arbitral especializado que pudiera constituirse, siempre que en su composición participen, en régimen de igualdad, las organizaciones de consumidores.”

Tale richiamo pare interessante poiché la direttiva 94/47 non faceva riferimento alla irrinunciabilità bensì alla (diversa) sanzione della non vincolatività di qualsiasi “clausola secondo cui l’acquirente rinuncia ai benefici dei diritti previsti dalla presente direttiva o secondo cui il venditore è esentato dalle responsabilità derivanti dalla presente direttiva”.

¹³⁸ Le (rare) interpretazioni discordanti saranno oggetto di puntuale richiamo.

¹³⁹ Il divieto di rinuncia contenuto nelle leggi speciali esterne al *TRLGDCU* fa invece riferimento ai diritti conferiti dalle rispettive leggi.

accordi bilaterali quanto gli atti unilaterali mediante i quali il consumatore si spoglia (prima di divenirne titolare) dei diritti conferitigli dal *TRLGDCU*¹⁴⁰.

Al fine di individuare quali sono i diritti di cui il consumatore non si può privare, è necessario leggere l'espressione *derechos* di cui all'art. 10 del *TRLGDCU* in combinato disposto con l'art. 8 del medesimo testo legislativo che elenca i *derechos basicos* dei consumatori e degli utenti (il cui contenuto era precedentemente regolato dall'art. 2 della *LGDCU*) tra i quali vengono annoverati la protezione contro i rischi che possono pregiudicare la salute e la sicurezza dei consumatori, la protezione dei legittimi interessi economici e sociali, il risarcimento del danno e la riparazione di pregiudizi sofferti, il diritto alla informazione corretta e il diritto alla protezione degli interessi di categoria mediante procedimenti efficaci¹⁴¹.

Oggetto della rinuncia vietata sono solamente i diritti conferiti dal *Texto refundido* (o dalle leggi che disciplinano i contratti di credito al consumo, di *timesharing* immobiliare conclusi tra consumatori e professionista e la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori in cui il divieto di rinuncia è contenuto) e non rientrano nel campo di applicazione del divieto i diritti conferiti al consumatore da altre leggi speciali o dalla disciplina contenuta nel codice civile; in quest'ultimo caso troverà infatti applicazione l'art. 6 del *Código civil* spagnolo i cui commi 2 e 3 prescrivono che la rinuncia ai diritti riconosciuti dal codice stesso “*sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a tercero*” e prescrive la nullità *de pleno derecho* degli atti contrari alle norme imperative, salvo che le stesse non stabiliscano un effetto diverso.

Pertanto, un'eventuale clausola contrattuale o dichiarazione unilaterale con la quale il consumatore rinunci al diritto al risarcimento del danno a titolo di

¹⁴⁰ Così CÁMARA LAPUENTE, sub *art. 10* in in *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, diretto da Cámara Lapuente, Madrid, 2011, p. 226s. e PEÑA LOPEZ, sub *art. 10*, in *Comentarios del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinato da Bercovitz Rodriguez-Cano, Cizur Menor, 2011, p.135ss.

¹⁴¹ GARCÍA CANTERO è molto critico nei confronti della formulazione di questo articolo il cui valore giuridico, afferma, risulta essere più simbolico perché, invocando solamente tale articolo nessuna parte potrebbe ricorrere per cassazione. Anche PEÑA LOPEZ afferma che l'art. 8 non contiene diritti in senso stretto ma è solo un elenco di principi generali di diritto del consumo spagnolo e europeo che servono come parametri interpretativi di qualsiasi norma di consumo, così, *op. loc. cit.*

responsabilità precontrattuale¹⁴² non sarebbe nulla ai sensi dell'art. 10 del *TRLGDCU* (o delle rispettive prescrizioni contenute nelle leggi speciali) ma dovrà essere valutata alla luce di quanto prescritto dall'art. 6 del codice civile.

I diritti cui il consumatore non può rinunciare sono certamente i diritti soggettivi – e segnatamente i diritti di credito – attribuiti al consumatore dal *TRLGDCU*, riconosciuti tanto in forma diretta (mediante cioè l'espressa formulazione del diritto) quanto in forma indiretta (imponendo cioè obblighi al professionista). La dottrina ha altresì chiarito che sono incluse tra i *derechos irrenunciabiles* le posizioni soggettive di mera facoltà mediante le quali il consumatore può dare attuazione ai diritti soggettivi che gli sono riconosciuti¹⁴³.

Rimane invece dubbia in dottrina la possibilità di includere tra i “*derechos*” irrinunciabili i meri interessi legittimi; sebbene questi siano espressamente inclusi tra i diritti cui il consumatore non può rinunciare da alcune leggi di protezione del consumatore delle Comunità autonome, vi sono sul punto voci contrastanti tra gli autori: secondo alcuni gli interessi legittimi andrebbero esclusi dal campo di applicazione dell'art. 10 poiché mancherebbe una autentica e reale pretesa giuridica in capo al consumatore, secondo altri autori questi andrebbero ricompresi tra i “diritti irrinunciabili” alla luce della circostanza che l'art. 10 del *Texto refundido*, per garantire un'efficace protezione dei consumatori, esclude la validità di qualsivoglia modifica alle norme contenute nel *TRLGDCU* stesso¹⁴⁴.

2.3 LA RINUNCIA *PREVIA*

Il dato più interessante ravvisabile nell'esperienza spagnola attiene alla (espressa) delimitazione del divieto di rinuncia alle sole rinunce *previas*, ossia

¹⁴² Nonostante manchi nel codice civile spagnolo un articolo generale paragonabile al nostro art. 1337 c.c., la dottrina è unanime nell'affermare che tale precetto è ravvisabile in altre disposizioni (in particolare gli artt. 1258, 1, co. 1 e 7, co. 4) del *Código* che permettono, al contraente che le invochi, di ottenere il risarcimento per i danni subiti allorché la controparte contrattuale violi il generale dovere di buona fede durante le trattative.

¹⁴³ Così CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 226.

¹⁴⁴ Così cfr. CÁMARA LAPUENTE, *op. loc. cit.* mentre è favorevole PEÑA LOPEZ, *op. cit.*, p. 140 che porta ad esempio gli interessi (meritevoli di tutela) relazionati all'adempimento da parte del professionista ai suoi doveri di natura pubblico-amministrativa regolati nel *TRLGDCU*.

Le Comunità autonome che hanno espressamente sancito l'irrinunciabilità degli interessi legittimi sono Murcia, Extremadura, Asturia e Andalusia.

imposte o avvenute nella fase precedente alla conclusione del contratto ovvero all'acquisizione del diritto. Nonostante tale delimitazione temporale sia stata espressamente manifestata dal legislatore nel solo art. 10 del *Texto refundido* (contrariamente alla formulazione utilizzata nelle altre leggi speciali poc'anzi richiamate che vietano, più generalmente, qualsiasi *renuncia* ai diritti da esse conferite) la dottrina maggioritaria concorda nell'affermare l'ammissibilità della rinuncia c.d. *ex post* anche per quei rapporti negoziali che sono disciplinati da tali leggi speciali¹⁴⁵.

Con la nozione di rinuncia *previa* il legislatore spagnolo ha inteso così vietare solamente quella rinuncia che il consumatore (è indotto a) compie(re) prima di essere divenuto titolare del diritto; la giurisprudenza ha tuttavia correttamente sottolineato come la "rinuncia preventiva" non costituisca una vera e propria rinuncia (in quanto non è ancora entrato alcun diritto nel patrimonio del consumatore), quanto piuttosto una "esclusione di legge: l'articolo 10 del *Texto refundido* andrebbe pertanto interpretato come divieto di escludere l'applicazione delle norme imperative contenuta nella legge stessa¹⁴⁶.

La dottrina è solita individuare nella circostanza che la posizione del consumatore risulta rafforzata dopo l'acquisizione del diritto, acquisizione che lo riporta ad una situazione di sostanziale parità rispetto al professionista e gli permette di valutare in maniera consapevole se possa risultare più vantaggioso rinunciare all'esercizio del diritto già acquisito per regolare diversamente il rapporto giuridico di consumo, la *ratio* che sottostà alla scelta del legislatore spagnolo di permettere al consumatore di disporre del proprio diritto una volta che venga acquisito.

Tuttavia, per il pericolo di abuso che può derivare dall'ammissibilità delle rinunce *ex post* (si pensi, ad es., alla postdatazione di documenti, alla sottoscrizione di rinunce in bianco, alla modificazione unilaterale delle condizioni generali successive all'acquisizione del diritto) la giurisprudenza guarda con diffidenza qualsiasi tipo di rinuncia effettuata dal consumatore e tende ad una interpretazione

¹⁴⁵ Si veda tuttavia *contra* GARCIA-PITA e LASTRES, sub art. 3 LCDSF, in *Comentarios a las normas de Protección* cit., p. 1866 il quale, in assenza dell'espresso riferimento legislativo alla rinuncia *previa* nega l'ammissibilità della rinuncia *ex post* ai diritti che sono attribuiti al consumatore nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.

¹⁴⁶ Così *Tribunal Supremo*, 25 gennaio 2008, in *Revista Jurídica* 2008, p. 221 richiamata da CÁMARA LAPUENTE, sub art. 10 in *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* cit., p. 221.

restrittiva degli atti abdicativi, nel tentativo di garantire la maggior protezione al consumatore. Essa ha pertanto chiarito che le rinunce permesse al consumatore sono solo quelle che presentano i caratteri della chiarezza, determinatezza e inequivocità¹⁴⁷ e che le rinunce *ex post* soggiacciono altresì ai limiti imposti dall'art. 6 del *Código civil* a norma del quale la rinuncia ai diritti riconosciuti dal codice stesso è valida solo quando non contrasta con l'interesse o l'ordine pubblico e non pregiudica i diritti dei terzi.

Le rinunce *permittedas* dal *TRLGDCU* sono pertanto quelle espressamente previste dalla legge (come, ad. esempio, la possibilità per il consumatore di rinunciare alla ricezione delle condizioni generali di contratto su un supporto durevole ai sensi dell'art. 80, co. 1, lett. b); quelle che riproducono previsioni di norme legislative¹⁴⁸ e quelle che, pur discostandosi dal contenuto imperativo delle norme del *Texto Refundido*, sono più favorevoli per il consumatore e non prevedono l'esclusione di diritti riconosciuti dalla legge medesima¹⁴⁹.

Benché infatti l'art. 10 *TRLGDCU* taccia su tale profilo, la dottrina e la giurisprudenza considerano perfettamente valide le deroghe alle norme a protezione del consumatore che abbiano come effetto quello di ampliare i suoi diritti o di migliorare la sua posizione, a condizione – ovviamente – che ciò non avvenga dietro lo scambio o la riduzione di altri diritti.

Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto, la dottrina spagnola si è interrogata sulla validità delle c.d. “rinunce *ex ante* giustificate”, ovvero di quelle rinunce che sono poste in essere dal consumatore prima di divenire titolare del diritto e vengono effettuate in cambio di altri vantaggi¹⁵⁰.

Parte della dottrina è favorevole ad ammettere la validità di tale tipo di rinuncia, invocando il generale principio di autonomia negoziale e, nello specifico, la libertà del consumatore – pienamente informato – di concludere contratti potenzialmente suscettibili di pregiudicare i suoi interessi se ha avuto la possibilità

¹⁴⁷ Così *Tribunal Supremo*, 27 dicembre 2001; *Audiencia Provincial* di Alicante, 28 giugno 2007 e *Audiencia Provincial* di Barcelona, 9 ottobre 2008.

¹⁴⁸ Cfr. l'*Audiencia Provincial* di Madrid, con la sentenza del 7 giugno 1994, ha ammesso la validità della rinuncia alla possibilità di proporre reclami qualora il titolare della ricevuta abbia accettato il bagaglio *sin protesta* poiché riproduce l'art. 100 della *Ley de Navegación Aérea*.

¹⁴⁹ Così CÁMARA LAPUENTE, sub art. 10, cit., p. 223

¹⁵⁰ Un esempio, spesso richiamato dagli autori spagnoli, è la rinuncia al diritto di recesso in un contratto concluso fuori dai locali commerciali in cambio della riduzione del prezzo del bene.

di valutare i *pro* ed i *contro* dell'offerta e ha deciso di sopportarne i potenziali rischi¹⁵¹.

Altra parte della dottrina, ponendosi in una posizione opposta, sostiene al contrario l'inammissibilità di tali tipi di rinunce in quanto, *in primis*, il tenore letterale dell'art. 10 *TRLGDCU* (così come quello delle altre previsioni che sanciscono l'irrinunciabilità ai diritti conferiti al consumatore) non ammette eccezioni o attenuazioni che giustifichino tali tipi di rinuncia; inoltre, la validità di tali tipi di rinunce contrasterebbe con la necessità di assicurare ai consumatori ed agli utenti un livello minimo di protezione ed altresì con l'esigenza di certezza giuridica dei rapporti contrattuali¹⁵². Tale posizione più restrittiva è altresì condivisa dalla giurisprudenza che è solita affermare la nullità delle c.d. *renuncias previas justificadas*, sia nell'ipotesi in cui queste sono state oggetto di negoziazione individuale sia allorquando sono state unilateralmente imposte dal professionista¹⁵³.

2.4 LE CONSEGUENZE GIURIDICHE DELLA VIOLAZIONE DELL'ART. 10 DEL *TRLGDCU*

La dottrina e la giurisprudenza spagnola sono solite dare per scontato ed ovvio il carattere imperativo delle norme poste a protezione del consumatore, benché questo non sia esplicitamente affermato da alcuna norma; pur in mancanza di una espressa previsione, richiamandosi, alternativamente, alle direttive dell'UE, alle

¹⁵¹ JIMÉNEZ HORWITZ, *La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección*, in *Anuario de derecho civil*, 2007, p. 531s. e 539ss.

¹⁵² CÁMARA LAPUENTE, sub art. 10, in *Comentarios cit.*, p. 224; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentarios al art. 2 LGDCU*, in *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, a cura di Bercovitz Rodríguez-cano e Salas Hernández, Madrid, 1992, p. 73s.; PEÑA LOPEZ, sub art. 10, in *Comentarios del Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 144s.

¹⁵³ Tra le tante si vedano *Audencia Provincial* di Alicante, sentenza del 14 novembre 2001; *Audencia Provincial* di Saragozza, sentenza del 20 giugno 2005; *Audencia Provincial* di Barcellona, sentenza del 18 ottobre 2007; *Tribunal Superiore de Justicia della Catalunya*, sentenza del 18 febbraio 1992.

Nell'ipotesi in cui il consumatore faccia valere la nullità di una c.d. rinuncia previa giustificata egli sarà tenuto a restituire quanto eventualmente ottenuto dal professionista come "prezzo" della rinuncia, così PEÑA LOPEZ, sub art. 10, in *Comentarios del Texto Refundido cit.*, p. 144. Parte della dottrina ha tuttavia sottolineato come in tali circostanze è possibile che l'applicazione dell'art. 10 del *Texto Refundido* risulti ingiusta o sproporzionata: il professionista potrebbe così, ove ne sussistano i presupposti, ricorrere all'art. 7, co. 2 del *Código civil* che disciplina l'abuso del diritto oppure potrebbe agire con l'azione di ingiustificato arricchimento, così MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentarios al art. 2 LGDCU*, in *Comentarios cit.*, p. 74.

pronunce della Corte di giustizia e all'art. 6 del *Código civil* (cui rinvia l'art. 10 del *Texto refundido*) viene affermata la natura imperativa delle norme contenute nel *TRLGDCU*, che viene più precisamente definita “imperatività divisibile” “assimetrica” o “semi-imperatività”¹⁵⁴.

L'art. 10 del *Texto refundido*, come *supra* richiamato, commina la *nullidad* della pattuizione mediante la quale il consumatore rinuncia ad un diritto conferitogli (prima di esserne divenuto titolare): tale nullità è stata interpretata da unanime dottrina come nullità *de pleno derecho*, – in conformità a quanto stabilito dall'art. 6, comma 3, del codice civile spagnolo – circoscritta alla sola clausola contrattuale (o alla dichiarazione unilaterale di rinuncia)¹⁵⁵. Il contenuto del contratto, una volta dichiarata la nullità della clausola di rinuncia, sarà poi integrato, *ope legis*, con il diritto “*que al consumidor concede la norma imperativa cuya aplicación se había pretendido sin éxito excluir*”¹⁵⁶. La caducazione dell'intero negozio si avrà solo in ipotesi eccezionali: questo può avvenire quando, ad esempio, la rinuncia a uno o più diritti da parte del consumatore sia stata effettuata in cambio di una sostanziale modifica della prestazione principale del contratto di consumo (ad es. la riduzione del prezzo) oppure in cambio di alcune prestazione da parte del professionista, la cui rimozione dal contratto lo renda privo di interesse per entrambe le parti¹⁵⁷.

La dottrina non ha tuttavia chiarito se in quest'ultimo caso la legittimazione ad agire spetti ad entrambi i contraenti oppure al solo consumatore; se da un lato infatti, secondo le regole tradizionali che disciplinano il sistema delle invalidità negoziali, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, dall'altro è evidente come questa possibilità rischierebbe di frustrare le esigenze di protezione cui la norma in esame aspira. Si pensi, ad esempio, ad un contratto concluso a distanza che contenga una clausola di rinuncia da parte del consumatore al diritto di recesso. Il professionista, proprio in virtù dell'esistenza di tale clausola, pattuisce con il consumatore un prezzo di gran lunga inferiore a quello di mercato. Ora, se a fronte della richiesta da parte del consumatore di dichiarare la nullità della clausola

¹⁵⁴ Così, *ex pluribus*, QUINTANS EIRANS, sub art. 3, *Comentario a la LCC en Comentarios cit.*, p. 1518s ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁵⁵ V., tra tutti, PEÑA LOPEZ, sub art. 10 in *Comentario cit.*, p. 146.

¹⁵⁶ Così PEÑA LOPEZ, *op. loc. cit.*. Cfr. altresì DELGADO ECHEVERRÍA – PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid, 2005, p. 219.

¹⁵⁷ PEÑA LOPEZ, *op. loc. cit.*

di rinuncia corrispondesse la legittimazione per professionista a far valere la nullità dell'intero negozio (motivando, ad esempio, che questo sia diventato eccessivamente gravoso in assenza della clausola nulla), è evidente che la tutela del c.d. contraente debole sarebbe totalmente vanificata. Proprio per questo, pare coerente con la *ratio* di tutela di cui è permeato il diritto dei consumi circoscrivere la legittimazione a far valere la nullità del (la clausola del) contratto al solo consumatore, che sarà così libero di decidere se il contratto, epurato della clausola vietata, corrisponda ancora ai suoi interessi.

È necessario, a questo punto, evidenziare come la nullità che colpisce la pattuizione vietata dall'art. 10 del *Texto refundido* soggiaccia alle medesime regole che disciplinano la *nullidad* delle clausole abusive¹⁵⁸, sebbene la direttiva 93/13/CE non faccia riferimento al divieto di rinuncia bensì prescriva la “non vincolatività” della clausola illecita; nel recepimento delle diverse forme di invalidità di derivazione europea il legislatore spagnolo non ha infatti riprodotto le diverse espressioni sanzionatorie utilizzate dal legislatore europeo ma ha utilizzato come “*modelo o paradigma*” della nullità – parziale – nel diritto contrattuale del consumo quella comminata per le clausole abusive, il cui regime giuridico è stato poi utilizzato per disciplinare tutte quelle ipotesi in cui le diverse norme a protezione del consumatore prescrivono la nullità parziale¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Tale uniformità di sanzione non ha impedito alla dottrina di enucleare i tratti distintivi che intercorrono tra l'art. 10 del *Texto refundido* (e, più in generale, l'irrinunciabilità dei diritti conferiti ai consumatori) e il divieto di rinuncia dettato in materia di clausole vessatorie e contenuto nel medesimo testo legislativo, il cui art. 86, co. 7, sancisce la vessatorietà della clausola con la quale si impongono rinunce o limitazioni ai diritti del consumatore. E' stato correttamente evidenziato che, sebbene *prime facie* l'art. 10 possa sembrare una duplicazione della regola dettata in materia di clausole abusive, tra le due disposizioni vi sono alcune fondamentali differenze. Innanzitutto l'art. 86, comma 7 del *TRLGDCU* non fa riferimento alla rinuncia preventiva bensì a qualsiasi rinuncia, pertanto deve ritenersi vietata anche la rinuncia *ex post* ed è altresì irrilevante per l'art. 10 che la rinuncia *previa* sia il frutto di una negoziazione individuale o sia al contrario la manifestazione di una volontà libera del consumatore, mentre la stessa applicabilità della disciplina sulle clausole abusive è esclusa ove vi sia stata tra il consumatore ed il professionista una trattativa individuale¹⁵⁸. Infine la nullità delle rinunce *ex art. 86, co. 7* colpisce tutti i diritti conferiti da norme dispositive e imperative al consumatore mentre la nullità dell'art. 10 è riferita esclusivamente ai diritti conferiti dal *TRLGDCU*. Così CÁMARA LAPUENTE, sub *art. 10, cit.*, p. 220.

¹⁵⁹ Cfr. ÁLVAREZ LATA, *Invalidez e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español*, Cizur Menor, 2004, p. 49 che ricorda come gli argomenti che maggiormente sono utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per sostenere tale interpretazione “uniformativa” facciano riferimento ai principi generali di conservazione del negozio giuridico e a quello costituzionale di protezione dei consumatori.

Anche la nullità che colpisce le clausole abusive è una *nullidad de pleno derecho*, circoscritta alla sola pattuizione illegale; la lacuna contrattuale è poi colmata dalle disposizioni legali. La legittimazione a

Il profilo della sanabilità della atto abdicativo nullo non è stato espressamente affrontato dalla dottrina spagnola in quanto esso è implicitamente regolato dallo stesso art. 10 del *Texto Refundido*. A fronte della nullità dell'atto di rinuncia vietato, il consumatore diverrà titolare del diritto cui aveva rinunciato: una volta divenutone titolare egli sarà legittimato a disporne pienamente, posto che la "convalida" dell'atto di rinuncia nullo altro non è che una (legittima) rinuncia *ex post*¹⁶⁰.

3. L'ESPERIENZA TEDESCA: IL DIVIETO DI DEROGARE *IN PEIUS* AI DIRITTI ATTRIBUITI AL CONSUMATORE

3.1.PREMESSA

La principale difficoltà legata allo studio della trasposizione delle forme di invalidità dettate dal legislatore europeo nell'ordinamento tedesco risiede, indubbiamente, nella impossibilità di fornire una corretta traduzione delle categorie giuridiche regolate dal *BGB*, rischiando, per il diverso significato attribuito ai medesimi termini nel sistema giuridico italiano, di confondere e sovrapporre gli istituti esaminati. Ci si riferisce, in particolare, alla mancanza nel codice civile tedesco di una disciplina compiuta dell'invalidità nella quale, in particolare, il legislatore abbia chiarito quale sia il rapporto tra negozio invalido e negozio inefficace.

Nel sistema codicistico tedesco infatti i termini *Nichtigkeit* (nullità) e *Unwirksamkeit* (solitamente tradotto come inefficacia) sono impiegati quali sinonimi

far valere la nullità è riservata al solo consumatore ed è altresì rilevabile d'ufficio dal giudice, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga (questo è il *modus operandi* individuato dalla sentenza della CGUE *Pannon*, sulla quale v., *amplius*, cap. II). A differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti ove il rispetto del principio contenuto nella sentenza ora richiamata ha suscitato vivaci dibattiti dottrinale (primo l'Italia), coloro che si sono dedicati allo studio dell'art. 10 del *TRLGDCU* null'altro hanno visto se non la conferma indiretta della piena ammissibilità e validità della rinuncia *ex post* CÁMARA LAPUENTE, sub art. 10, cit., p. 227. Preme sottolineare come la dottrina abbia così esteso la giurisprudenza della Corte di giustizia avente ad oggetto la non vincolatività delle clausole abusive alla nullità comminata come scelta spontanea del legislatore nazionale quale conseguenza di una rinuncia vietata. Il consumatore potrà poi rinunciare *ex post* alla tutela che la legge gli offre, a condizione che la sua volontà sia consapevole e, precisa la dottrina, con "*los límites generales de toda renuncia*"; Così GONZALES PACANOWSKA, sub art. 82, in *Comentarios del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinato da Bercovitz Rodriguez-Cano, cit., p.983.

¹⁶⁰ CÁMARA LAPUENTE, *op. loc. cit.*

dal legislatore che li utilizza, quasi discrezionalmente, ogni qual volta si tratti di negare al negozio (o a parte di esso) gli effetti voluti dalle parti¹⁶¹. Tale impostazione può apparire, al lettore italiano, imprecisa in quanto è normalmente riconosciuto nel nostro ordinamento che un contratto invalido possa essere efficace così come che un contratto valido possa essere inefficace. A differenza di quanto avviene nel nostro sistema privatistico incardinato sulla nozione di invalidità, il fulcro del sistema dell'invalidità tedesco risiede invece nel concetto di "inefficacia", quale fenomeno generale di cui l'invalidità e la nullità sono solo delle mere sottospecie e delle possibili cause¹⁶².

Appunto per questo, nell'affrontare l'analisi delle disposizioni tedesche si è cercato, da un lato, di rimanere fedeli al significato del testo legislativo e, dall'altro, di renderne comprensibile (ad un lettore abituato a confrontarsi con il sistema di invalidità negoziale domestico) il contenuto: pertanto nonostante la possibilità di tradurre i due termini come "inefficacia" e "nullità", si è preferito mantenere la versione linguistica originaria per il timore che la traduzione in lingua italiana si presenti come inesatta e foriera di fraintendimenti, soprattutto alla luce del significato che tali categorie giuridiche hanno nel nostro ordinamento.

3.2 LA TRASPOSIZIONE NAZIONALE DEL DIVIETO DI RINUNCIA NEI CONTRATTI B2C

La rinuncia (vietata) di cui alle direttive europee è stata tradotta, in lingua tedesca, con il verbo *verzichten*: tutte le direttive esaminate prescrivono infatti che il consumatore "*kann nicht verzichten*" ai diritti che gli sono conferiti dalle direttive medesime.

Il legislatore tedesco, in sede di recepimento dei testi normativi europei, non ha tuttavia mantenuto tale termine e ha preferito comminare il diverso (?) divieto di deroga in senso sfavorevole al consumatore dei diritti conferitigli, equiparando – di

¹⁶¹ Nonostante gli interpreti abbiano cercato di enucleare le differenze tra i due istituti (affermando, per esempio, che si parla di *Unwirksamkeit* quando l'inefficacia colpisce una sola parte del negozio giuridico mentre è preferibile utilizzare il termine *Nichtigkeit* qualora sia l'intero negozio a non avere effetti giuridici), questi sono comunemente intesi come sinonimi: cfr. la voce "*Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts*" in *Rechts-Wörter-Buch* a cura di Creifelds, München 2000.

¹⁶² Per una ricostruzione approfondita dell'evoluzione del sistema di invalidità si rinvia a GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova 2008, p.136ss.

fatto – il divieto di rinuncia di cui alle direttive esaminate con il divieto di deroghe *in peius* utilizzato dal legislatore europeo in talune direttive giusconsumeristiche ed uniformandone, di conseguenza, le relative discipline (cfr. cap. I e v. *infra*).

Per ciò che concerne, più in generale, il processo di recepimento delle direttive a tutela dei consumatori nel sistema normativo nazionale, esso è suddivisibile in due distinti momenti, il cui spartiacque è costituito dalla riforma del diritto tedesco delle obbligazioni del 2001¹⁶³. Nella prima fase – precedente al 2001 – le singole direttive europee che regolano i rapporti contrattuali tra professionista e consumatore (e, in particolare, quelle oggetto della presente indagine) sono state recepite in leggi autonome e separate rispetto al codice civile tedesco; successivamente, con la *Schuldrechtsmodernisierung*, esse sono state pressoché integralmente inserite nel *BGB* con la contestuale abrogazione delle leggi speciali con cui queste erano state in un primo momento recepite.

Prima di analizzare i paragrafi del *BGB* che contengono, oggi, il precetto dell'irrinunciabilità "europeo" pare tuttavia opportuno esaminare le leggi speciali con cui il legislatore ha dato originariamente attuazione alle direttive esaminate, con particolare riferimento alla legge tedesca sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali del 16 gennaio 1986¹⁶⁴ poiché, come chiarito nel primo capitolo, essa è stata, unitamente alla legge francese, il modello sul quale si è basato il legislatore europeo per redigere la direttiva 85/577/CEE nella quale, per la prima volta, compare il divieto di rinuncia per il consumatore ai diritti che gli sono conferiti dalla direttiva stessa.

Delimitando l'analisi ai profili che qui interessano pare interessante analizzare la disciplina contenuta nel § 5 della *HWiG* rubricato "Divieto di elusione; Inderogabilità" (*Umgehungsverbot; Unabdingbarkeit*) il quale prescriveva, dopo aver chiarito che le disposizioni contenute nella legge sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali avrebbero trovato applicazione anche nel caso in cui le parti

¹⁶³ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001 in *BGBI. I S.* 3138, su cui v. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003.

¹⁶⁴ *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*, di seguito *Haustürwiderrufsgesetz* o *HWiG*.

cercassero di eluderle, la *Unwirksamkeit* delle pattuizioni derogatorie alle disposizioni della legge in senso sfavorevole al consumatore¹⁶⁵.

Il legislatore tedesco ha così, mediante il § 5 dell'*HWiG* assicurato l'inderogabilità in senso sfavorevole al consumatore delle disposizioni a protezione dello stesso contenute nella legge, attribuendo – indirettamente – alle stesse valore di norme imperative¹⁶⁶.

La medesima formulazione testuale della norma contenuta nella legge sui contratti porta a porta è stata poi utilizzata dal legislatore tedesco tutte le volte in cui egli ha voluto (e dovuto) dettare, nelle leggi di recepimento delle direttive europee, disposizioni a protezione del consumatore.

In particolare, è possibile osservare come egli si sia servito di tale espressione anche nel recepimento della dir. 97/7/CE concernente i contratti conclusi a distanza: la disciplina contenuta in tale direttiva è stata inizialmente recepita in una legge, *Fernabsatzgesetz*¹⁶⁷, esterna al codice civile tedesco, testo nel quale è confluita a seguito della riforma del 2001. La *FernAbsG* prescriveva, al § 5, rubricato anch'esso “*Unabdingbarkeit, Umgehungsverbot*” – con una formulazione coincidente a quella utilizzata dal legislatore del 1986 per i contratti c.d. porta a porta – la *Unwirksamkeit* delle disposizioni derogatorie in senso sfavorevole al consumatore¹⁶⁸.

La medesima espressione è riscontrabile altresì nella disciplina di recepimento delle direttive 87/102/CEE e 94/47/CE sui contratti di credito ai consumatori e di *timesharing* immobiliare (direttive oggi abrogate e sostituite dalle dir. 2008/48/CE e dir. 2008/122/CE)¹⁶⁹.

¹⁶⁵ L'*Abs.* 4 del § 5 *HWiG* prevedeva infatti che „*Von den Vorschriften dieses Gesetzes zum Nachteil des Verbraucher abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.*”.

¹⁶⁶ Così OLAF WERNER, sub par. 5 *HWiG* in *Kommentar zu BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, a cura di Staudinger, Berlin, 2001 e cfr. altresì WIEDMANN, in *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, a cura di Gebauer e Wiedmann, Stuttgart, 2011, p. 240.

¹⁶⁷ *Fernabsatzgesetz* del 27 giugno 2000, in *BGBI. I S.*, p. 897, di seguito anche *FernAbsG*.

¹⁶⁸ “*Eine zum Nachteil des Verbrauchers von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Vereinbarung ist unwirksam*”.

¹⁶⁹ Si ricorda che le citate direttive, a differenza delle successive direttive 2008/48/CE e 2008/122/CE, non contenevano il divieto di rinuncia ai diritti da esse conferiti bensì prescrivevano l'inderogabilità a sfavore del consumatore delle disposizioni della direttiva e la non vincolatività delle clausole mediante le quali il consumatore rinunciava ai diritti conferitigli dalla legge: così, rispettivamente, art. 14 dir. 87/102/CEE e art. 8 dir. 94/47/CE.

La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni ha dato avvio alla seconda fase del processo di “europeizzazione” del diritto tedesco, a seguito del quale, come sopra già ricordato, sono confluite nel *BGB* le discipline attuative delle direttive europee, che sono state così coordinate e armonizzate con gli istituti ed i principi generali contemplati dal codice.

Limitando l’analisi alle norme contenute nelle direttive oggetto della presente indagine, le discipline dei contratti porta a porta e di quelli conclusi a distanza hanno trovato accoglimento nella Sezione terza – dedicata ai rapporti obbligatori derivanti da contratto – del secondo Libro del *BGB*, in cui sono oggi disciplinati unitamente (in seguito al recepimento della direttiva 2002/65/CE) ai contratti conclusi a distanza sui servizi finanziari. Sempre nel libro secondo del Codice civile tedesco sono state recepite le discipline dei contratti di credito ai consumatori e del *timesharing* immobiliare così come delineate dalle direttive 2008/48/CE e 2008/122/CE¹⁷⁰.

Orbene, tutte le discipline ora richiamate contengono una norma che, recependo l’articolo delle corrispondenti direttive, dà attuazione nel sistema nazionale al precetto dell’irrinunciabilità per il consumatore ai diritti che gli sono conferiti comminata dal legislatore dell’UE. In particolare, le disposizioni del *BGB* che recepiscono il precetto dell’irrinunciabilità (*rectius*: che garantiscono al consumatore il livello minimo di tutela previsto dal legislatore europeo) sono il § 312i che trova applicazione per i contratti c.d. porta a porta, per i contratti a distanza e per la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari¹⁷¹; il § 487 per ciò che

Il § 18 della legge sul credito al consumo del 17 dicembre 1990, *Gesetz über den Verbraucherkredit*, così come il § 9 della legge sul *timesharing* immobiliare, *Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden*, del 20 dicembre 1996, rubricati *Unabdingbarkeit; Umgehungsverbot* prescrivevano la *Unwirksamkeit* delle disposizioni derogatorie in senso sfavorevole al consumatore delle disposizioni della legge e l’operatività delle stesse anche nell’ipotesi in cui le parti tentassero di eluderle („Eine von den Vorschriften dieses Gesetzes zum Nachteil des Verbrauchers abweichende Vereinbarung ist unwirksam. Dieses Gesetz ist auch anzuwenden, wenn seine Vorschriften durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden“).

¹⁷⁰ Il Titolo 3 della sezione ottava, dedicata ai singoli rapporti obbligatori, disciplina i contratti di mutuo, aiuti finanziari e contratti di consegna rateale tra un professionista e un consumatore (§§ 491ss.) e la direttiva 2008/122/CE è stata recepita con il *Gesetz zur Modernisierung der Regelungen über Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte sowie Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge* introdotto nel Titolo 2 dell’ottava sezione.

¹⁷¹ Il § 312i vieta l’inderogabilità *in peius* delle disposizioni contenute nell’*Untertitel 2* della Sezione terza del secondo Libro che è rubricato “Particolari forme di distribuzione”. I diritti attribuiti ai consumatori da tale sottotitolo possono essere così individuati: i §§ 312 e 312d conferiscono al consumatore il *Widderufsrecht* nei contratti c.d. porta a porta e nei contratti conclusi a distanza

concerne i contratti di *timesharing* immobiliare e i contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine¹⁷²; infine il § 511 per i contratti di credito ai consumatori¹⁷³. Tutti gli articoli richiamati prescrivono che non si possa derogare alle disposizioni del sottotitolo in cui sono inserite a svantaggio del consumatore (*Von den Vorschriften dieses Titels darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden*); inoltre tale modello di invalidità è sempre abbinato al “divieto di patti di elusione”, a norma del quale le disposizioni a tutela del consumatore trovano applicazione anche se le parti tentano altrimenti di eluderle¹⁷⁴.

Il *BGB* non contiene pertanto un divieto di rinuncia di carattere generale suscettibile di trovare applicazione per tutti i contratti conclusi tra professionista e consumatore (opzione prescelta, ad esempio, dal legislatore italiano e da quello spagnolo) ma presenta tante singole disposizioni quante sono le direttive recepite. Inoltre, il legislatore della riforma del 2001, discostandosi dalla formulazione letterale utilizzata dalle direttive, ha – mantenendo quasi immutata la formulazione di cui alla *HWiG* – inteso il divieto di rinuncia europeo come inderogabilità in senso sfavorevole al consumatore delle disposizioni di protezione dello stesso e ha così,

mentre il § 312c attribuisce al consumatore il diritto all’informazione nei contratti a distanza il § 312g nei contratti elettronici.

¹⁷² Il § 487 vieta di derogare alle disposizioni del *Titel 2* (sui contratti di multiproprietà, i contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e i contratti di rivendita e di scambio) della Sezione ottava dedicata ai singoli rapporti obbligatori. Il legislatore ha così conferito alle disposizioni di cui ai §§ 481-487 *BGB* natura di norma imperativa, sancendo che non si possa derogare a scapito del consumatore al diritto di informazione (§ 482), al diritto di recesso (§ 482a e ai relativi termini per esercitarlo *ex* § 485a), al diritto di ricevere le informazioni e il contratto in una lingua comprensibile per il consumatore (§ 483) e al divieto per il professionista di ricevere acconti da parte del consumatore prima della conclusione del contratto stesso (§ 486).

¹⁷³ Il § 511 *BGB* vieta di derogare in senso sfavorevole al consumatore ai §§ 491-510 che recepiscono la direttiva europea in materia di contratti di credito ai consumatori. Le posizioni giuridiche attribuite ai consumatori da tali disposizioni sono più articolati e numerosi rispetto a quelli ravvisabili nelle discipline sopra esaminate e comprendono il diritto di informazione (§§ 491a e 493), il *Widerrufsrecht* *ex* § 495, il divieto di rinuncia da parte del mutuuario al diritto di opporre al cessionario del credito di cui il mutuante è titolare le eccezioni che gli competono nei confronti di quest’ultimo ovvero di rinunciare a compensare anche nei confronti del cessionario del credito di cui è titolare il mutuante un credito che egli abbia nei confronti di quest’ultimo (§ 496), il diritto a sciogliere il contratto a tempo indeterminato in qualsiasi momento e il diritto a non dover dare un preavviso superiore ad un mese (§§ 499 e 500), il diritto ad una riduzione dei costi qualora egli adempia anticipatamente il proprio debito (§ 501), il diritto alle restituzioni per i contratti di finanziamento ai sensi dei §§ 507 e 508 *BGB* e per i *Ratenlieferungsverträge* ai sensi del § 510.

¹⁷⁴ Benché non di diretta attuazione della dir. 2008/48/CE si richiama la disciplina contenuta nei § 655° *ss.* dedicata ai contratti di mediazione nel mutuo conclusi tra un consumatore e un professionista. Il § 655e ha la medesima formulazione di cui al § 511 e, per l’affinità della materia regolata, dovrebbe soggiacere alle stesse regole interpretative; così EBERT, sub § 655e, in *BGB Kommentar* a cura di Schulze, Dörner, Ebert, Hoeren, Kemper, Saenger, Schreivber, Schulte-Nölke, Staudenger, Baden Baden, 2012, p. 958.

all'interno del processo di armonizzazione e coordinamento che caratterizza la *Schuldrechtsmodernisierung*, comminato il divieto di deroghe *zum Nachteil des Verbrauchers*, rubricando i rispettivi paragrafi – che, si ricorda, contengono il medesimo enunciato – “*Abweichende Vereinbarungen*”.

Nonostante il legislatore tedesco non abbia dettato un unico precetto di carattere generale, l'identica formulazione delle diverse disposizioni e l'uniformità dell'interpretazione ad esse fornita dalla dottrina permette di considerare tali disposizioni come espressione di un principio di carattere generale destinato ad operare ogni qual volta l'interprete si trovi a dover analizzare i rapporti obbligatori scaturenti da un contratto concluso tra un professionista e un consumatore. Tale conclusione è altresì corroborata dalla circostanza che il legislatore tedesco non si è limitato a recepire la disciplina comunitaria introducendo nell'ordinamento i modelli di invalidità ivi dettati ma ha creato un sistema nazionale, coerente e coordinato con gli istituti e principi generali, suscettibile di operare ogni qual volta vi siano norme imperative o semi imperative, *halbzwingend*, in quanto deputate alla tutela di un solo contraente ¹⁷⁵. Proprio per tale ragione si analizzerà, nel proseguo dell'indagine, il generale divieto di deroghe *in peius* senza fare riferimento alle singole prescrizioni normative che lo contengono. Solo ove necessario saranno evidenziate le differenze con la precedente disciplina contenuta nelle singole leggi esterne al codice civile, oggi abrogate.

3.3 L'INDEROGABILITÀ IN SENSO SFAVOREVOLE AL CONSUMATORE: AMPIEZZA E PORTATA DEL DIVIETO

L'ambito di operatività del divieto in esame, così come testualmente formulato dal legislatore tedesco – equiparando il divieto di rinuncia ai diritti con la loro inderogabilità in senso sfavorevole – comprende non solo la totale dismissione del diritto ma altresì qualsiasi modifica (di tipo qualitativo o quantitativo) dello stesso che incida in maniera negativa sul complesso di situazioni giuridiche

¹⁷⁵ Oltre ai par. del BGB richiamati, si ricorda che il divieto di derogare in senso sfavorevole al contraente debole è contenuto altresì nei §§ 18 e 67 del *Versicherungsvertragsgesetz* (legge sui contratti di assicurazione) e ai §§ 449, 451h e 475h del *Handelsgesetzbuch* (codice commerciale).

soggettive di cui è titolare il consumatore¹⁷⁶. Tale divieto ha ad oggetto i diritti attribuiti al consumatore dalle norme del BGB che disciplinano le singole tipologie contrattuali di consumo di origine europea.

Per ciò che concerne la struttura della pattuizione vietata attraverso la quale si realizza una inammissibile limitazione ai diritti dei consumatori è necessario distinguere l'interpretazione fornita dalla dottrina precedentemente e successivamente alla riforma del 2001. Mentre infatti non vi sono mai stati dubbi alcuni circa la *Unwirksamkeit* delle pattuizioni derogatorie in senso sfavorevole al consumatore intercorse tra quest'ultimo e un professionista, la liceità degli atti unilaterali mediante i quali il consumatore si privava in tutto o in parte di un proprio diritto è stata oggetto di puntuale analisi da parte degli studiosi. La dottrina si è infatti inizialmente interrogata, basandosi sulla formulazione originaria della norma (*rectius*: delle norme) che vietava(no) le sole “*abweichende Vereinbarungen*”, sulla possibile liceità delle dichiarazioni unilaterali mediante le quali il consumatore si fosse (parzialmente) privato dei diritti conferitigli dalla legge in quanto, basandosi unicamente sul dato normativo letterale, il divieto aveva ad oggetto i solo accordi bilaterali.

Tale dibattito è stato altresì alimentato dalla giurisprudenza, la quale non ha mai affermato espressamente l'operatività del divieto in esame per i meri atti unilaterali, lasciando al contrario presumere (dal tenore letterale di alcune decisioni) la liceità di tali dichiarazioni. Si fa in particolare riferimento alla motivazione utilizzata dal *BGH* chiamato a pronunciarsi sulla *Unwirksamkeit* di una rinuncia unilaterale al diritto di recesso relativa ad un contratto disciplinato dal *HWiG*¹⁷⁷. Nel caso che ha dato origine alla pronuncia, il consumatore aveva firmato, al momento della conclusione del contratto, una dichiarazione predisposta dal venditore con la quale rinunciava allo *ius poenitendi* dal contratto appena concluso. La Corte federale, al fine di comminare la *Unwirksamkeit* della rinuncia (soluzione che avrebbe garantito la miglior tutela del consumatore-aderente), invece di fornire una interpretazione estensiva della formula legislativa di cui §5 del *HWiG*, tale cioè da farvi rientrare anche gli atti unilaterali, ha “riqualificato” la dichiarazione unilaterale

¹⁷⁶ Cfr., *ex pluribus*, RING, sub § 312i, in *BGB Kommentar* a cura di Dauner-Lieb e Langen, Baden Baden 2012.

¹⁷⁷ *BGH, Urteil* del 26 gennaio 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift* 1987.

come “contratto di rinuncia conclusosi tra il consumatore e il professionista”, sulla base della circostanza che il testo della dichiarazione era stato predisposto e interamente scritto da quest’ultimo, lasciando così intendere che, nella diversa ipotesi in cui la dichiarazione fosse stata scritta e predisposta dal consumatore, la rinuncia al diritto di recesso sarebbe stata *wirksam*¹⁷⁸.

Oggi, il dubbio sull’ammissibilità o meno degli atti unilaterali mediante i quali il consumatore dispone, in senso a sé sfavorevole, dei propri diritti è stato definitivamente superato dalla nuova formulazione data alle norme dal legislatore della riforma del 2001 che, eliminando il riferimento testuale alle *Vereinbarungen* (rimasto solo nella rubrica delle disposizioni), si è limitato a stabilire che “non si può derogare in senso sfavorevole per il consumatore” alle disposizioni contenute nei rispettivi Titoli e Sottotitoli¹⁷⁹.

La dottrina, pacifico che rientrano nel campo di applicazione del divieto di pattuizioni derogatorie sia gli accordi bilaterali che gli atti unilaterali, si è ulteriormente interrogata, rispetto a tale ultima ipotesi, sull’incidenza che può avere sulla *Wirksamkeit* dell’atto il momento temporale in cui quest’ultimo viene posto in essere.

Gli interpreti sono unanimi nell’affermare l’illiceità degli atti dispositivi posti in essere in un momento precedente alla conclusione del contratto con il professionista¹⁸⁰. Diversamente, l’ammissibilità dell’atto di disposizione compiuto dal consumatore successivamente alla conclusione del contratto è subordinata, secondo la dottrina dominante, all’assolvimento da parte del professionista ai propri obblighi informativi. In tale ipotesi infatti tornerebbe a operare il generale principio di autonomia privata in quanto sarebbe ristabilito quell’equilibrio – perlomeno informativo – tra le parti che permetterebbe così al consumatore di assumere una decisione consapevole¹⁸¹. Contrariamente è *unwirksam* l’atto dispositivo, successivo

¹⁷⁸ FULDA, *Abgabe eines Widerrufsverzichts bei Haustürkauf* in *Neue Juristische Wochenschrift* RR, 1987, p. 1460ss.

¹⁷⁹ Così WELTER, *Verbrauchercredit*, im *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, München 2010, p. 638 e KESSAL/WULF, sub 506 rn 4, in *Staudinger Kommentar des BGB*.

¹⁸⁰ V., in luogo di molti, WAGNER, *Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, in *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 2010, p. 246ss.; si veda però, *contra*, EBERT, sub par. 655e BGB, in *BGB Handkommentar*, a cura di Schulze, il quale afferma la nullità di qualsiasi deroga pregiudizievole per il consumatore, a prescindere dal momento temporale in cui questa sia posta in essere.

¹⁸¹ RING, *op.loc. cit.*

o contestuale alla conclusione del contratto, solamente nell'ipotesi in cui il professionista non abbia correttamente adempiuto i propri obblighi informativi oppure non abbia compiutamente informato il consumatore circa lo *ius poenitendi*. Parte della dottrina ha tuttavia proposto una soluzione ancor meno "garantista" per il consumatore, sostenendo l'ammissibilità di una deroga in senso sfavorevole al consumatore *ex post* a prescindere dall'assolvimento degli obblighi informativi da parte del professionista, arrivando perfino a pronunciarsi sull'ammissibilità per il consumatore di rinunciare alla completa ricezione delle informazioni, qualora al consumatore vengano espressamente comunicate quali sarebbe le informazioni contenute nel documento informativo (cui egli rinuncia)¹⁸². Tuttavia è stato correttamente obiettato che tale posizione non può essere condivisa in quanto non sarebbe possibile, nella prassi, distinguere tra una rinuncia *wirksam* – posta cioè in essere consapevolmente dal consumatore dopo aver ottenuto tutte le informazioni necessarie a tal fine – da una rinuncia illecita – poiché influenzata da informazione incomplete o scorrette –, con la conseguenza che si verrebbe a creare una situazione di grave incertezza giuridica¹⁸³.

Inoltre, la dottrina che si è dedicata allo studio della disposizione in esame ha chiarito che sono *unwirksam* tutte le deroghe sfavorevoli al consumatore, a prescindere dalla modalità con la quale queste siano poste in essere: sono pertanto colpite dalla *Unwirksamkeit* le pattuizioni di deroga contenute in moduli o formulari, in condizioni generali di contratto, in contratti negoziati individualmente ed è altresì indifferente che queste siano incluse nel contratto oppure siano riprodotte in un documento separato¹⁸⁴.

Il divieto di deroga sancito dal legislatore vige solo, così come testualmente affermato, per le disposizioni sfavorevoli al consumatore¹⁸⁵. Sono invece efficaci e valide (*zulässig und wirksam*) le disposizioni che, derogando alle prescrizioni

¹⁸² WENDEHORST, sub § 312 f, in *Münchener Kommentar des BGB*, München 2007.

¹⁸³ Così SAENGER, sub 312 f, rn. 7, in *Herman Handkommentar des BGB*, Köln, 2008

¹⁸⁴ OLAF WERNER, sub par. 5 HWiG in *Kommentar zu BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, a cura di Staudinger, Berlin, 2001, p. 709ss.

¹⁸⁵ Cfr. le osservazioni critiche di WAGNER, *Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, in *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 2010, p. 244 ss. il quale sostiene che l'inderogabilità *in peius* delle disposizioni a tutela del consumatore non sia uno strumento adeguato per la protezione degli stessi e che rischia, al contrario, di frustrare gli obiettivi di tutela del mercato e protezione dei consumatori cui la normativa giusconsumistica è volta.

legislative, attribuiscono al consumatore maggiori diritti rispetto a quelli contenuti nella disciplina legale.

Nella prospettiva della *Unwirksamkeit* della disposizione sfavorevole al consumatore la dottrina si è pertanto posta il problema di chiarire in che modo debba essere valutato lo “svantaggio” per il c.d. contraente debole. Il criterio enucleato, e generalmente accolto, al fine di accertare il pregiudizio per il consumatore, consiste nel confrontare i diritti di cui godrebbe – in astratto – il consumatore per effetto della legge con quelli di cui è titolare – in concreto – dopo l’accordo derogatorio della legge stessa. Tuttavia è stato correttamente rilevato come la valutazione dello svantaggio “normativo” o “giuridico” rispetto a quello “effettivo” o “economico” possa condurre a soluzioni che, pur risultando più vantaggiose “sulla carta”, non corrispondono effettivamente a quelle più favorevoli per il consumatore¹⁸⁶. La posizione oggi prevalente è quella secondo la quale la valutazione non può pertanto essere affrontata su un piano generale e complessivo, nel senso che se c’è una disposizione a svantaggio del consumatore questa deve essere valutata singolarmente e non in relazione a tutte le altre clausole del contratto. Pertanto, la previsione di uno svantaggio non può essere compensato da previsioni più favorevoli contenute in altre clausole del contratto così come non può essere compensato uno svantaggio tramite il richiamo a diritti attribuiti da altri testi normativi o da altre Sezioni del *BGB*¹⁸⁷.

3.4 LA *UNWIRKSAMKEIT* DELL’ATTO DISPOSITIVO VIETATO

Ai fini di un corretto inquadramento delle questioni giuridiche che il recepimento delle direttive dell’UE ha comportato, si ritiene necessario delineare brevemente, soffermandosi sugli istituti in questa sede rilevanti, il sistema delle invalidità negoziali dell’ordinamento tedesco il cui codice civile, come poc’anzi ricordato, manca di una disciplina completa dello stesso.

Punto di partenza necessario è la definizione di inefficacia del negozio giuridico quale categoria generale, di cui l’invalidità è solo una possibile causa. Il

¹⁸⁶ FULDA, *Abgabe eines Widerrufsverzichts bei Haustürkauf* in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, p. 1461.

¹⁸⁷ Cfr. EBERT, sub par. 655e, in *BGB Handkommentar*, a cura di Schulze, cit.

negozio è *unwirksam* quando non sopraggiungono gli effetti voluti dalle parti perché l'ordinamento non gli accorda la validità. Il più forte grado di *Unwirksamkeit* è costituito dalla *Nichtigkeit* che opera *ipso iure* travolgendo il negozio *ab origine* ed in modo permanente; essa ha effetto *erga omnes*, può essere fatta valere da chiunque e può essere rilevata d'ufficio dal giudice ove risulti dai fatti allegati¹⁸⁸.

Tra le cause di *Nichtigkeit* del negozio espressamente comminate dal BGB, limitando ovviamente l'analisi ai fini che qui interessano, vi è la contrarietà ad un divieto legale ai sensi del § 134 secondo cui “*Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt*” e la contrarietà al buon costume ex § 138 a norma del quale “*Ein Rechtsgeschäft, das gegen die gute Sitten verstößt, ist nichtig*”.

Nell'ipotesi in cui vi sia una sola clausola o pattuizione negoziale colpita dalla *Nichtigkeit*, la regola generale vuole che il negozio parzialmente nullo possa rimanere vigente, ai sensi del § 139, solo nell'ipotesi in cui questo risponde alla volontà ipotetica delle parti che l'hanno posto in essere. La dottrina ha tuttavia enucleato alcune ipotesi che rendono superfluo il § 139, sia poiché la nullità parziale viene regolata da norme speciali (e a tal fine viene solitamente richiamata la disciplina sulle condizioni generali di contratto contenuta oggi nei §§ 306ss *BGB* a norma della quale la *Unwirksamkeit* della clausola vessatoria non si estende all'intero contratto¹⁸⁹) sia poiché la *Teilnichtigkeit*, benché non espressa dal legislatore, è connaturata e strettamente legata alla logica che sottostà alla scelta del legislatore di comminare la *Unwirksamkeit*: se la *ratio* della norma è quella, ad esempio, di proteggere uno solo dei contraenti, la nullità dell'intero negozio giuridico rischierebbe di frustrare la finalità medesima della norma in quanto idonea a far venir meno i vantaggi che la parte debole potrebbe ricavare dal negozio, solo parzialmente colpito da *Nichtigkeit*¹⁹⁰.

Infine, per ciò che concerne gli effetti processuali della nullità, pur mancando una norma al riguardo, vi è unanimità nella dottrina nell'affermare che nel negozio

¹⁸⁸ Per una precisa ricostruzione del sistema dell'invalidità cfr. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 154ss che richiama in nota LARENZ - WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8 Aufl., München, 1997, p. 825 e FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 3. Berlin – Heidelberg, 1979, p. 556s.

¹⁸⁹ V., *amplius*, RIZZO, *Le “clausole abusive” nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 287ss.

¹⁹⁰ LARENZ-WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8 Aufl., München, 1997, p. 854ss.

nullo il vizio opera *ipso iure*, senza che sia necessaria qualsivoglia iniziativa dei soggetti interessati per farlo rilevare¹⁹¹.

Ciò premesso, la conseguenza giuridica destinata a prodursi nell'ipotesi in cui venga violata la disciplina di cui ai §§ 312i, 487, 511 del *BGB* è la *Unwirksamkeit* delle pattuizioni derogatorie. Nonostante tale conseguenza non sia più espressamente sancita dal legislatore¹⁹², la dottrina e la giurisprudenza non hanno mai nutrito dubbi, per la sostanziale identità delle norme, sull'operatività di tale sanzione giuridica, concentrandosi il dibattito tra gli interpreti sulla fonte di tale *Unwirksamkeit*. Una parte di coloro che si sono dedicati allo studio delle singole normative a protezione del consumatore affermano che la pattuizione derogatoria *in peius* ai diritti dei consumatori è contraria ad un divieto legale e sarebbe pertanto *unwirksam* e *nichtig* ai sensi del § 134 *BGB*¹⁹³; altra dottrina ha invece affermato che il divieto legislativo si contrappone alle norme imperative (si ricorda che la natura imperativa delle disposizioni a favore del consumatore è stata affermata, oltre che dalla dottrina nazionale, dalla CGUE) le quali si limitano ad affermare la *Unwirksamkeit* delle *abweichende Vereinbarungen*: queste pertanto sarebbero *unwirksam* non perché contrastanti con il divieto espresso dal § 134 *BGB* ma perché alle parti mancherebbe la legittimazione a disporre della relativa situazione giuridica¹⁹⁴.

Quale che sia la fonte della *Unwirksamkeit* che colpisce l'atto derogatorio *in peius* ai diritti dei consumatori, non pare incidere in alcun modo sulle modalità con le quali essa opera. In particolare la *Unwirksamkeit* colpisce la sola pattuizione derogatoria vietata e non si estende all'intero contratto, che rimane valido ed efficace; non troverebbe infatti applicazione in tale ipotesi, per le ragioni viste

¹⁹¹ Non è possibile, per chiare ragioni di estensione del presente lavoro, dedicare in tale sede un autonomo approfondimento al sistema processuale tedesco. Ci si limita pertanto a richiamare il § 256 del *Zivilprozessordnung* che, regolando l'azione di accertamento, afferma che possa essere avanzata una domanda giudiziale per l'accertamento della sussistenza o non sussistenza di un rapporto giuridico attuale, quando l'attore abbia un interesse giuridico a che il rapporto venga in tempi brevi accertato con decisione giudiziale. Sul dibattito circa l'ammissibilità dell'azione di accertamento della nullità si rinvia a GIROLAMI, *Le nullità di protezione* cit., p. 171ss.

¹⁹² A differenza della precedente formulazione contenuta nel §5 della legge sui contratti porta a porta, c.d. *HWiG* e nel § 5 della legge sui contratti a distanza, c.d. *FernAbsG*.

¹⁹³ Così, *ex pluribus*, RING, sub 312i, in *BGB Kommentar* a cura di Dauner-Lieb e Langen, Baden Baden 2012; KRÄMER/MÜLLER, sub 511, *ivi*.

¹⁹⁴ Così LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München 2004, p. 724.

supra, la regola generale di cui al § 139 del *BGB*, rubricato “*Teilnichtigkeit*” (coincidente con il nostro art. 1419 c.c.), secondo cui la nullità parziale del contratto si estende all’intero negozio se risulta che le parti non l’avrebbero concluso senza quella parte colpita da nullità¹⁹⁵.

A chiosa di tale rapida rassegna del sistema tedesco, pare estremamente interessante richiamare l’attenzione – soprattutto per il lettore italiano – sulla circostanza che tale forma di “invalidità” (che, si ripete, opera in tutte le ipotesi in cui il legislatore europeo abbia voluto proteggere il contraente debole, a prescindere cioè dalla formulazione testuale della norma) sottostia ai principi generali dell’ordinamento privatistico e non richieda, in particolare alla giurisprudenza nazionale, sforzi ermeneutici ed interpretativi volti all’adattamento con i principi del diritto europeo, così come interpretati dalla Corte di giustizia.

Limitando queste ultime considerazioni ai soli rapporti negoziali tra consumatori e professionisti, preme sottolineare come la *Unwirksamkeit* che colpisce la pattuizione derogatoria sfavorevole al consumatore costituisca, per unanime dottrina¹⁹⁶, la medesima sanzione che, ai sensi del § 306 *BGB*, colpisce la clausola abusiva inserita in un contratto *b2c*¹⁹⁷. Tale omogeneità e uniformità di sanzione conferisce al diritto tedesco una rilevanza particolare all’interno del presente lavoro in quanto il legislatore tedesco (soprattutto in seguito alla riforma del 2001) ha inteso e, di conseguenza, recepito le diverse forme di invalidità dettate a livello europeo (che si ricordano essere “non vincolatività”, “irrinunciabilità” ed “inderogabilità *in peius*”) come l’espressione di un’unica forma di invalidità (regolata dalle stesse norme che disciplinano l’invalidità di “diritto comune”), che ha pertanto disciplinato in modo unitario ed organico¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Così RING, sub 312i, rn. 6, in *Dauner-Lieb e Langen Kommentar*, cit.; KRÄMER/MÜLLER, sub 511, rn. 3, *ivi*; SAENGER, sub 312f, rn8, in *Erman Kommentar* cit.; A. STAUDINGER, *Teilzeit-Wohnrechteverträge, im Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, a cura di Gebauer e Wiedmann, Stuttgart, 2010, p. 532.

¹⁹⁶ V., *ex pluribus*, WENDHORST, sub 312i, in *Muenchener Kommentar* cit., p. 1746s ed *ivi* per ulteriori riferimenti bibliografici. E cfr. altresì LÖWE, in *Kommentar zum AGB-Gesetz* a cura di LÖWE, GRAF VON WESTPHALEN, TRINKNER, Heidelberg, 1991, p. 132.

¹⁹⁷ Sull’inserimento nel *BGB* della disciplina sulle clausole abusive si cfr., DE CRISTOFARO, *L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, parte I, p. 667.

¹⁹⁸ Cfr. altresì le considerazioni svolte da WAGNER, *Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, in *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 2010, p. 248, in sede di analisi della proposta di direttiva sui diritti dei consumatori. Egli

3.5 IL DIVIETO DI PATTUZIONI DEROGATORIE *IN PEIUS* E ATTI DISPOSITIVI COMPIUTI NEL CONTESTO DI UNA TRANSAZIONE GIUDIZIALE (*PROZESSVERGLEICH*)

Un ultimo profilo che deve essere valutato nell'approfondimento delle conseguenze dell'atto derogatorio *in peius* la condizione del consumatore concerne la conciliabilità del divieto con la disciplina del contratto di transazione disciplinato dai §§ 779 ss del *BGB*, con particolare riferimento alla rinuncia c.d. processuale, soprattutto alla luce dei più recenti orientamenti della Corte di giustizia. Con la *Prozessvergleich* le parti pongono in essere reciproche rinunce alla presenza dell'autorità giudiziaria; si tratta pertanto di chiarire, per quanto ci occupa, se sia consentito al consumatore – all'interno di un processo – rinunciare (in tutto o in parte) ai propri diritti in cambio dell'acquisto di altri e diversi diritti.

Un primo argomento utilizzato dalla dottrina al fine di negare l'ammissibilità di tale transazione si basa su un criterio teleologico: sarebbe pertanto irrilevante qualificare un accordo derogatorio *in peius* alla posizione del consumatore come "*Vereinbarungen*" o come "*Vergleich*" ove il risultato pratico raggiunto fosse il medesimo: se, infatti, la finalità del divieto di *abweichende Vereinbarungen* è proprio quello di garantire un livello minimo di tutela del contraente debole, assicurandogli la titolarità di determinati diritti, non dovrebbe ritenersi ammissibile la rinuncia, anche mediante un contratto di transazione, agli stessi. D'altra parte, è stato però sottolineato, che ove fosse negata al consumatore la possibilità di transigere, egli avrebbe come unica possibilità per far valere i propri diritti quella di citare in giudizio il professionista e pare difficile sostenere che la *ratio* e la finalità del divieto di pattuizioni derogatorie comporti una sorta di imposizione per il consumatore di affrontare un processo, probabilmente vano, e fargli sopportare i costi dello stesso; sarebbe tuttavia questa la conseguenza che si verificherebbe ove si volesse sostenere il divieto di porre in essere transazioni, con il risultato paradossale

afferma infatti che l'inderogabilità in senso sfavorevole al consumatore è caratteristica propria di ogni direttiva europea di tutela del consumatore (l'analisi è circoscritta alle quattro direttive che la Proposta di direttiva si proponeva di abrogare e sostituire); tale inderogabilità è pertanto ravvisabile anche nella dir. 93/13/CEE sulle clausole abusive che, pur non prevedendola espressamente, tacitamente la presuppone.

che il consumatore avrebbe, come unica alternativa al processo, l'impossibilità di far valere – *in toto* – i propri diritti¹⁹⁹.

L'ammissibilità di tale *Prozessvergleich*, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e della formulazione testuale della nuova direttiva sui diritti dei consumatori, pare essere oggi definitivamente accettata dalla dottrina²⁰⁰, che circoscrive pertanto il divieto di deroga *in peius* ai soli atti dispositivi posti in essere anteriormente all'acquisizione, da parte del consumatore medesimo, del diritto attribuitogli dalle norme del *BGB*.

4. IL SISTEMA GIURIDICO FRANCESE: LA NULLITÀ DELLE CLAUSOLE CHE CONTRASTANO CON L'ORDINE PUBBLICO DI PROTEZIONE

4.1 IL RECEPIMENTO DELLA NORMATIVA EUROPEA

Con la *loi* n. 93-949 del 26 luglio 1993, per ciò che concerne la parte legislativa, e con il decreto n. 97-298 del 27 marzo 1997, per quanto riguarda la parte regolamentare, il legislatore francese ha adottato il *Code de la Consommation*, testo normativo deputato a raccogliere le molteplici leggi speciali in materia di consumo, all'interno del quale, per ciò che occupa la presente indagine, sono confluite tutte le discipline che hanno recepito le direttive dell'UE contenenti il divieto per i consumatori di porre in essere rinunce ai propri diritti.

Malgrado alcuni autori abbiano criticato l'idoneità del testo così adottato a costituire un "codice", dovendosi piuttosto parlare di una raccolta della legislazione previgente in materia di contratti di consumo²⁰¹, tale testo normativo costituisce una tappa fondamentale nella realizzazione e nello sviluppo del diritto francese dei consumatori.

Come già ricordato, la Francia è stato uno dei primi paesi europei ad adottare una legge che tutelasse i consumatori nell'ipotesi di contratti conclusi a domicilio; la disciplina dei contratti c.d. porta a porta è stata disciplinata dapprima con la *Loi Numéro 72-1137 du 22/12/1972 relative à la protection des consommateurs en*

¹⁹⁹ WENDEHORST, sub 312f, rn. 10, in *Münchener Kommentar* cit., p. 1746.

²⁰⁰ Cfr. WAGNER, *Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, in *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 2010, p. 245.

²⁰¹ *Ex pluribus* v. RAYMOND, *Bienvenue au Code de la consommation*, in *Contrats, conc. consom.*, 1993, p. 1.

matière de démarchage et de vente à domicile il cui art. 3, dopo aver attribuito al consumatore il diritto di recedere dal contratto così concluso, statuiva che “*Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue*”. Tale prescrizione ha indubbiamente – come sottolineato nel primo capitolo – “ispirato” il legislatore comunitario il quale, proprio in occasione della emanazione della direttiva 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, ha sancito per la prima volta l’irrinunciabilità ai diritti conferiti al consumatore dalla direttiva, la quale attribuiva, oltre allo *ius poenitendi*, il diritto ad una informazione completa sulla persona del professionista e sull’oggetto del contratto.

Per adeguare il sistema normativo interno alla legislazione comunitaria, il legislatore ha adottato la *Loi Numéro 89-421 du 23/06/1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales* – attuativa della direttiva 85/577/CEE – con la quale non ha però modificato l’art. 3 ora richiamato, limitandosi a ripeterlo nella legge del 1989. Oggi la medesima norma è riprodotta – immutata – nell’*Article L 121-25*, comma 2 del *Code de la Consommation* (inserito all’interno del Libro I dedicato alla *Information des consommateurs et formation des contrats*, nel Titolo dedicato alla pratiche commerciali).

Nonostante il testo normativo – proprio perché frutto di diversi “transiti” da una legge all’altra – prescriva la nullità delle sole rinunce al diritto di recesso, è stato affermato dalla *Cour de Cassation* che sono vietate, più in generale, le rinunce ai benefici accordati dalle norme sui c.d. contratti porta a porta poiché quest’ultime costituiscono disposizioni di ordine pubblico²⁰².

Per ciò che concerne l’attuazione della dir. 97/7/CE sui contratti a distanza e la dir. 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, essa è avvenuta, rispettivamente, nel 2001 con la *Ordonnance* n. 2001-741 del 23 agosto 2001 recante la *transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation* e nel 2005 con la

²⁰² Con la sentenza Cass., 1^{re}, 16 mars 1994, la *Cour de Cassation* ha affermato, per la prima volta espressamente, la natura di norma di ordine pubblico della legge del 22 dicembre 1972 (oggi confluita negli artt. L 121-21ss. del *Code de la consommation*), in *Contrats, concurrence, consommation*, 1994, n. 152 con nota di RAYMOND. Sul punto v. *amplius infra* par. 4.2.

Ordonnance n. 2005/648 del 6 giugno 2005 relativa à *la commercialisation à distance de service financiers auprès des consommateurs* che hanno introdotto la relativa disciplina nel *Code de la Consommation*. Al precetto dell'“irrinunciabilità europea” è stata data attuazione con l'art. L 121-20-16, inserito tra le disposizioni comuni ai contratti a distanza ed ai contratti aventi ad oggetto servizi finanziari conclusi a distanza, il quale non menziona espressamente la “rinuncia” ma si limita a stabilire che “*Les dispositions de la présente section sont d'ordre public*”, senza poi precisare quali siano le conseguenze destinate a prodursi nell'ipotesi in cui il consumatore ponga in essere un atto negoziale che abbia l'effetto di privarlo, in tutto o in parte, dei diritti che gli sono conferiti dalla *Section* medesima.

Proseguendo l'analisi della trasposizione interna delle direttive che contengono il precetto dell'irrinunciabilità, i contratti di credito ai consumatori, di cui alla direttiva 2008/48/CE sono disciplinati nel Libro III, *Endettement*, (Titolo I, *Crédit*, Capo I, *Crédit à la consommation*) del *Code*, agli artt. L 311-1 ss. Anche in tale ipotesi il legislatore francese si è limitato a stabilire, all'art. L 313-17, che le disposizioni di cui al Capo I, dedicato al *Crédit à la consommation* e del Capo II, dedicato al *Crédit immobilier*, nonché le disposizioni comuni ai Capi I e II (di cui alla sezioni 2-8) “*sont d'ordre public*”, senza fornire indicazione alcuna circa le conseguenze sulla validità dell'atto con il quale il consumatore disponga di un diritto che gli è attribuito dalla legge nazionale di recepimento della direttiva sul credito ai consumatori.

Infine, la direttiva 2008/122/CE sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio è disciplinata nella Sezione 9 del Titolo III, *Pratiques commerciales*, il cui articolo L 121-79 così recepisce il precetto dell'irrinunciabilità dettato dal legislatore dell'UE: “*Lorsque la loi applicable au contrat est la loi d'un Etat membre de l'Union européenne, est réputée non écrite toute clause par laquelle le consommateur renonce aux droits qui lui sont conférés par la présente section*”. Inoltre l'Article L 121-79-5 stabilisce che “*La présente section est d'ordre public. Le non-respect des dispositions prévues aux*

articles L.121-63, L. 121-64, L. 121-65, L. 121-66, L. 121-67, L. 121-68 et L. 121-76²⁰³ est sanctionné par la nullité du contrat”.

Benché la direttiva 93/13/CE esuli (*prima facie*) dall’oggetto della presente indagine, pare interessante richiamare in questa sede – per l’identità della formula legislativa utilizzata – la disciplina di recepimento interna della direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori il cui articolo 6, come più volte ricordato, prescrive la “non vincolatività” della clausola abusiva inserita nel contratto *b2c*. L’art. L 132-1 del *Code*, dopo aver decretato il carattere di ordine pubblico delle norme che disciplinano i contratti tra consumatore e professionista, prescrive che “*Les clauses abusives sont réputées non écrites*”²⁰⁴.

Una prima, seppur sommaria, osservazione che può essere avanzata a seguito di questa veloce panoramica sulla normativa nazionale di trasposizione delle norme UE, concerne l’uniformità che il legislatore francese è riuscito a mantenere in sede di recepimento delle direttive europee. Egli ha infatti espressamente conferito il rango di norme di *ordre public* a tutte le disciplina di recepimento delle direttive giusconsumeristiche (a prescindere dal “tipo” di sanzione comminata dal legislatore europeo), equiparando – di fatto – la sanzione che segue alla loro violazione. Le regole cui soggiace quest’ultima non devono pertanto essere ricercate nella normativa (settoriale e speciale) di tutela del consumatore ma vanno, al contrario, ricondotte nell’ambito di applicazione dell’art. 6 del *Code civil*, a norma del quale “*On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs*”. Le considerazioni che saranno svolte circa la *nullité* che colpisce la pattuizione di rinuncia vietata sono pertanto suscettibili di valere anche per la nullità delle clausole abusive inserite in un contratto *b2c*

²⁰³ Disciplinanti le informazioni obbligatorie che devono essere fornite al consumatore, la necessità che il contratto sia consegnato al consumatore su un supporto cartaceo e che sia scritto nella sua lingua o in altra da lui comprensibile e le modalità di pagamento per i contratti di prodotti di vacanza di lungo periodo.

²⁰⁴ La medesima previsione è ravvisabile altresì per la vendita di beni di consumo, materia disciplinata a livello europeo dalla direttiva 99/44/CE, per la quale il legislatore francese, recependo il precetto di cui all’art. 7 che prevede la “non vincolatività” delle clausole contrattuali o degli accordi con il professionista, conclusi prima che gli sia stato notificato il difetto di conformità, che abbiano l’effetto di escludere o limitare i diritti conferiti dalla direttiva al consumatore medesimo, ha sancito all’art. L 211-17 che “*Les conventions qui écartent ou limitent directement ou indirectement les droits résultant du présent chapitre, conclues entre le vendeur et l’acheteur avant que ce dernier n’ait formulé de réclamation, sont réputées non écrites*”.

trovando applicazione, più in generale, ogni qual volta l'atto vietato si ponga in contrasto con una norma di ordine pubblico.

4.2 L'ORDINE PUBBLICO ECONOMICO DI PROTEZIONE

Alla luce della centralità del concetto di “ordine pubblico” nel sistema normativo di cui al *Code de la Consommation*, pare necessario analizzarne il significato e la portata al fine di chiarire quali siano le conseguenze destinate a prodursi nell'ipotesi in cui le parti pongano in essere atti contrari alle disposizioni del codice medesimo.

Benché questa sia una categoria ampiamente utilizzata nella legislazione d'oltralpe, la stessa dottrina francese si trova in difficoltà quando è chiamata a fornire una definizione di “ordine pubblico”, il quale viene genericamente indicato come “*norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leur conventions*”²⁰⁵.

All'interno del generale concetto di “ordine pubblico” la dottrina è solita distinguere diverse sottocategorie, in ragione degli interessi e dei valori tutelati dalle norme medesime. Limitando la nostra attenzione alle norme di “*ordre public*” di cui al Codice del consumo, esse vanno ricondotte nell'ampio *genus* di ordine pubblico economico, categoria di elaborazione dottrinale caratterizzata dalla funzione di tutela degli interessi economici cui esso è deputata. All'interno del generale concetto di *ordre public économique* la dottrina ha poi ulteriormente distinto tra l'ordine pubblico di direzione – mediante il quale lo Stato impone regole necessarie per garantire la correttezza dei mercati e l'incremento dell'economia – e l'ordine pubblico di protezione – che permetterebbe, attraverso la parziale limitazione della libertà negoziale, la tutela di determinate categorie di contraenti “deboli”²⁰⁶.

²⁰⁵ Così voce “*Ordre public*” in *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, a cura di Cornu, Parigi, 2005. Cfr. RZEPECKI, *Droit de la consommation et Théorie général du contrat*, Aix-en-Provence, 2002, n. 614, p. 439 la quale ricorda come Malaurie (*L'ordre public et le contrat*, Paris, 1953) abbia catalogato più di venti definizioni senza tuttavia trovarne una sola soddisfacente.

²⁰⁶ Si veda, per tutti, COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Études Jacques Flour*, Paris, 1979, p. 95 e 100 il quale ricorda come tale distinzione sia stata formulata per la prima volta da CARBONNIER, *Droit civil. Les biens et le obligations*, Paris, t. II, 1962, n. 116, p. 389.

Proprio all'interno di tale ultima *species* rientrerebbe, per la finalità di tutela di particolari soggetti ritenuti deboli, il diritto dei consumatori; superata infatti l'idea tradizionale che vede l'ordine pubblico finalizzato alla tutela dei soli interessi della collettività, la categoria dell'"ordine pubblico di protezione" viene così utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza allo scopo di fornire protezione alla parte c.d. debole del rapporto negoziale²⁰⁷.

Per ciò che concerne la struttura degli atti vietati, sebbene il *Code de la consommation* faccia riferimento alla nullità delle sole clausole contrattuali con le quali il consumatore rinunci ad un proprio diritto, lasciando il dubbio circa la liceità di un atto unilaterale abdicativo, il più ampio termine "*convention*" utilizzato dall'art. 6 del *Code civil* ricomprende tanto l'atto unilaterale quanto l'accordo bilaterale; qualsiasi atto che abbia come effetto quello di privare il consumatore di un diritto "irrinunciabile" è pertanto nullo poiché si pone in contrasto con norme imperative.

4.3 (*segue*) LE CONSEGUENZE DESTINATE A PRODURSI OVE VENGA VIOLATA UNA NORMA DI ORDINE PUBBLICO DI PROTEZIONE

Per ciò che concerne le conseguenze destinate a prodursi nell'ipotesi in cui venga violata una norma qualificata come "*d'ordre public*", la dottrina tradizionale è (quasi) unanime nell'affermare che alla violazione di una norma di ordine pubblico di direzione discenderebbe la *nullité absolute* del contratto mentre la violazione di una regola di ordine pubblico posta a protezione di una determinata categoria costituirebbe un'ipotesi di *nullité relative*²⁰⁸. Tale distinzione è stata altresì avallata dalla *Cour de cassation* che ha affermato che la violazione delle disposizioni in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali – proprio perché

²⁰⁷ RZEPECKI, *Droit de la consommation* cit., p. 440 la quale sottolinea come la tutela sia, più precisamente, finalizzata a garantire al contraente protetto la possibilità di prestare il proprio consenso in maniera consapevole.

²⁰⁸ Sul punto ci sono state tuttavia in dottrina voci contrastanti: cfr. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2000, p.120. il quale sostiene che anche alla violazione di norme di protezione seguirebbe la nullità assoluta del negozio, la quale potrebbe essere però invocata dal solo contraente protetto. Cfr. altresì le osservazioni di LUBY, *A propos des sanctions de la violation de l'ordre public*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2001, p. 4ss.

costituiscono norme di ordine pubblico di protezione – è sanzionata con la nullità *relative*²⁰⁹.

Al fine di meglio comprendere i termini del dibattito dottrinale sviluppatosi proprio in relazione alle conseguenze sul piano dell'invalidità del contratto nei negozi *b2c*, senza alcuna pretesa di completezza e nonostante la distinzione non faccia altro che ricalcare il binomio nullità/annullabilità ben noto al giurista italiano, pare opportuno tratteggiare il diverso regime giuridico cui soggiacciono tali discipline. La nullità “assoluta” costituisce la forma di invalidità più grave del negozio giuridico ed è stata assimilata, dalla dottrina francese, all'inesistenza del negozio stesso. Proprio perché l'ordinamento giuridico non avrebbe interesse a mantenere in vita un negozio affetto da un vizio talmente grave da portare alla nullità assoluta, la legittimazione ad agire per la caducazione del negozio appartiene a tutti coloro che ne abbiano interesse ed essa può essere altresì rilevata d'ufficio dal giudice. La nullità relativa è invece la sanzione che l'ordinamento francese commina tutte le volte in cui sia necessario proteggere gli interessi di una sola parte, la quale sarà pertanto l'unica legittimata ad esperire l'azione di nullità.

Per ciò che concerne il termine di prescrizione dell'azione di nullità, esso era, originariamente, di vent'anni per l'azione di nullità assoluta e di cinque anni per quella relativa. Oggi, a seguito della *Loi* n. 2008-561 del 17 giugno 2008 recante *réforme de la prescription en matière civile*, il termine di prescrizione è stato uniformato ed è di cinque anni tanto per l'ipotesi di nullità assoluta quanto per quella di nullità relativa²¹⁰. Preme sottolineare come tale riforma legislativa non paia essere conforme al diritto dell'UE a tutela dei consumatori o, per lo meno, a come questo è stato interpretato dalla Corte di giustizia. La pronuncia della CGUE *Cofidis* (su cui v. cap. II), ha infatti affermato l'incompatibilità con il diritto europeo dei consumatori della norma nazionale che assoggettava ad un termine di prescrizione di due anni l'azione di nullità posta a tutela del contraente debole. Pertanto, precludere al consumatore e al giudice di eccepire o rilevare la nullità del contratto concluso in

²⁰⁹ Civ. 1^{ere}, 28 nov. 1995 in *Contrats, concurrence, consommation*, 1995, n. 34 con nota di RAYMOND con la quale la Corte ha comminato la nullità relativa della clausola con la quale il consumatore rinunciava al proprio diritto di recesso. La medesima soluzione è stata altresì adottata dai giudici di merito in materia di *crédit immobilizer*, così *Cour d'appel* di Rouen, 12 marzo 1997, in *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1997, n. 805.

²¹⁰ Artt. 1304 e 2224 *Code civil*. Prima della riforma del 2008 l'azione per far valere la nullità assoluta si prescriveva in cinque anni.

violazione di una normativa di tutela del consumatore si pone in contrasto con l'“elevato livello di protezione” voluto dalla normativa europea, contrasto che non è stato, tuttavia, oggetto di attenzione (per quanto approfondito nello svolgimento del presente lavoro) da parte della dottrina d'oltralpe.

Infine, relativamente alla possibilità di sanare l'atto, solo la nullità relativa è suscettibile di *confirmation* secondo quanto disposto dall'art. 1338 del *code civil* mentre la nullità assoluta costituisce una forma di invalidità non suscettibile di sanatoria (v. *amplius* par. 4.5).

Ora, benché la distinzione tra nullità relativa ed nullità assoluta appaia abbastanza chiara e non parrebbero esserci ostacoli logici per la qualificazione come relativa della nullità che colpisce l'atto (sia esso unilaterale o bilaterale) che viola una norma di ordine pubblico economico di protezione, il regime cui sottostà la nullità relativa (?) posta a protezione dei consumatori è questione assai dibattuta, in particolare per ciò che concerne i profili della legittimazione ad agire relativa e della sanabilità dell'atto nullo, temi cui sono dedicati i prossimi paragrafi.

4.4 (*segue*) NULLITÀ RELATIVA E RILEVABILITÀ D'UFFICIO DA PARTE DEL GIUDICE

Pur ammettendo che l'ordine pubblico di cui al *Code de la Consommation* è di protezione e che, pertanto, alla sua violazione segue una nullità di tipo relativo, a coloro che sostengono – in ossequio alla distinzione tradizionale – che al giudice sarebbe preclusa la possibilità di rilevare d'ufficio le disposizioni a tutela del consumatore poiché anche nel diritto dei consumatori “*l'office du juge est le même qu'en droit commun*”²¹¹, si contrappongono gli autori che ravvisano nella rilevabilità d'ufficio della nullità a difesa del consumatore da parte del giudice una misura necessaria al fine di garantire la tutela cui le norme di ordine pubblico di protezione sono finalizzate²¹².

Proprio sulla base della tradizionale legittimazione riservata alla parte “protetta” che caratterizza la nullità relativa, la Corte di cassazione d'oltralpe ha

²¹¹ Così MALAURIE, AYNÈS E STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 2007, p. 214.

²¹² Cfr. TERRÈ, SILMER e LEQUETTE, in *Droit des obligations*, Parigi, 2002, n. 391 e GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, la formation di contrat*, Parigi, 1992, n. 750ss.

inizialmente negato al giudice la possibilità di rilevare d'ufficio la violazione di disposizioni di ordine pubblico poste a tutela dei consumatori²¹³.

Tale orientamento, detto *jurisprudence Grine*²¹⁴, per quanto fortemente ostacolato dalla dottrina, che oltre a definirlo “senza alcun fondamento di diritto sostanziale e contrario al diritto processuale”²¹⁵ ne ravvisava il paradosso di limitare i poteri del giudice proprio in quei giudizi nei quali questi sono i più necessari²¹⁶, è stato costante tra il 2000 e 2008.

Oltre ad essere criticata sul piano “interno”, la giurisprudenza *Grine* si poneva altresì in palese contrasto con le pronunce della Corte di giustizia (in particolare con le pronunce *Oceano Grupo editorial*, *Cofidis* e *Mostaza Claro*, v. cap. II) le quali avevano, all'opposto, affermato che il diritto comunitario (*id est*: dell'UE) dei consumatori impone che il giudice nazionale debba rilevare d'ufficio la violazione delle norme poste a tutela del consumatore, pena la frustrazione della finalità protettiva medesima.

Il contrasto tra la giurisprudenza nazionale e quella dell'Unione era palese, tanto che non si è dovuto attendere molto per la rimessione della questione alla Corte di giustizia. Rilevando infatti detto conflitto, il *Tribunal d'instance* di Saintes, chiamato a pronunciarsi su una causa avente ad oggetto un contratto di credito al consumo (nel quale trovava applicazione la disciplina nazionale attuativa della direttiva 87/102/CEE, oggi sostituita dalla dir. 2008/48/CE), ha sospeso il procedimento per chiedere alla Corte di giustizia quali fossero i poteri di cui è investito il giudice nazionale chiamato a pronunciarsi su una controversia avente ad oggetto un contratto concluso tra professionista e consumatore disciplinato dal *Code de la consommation*.

Con la sentenza *Rampion* (già richiamata, v. *amplius* cap. II) la Corte ha affermato che la direttiva sul credito al consumo – adottata al duplice scopo di

²¹³ Civ. 1^{ere} 15 febbraio 2000, in *Recueil Dalloz* 2000, *act. jur.* 275 con osservazioni di RONDEY. Tale pronuncia poneva altresì come motivazione alla preclusione del potere del giudice di rilevare *ex officio* la nullità i principi processuali del contraddittorio e quello secondo il quale il giudice non può modificare l'oggetto della domanda

²¹⁴ Tale giurisprudenza ha preso avvio con la sentenza Cass. 1^{re} civ.. 15 febbraio 2000, in *Contrats, concurrence, consommation* 2000, n. 116 con osservazioni di RAYMOND.

²¹⁵ Così POISSONIER, *Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2009, f. 5, p. 10

²¹⁶ Cfr. CROZE, *Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du Code de la consommation*, in *Procédures*, 2008, f. 3, n. 80.

proteggere, da un lato, i consumatori e di assicurare, dall'altro, la realizzazione di un mercato comune del credito al consumo – deve essere interpretata nel senso che consente al giudice nazionale di applicare d'ufficio le disposizioni (di recepimento nazionale) necessarie al raggiungimento degli obiettivi di tutela che la direttiva europea di prefigge.

Nonostante la censura mossa dal giudice europeo, la *Cour de cassation* ha continuato a precludere tale potere al giudice sulla base della tradizionale distinzione tra norme di ordine pubblico “di direzione” e norme di ordine pubblico “di protezione”, negando che la propria giurisprudenza contrastasse con gli orientamenti del giudice europeo; secondo la Corte francese infatti le pronunce dei giudici di Lussemburgo avrebbero dovuto essere interpretate nel senso che quest'ultime imponevano al giudice nazionale l'obbligo di sollevare d'ufficio le sole disposizioni nazionali di tutela del consumatore (segnatamente, del *Code de la consommation*) che sono altresì norme di regolamento del mercato e costituiscono pertanto disposizioni di ordine pubblico di direzione²¹⁷.

A fronte della tenace opposizione della giurisprudenza nazionale, il legislatore francese è stato costretto, per garantire il rispetto del diritto dell'Unione europea ed arginare definitivamente la giurisprudenza “*Grine*”, ad intervenire sul piano legislativo. Con la *Loi n. 2008-3* del 3 gennaio 2008 *pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* è stato così inserito nel *Code de la consommation* l'art. 141-4 che attribuisce al giudice, chiamato a pronunciarsi su una controversia a cui è applicabile la disciplina contenuta nel codice medesimo, il potere di sollevare d'ufficio “*toutes les dispositions du présent code*”, a prescindere dal fatto che esse abbiano origine in un atto normativo dell'Ue ovvero siano di creazione squisitamente nazionale.

Molteplici (e a volte contrastanti) sono state le critiche mosse dalla dottrina all'art. 141-4. Parte della dottrina ha prontamente osservato come, a seguito della legge del 2008, sia stato attribuito al giudice il potere di sollevare disposizioni

²¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 2 ottobre 2007, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2008, comm. 29, p. 38 con osservazioni di RAYMOND. La dottrina ha inoltre criticato le pronunce della CGUE evidenziando come queste, andando ad incidere sugli ordinamenti processuali nazionali, giungessero ad affermare regole di carattere processuale in contrasto con quelle vigenti negli ordinamenti interni; cfr., POILLOT, in *Panorama Dalloz*, 2011, p. 983 la quale evidenzia come la sentenza *VB Pénzügyi Lizing Zrt, C-137/08* contrasti con gli artt. 10, 143, 144 e 146 del *Code de procédure civile* ai sensi dei quali il giudice non può supplire, nell'individuare le misure istruttorie necessarie, alle carenze delle parti.

(contenute nel codice del consumo) che non hanno però natura di norme di ordine pubblico: alcune disposizioni contenute nel codice (e segnatamente le norme che disciplinano i contratti regolamentati, il lotto, la pubblicità i principi generali in materia di informazioni ai consumatori, la consegna di beni conformi al contratto, etc.) non sarebbero infatti *d'ordre public* ma, a seguito dell'intervento legislativo, sono ciononostante passibili di essere sollevate *ex officio* dal giudice. A tale critica è stato prontamente ribattuto che mediante l'art. L141-4 il legislatore ha inteso attribuire il carattere *d'ordre public* a tutte le disposizioni di cui al *Code de la consommation*, testo normativo che pertanto non costituirebbe più un insieme di norme poste a protezione di una categoria di soggetti deboli ma verrebbe così elevato a diritto di regolazione del mercato e costituirebbe, pertanto, una norma di ordine pubblico economico di direzione²¹⁸.

Un ulteriore rilievo critico ha interessato l'ambito di applicazione della nuova disposizione: è stato infatti correttamente sottolineato come la formulazione legislativa non permetta in realtà al giudice di sollevare d'ufficio tutte le disposizioni a tutela del consumatore, bensì solo quelle contenute nel *code de consommation*, restando escluse le norme di tutela del consumatore contenute in altri testi normativi, come ad esempio il *Code civil*, il *Code du tourisme*, il *Code de commerce* o il *Code des assurances*²¹⁹.

Infine, è stato criticato l'utilizzo del verbo "*peut*" invece che il più incisivo "deve"²²⁰. Tale rilievo è stato tuttavia agevolmente superato dalla esposizione degli argomenti che depongono per la configurazione di un obbligo, e non una semplice facoltà, in capo al giudice: questi sono, sinteticamente, il necessario diritto di tutti i consumatori a beneficiare della protezione accordata dalla norma (che non potrebbe essere così rimessa ad una scelta discrezionale del giudice, anche alla luce dell'impossibilità di determinare dei criteri non arbitrari in funzione dei quali il giudice sia tenuto o meno al rilievo officioso), la doppia natura delle norme poste a

²¹⁸ V., per tutti, RAYMOND, *Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n. 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2008, f. 3, n. 3, p. 10.

²¹⁹ POISSONIER, *Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation*, cit. p. 11 e RAYMOND, *Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n. 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2008, f. 3, n. 3, p. 9s.

²²⁰ POISSONIER, *op. cit.*, p. 14.

protezione dei consumatori e il generale dovere del giudice di evitare di dar attuazione a contratti irregolari²²¹.

Una ulteriore critica, contraria a quella appena richiamata, censura il potere/dovere del giudice di agire *ex officio* (mettendosi cioè “al servizio” di una parte del processo²²²) poiché verrebbe così compromessa l'imparzialità che necessariamente deve appartenere all'organo giudicante. A tale critica è stato tuttavia replicato che la nullità sollevata dal giudice non si traduce in una ingerenza dello stesso nei rapporti tra il consumatore e il professionista ma costituisce la mera conseguenza automatica di ciò che ha previsto la legge, senza pertanto che venga meno l'imparzialità dell'organo giudicante il quale agirà come servitore della legge²²³.

Nonostante i molteplici rilievi critici sollevati, la dottrina pare essere concorde su un unico profilo: la rilevabilità d'ufficio della tradizionale *nullité relative* costituisce il superamento della “*archaïque*”²²⁴ distinzione tra nullità assoluta e nullità relativa.

Proprio tale affermazione è ciò che maggiormente rileva ai fini dell'indagine che si sta svolgendo, in quanto, non solo istituti tradizionali classici soccombono di fronte alla forza del diritto dell'UE ma, limitando le considerazioni al sistema di invalidità delineato dal legislatore europeo in materia di contratti di consumo, la generica attribuzione del rango di norme di ordine pubblico – e della conseguente rilevabilità d'ufficio – a tutto codice ha fatto venir meno la distinzione tra non vincolatività, inderogabilità e irrinunciabilità, che sono semplicemente diverse espressioni con le quali il legislatore di Bruxelles ha voluto attribuire alle norme a tutela dei consumatori il carattere di imperatività.

²²¹ POISSONIER, *op. loc. cit.*

²²² FADLALLAH – BAUDE-TEXITOR, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation, éloge de la neutralité judiciaire*, in *Recueil Dalloz*, 2003, p. 740. Ha qualificato l'intervento *ex officio* del giudice come un “*abus manifeste de pouvoir*” S. GAUTIER, *Crédit permanent: martyr des juges du fond*, in *LPA* 17 ottobre 2005, p. 5

²²³ POISSONIER, *Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation* in *Contrats, concurrence, consommation*, 2009, f. 5 p. 12s il quale ha chiarito come il giudice sia indiscutibilmente tenuto a rispettare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui agli artt. 4 e 5 del *code de procédure civile* in forza del quale non potrà, ad esempio, liquidare al consumatore, una volta rilevata una irregolarità del contratto, danni o interessi da lui non richiesti.

²²⁴ Cfr. le osservazioni di RAYMON alla pronuncia *Rampion* cit., in *Contrats, concurrence, consommation*, 2007, comm. 310.

4.5 (*segue*) LA POSSIBILITÀ DI RINUNCIARE AI DIRITTI CONFERITI DA NORME DI ORDINE PUBBLICO: LA *CONFIRMATION* DEL NEGOZIO NULLO

Una tra le principali questioni affrontate dagli studiosi del sistema di invalidità posto a tutela del consumatore concerne il profilo delle *confirmation* del negozio posto in essere in violazione di norme di ordine pubblico di protezione e, più in particolare, la liceità dell'atto mediante il quale il contraente debole rinunci ai propri diritti.

Il principio generale vigente in materia di rinuncia dei diritti è quello secondo il quale una parte è libera di rinunciare ad un proprio diritto – anche se questo viene attribuito da una norma di ordine pubblico – purché la rinuncia avvenga *dopo* l'acquisizione dello stesso²²⁵. Posto che è chiaramente inammissibile qualsiasi rinuncia *ex ante* ai diritti conferiti da una norma imperativa ai sensi dell'art. 6 del *code civil*, la dottrina – condizionata dalla giurisprudenza (tanto di legittimità quanto di merito) che è solita negare al consumatore la possibilità di rinunciare all'applicazione delle disposizioni legali²²⁶ – si è interrogata sull'opportunità di ammettere la rinuncia *ex post* a diritti attribuiti da norme di ordine pubblico di protezione.

A sostegno della negazione di una siffatta possibilità depone l'affermazione secondo cui le norme di cui al *Code de la consommation* mirano a proteggere il contraente c.d. debole che si trova in una situazione di inferiorità; esse non sono solamente volte a tutelare il consumatore dagli abusi del professionista ma proteggono altresì il contraente "*faible*" dalla propria "*faiblesse*"²²⁷: protezione che

²²⁵ Civ., 3^{ere}, 27 ottobre 1975, in *Bull. civ.* III, n. 310, p. 235.

²²⁶ Cfr., per ciò che concerne i contratti di "credito mobiliare" Loi n.78-22 du 10 janvier 1978 relative a l'information et a la protection des consommateurs dans le domaine de certaines operations de credit, Civ. 1^{ere}, 3 marzo 1993, in *Juris-Classeur périodique* 1993, éd. E, pan. 564; Cass. 1^{ere}, 17 marzo 1993, in *Bull. civ.* I, n. 116; Civ. 1^{ere}, 19 gennaio 1994, in *Contrats, concurrence, consommation* 1994, n. 85 con nota di Raymond.

Nega la possibilità di rinunciare al termine legale per esercitare il diritto di recesso in materia di credito al consumo Civ. 1^{ere}, 30 marzo 1994, in *Bull. civ.*, I n. 130 e Civ. 1^{ere}, 9 dicembre 1997, in *Juris-Classeur périodique* 1993, éd. G, II, 10148, con nota di PIEDELIÉVRE.

Infine per ciò che concerne la rinuncia ai diritti conferiti dalla legge sui contratti c.d. porta a porta cfr. Civ. 1^{ere}, 16 marzo 1994, in *Contrats, concurrence, consommation* 1994, n. 152 con osservazioni di RAYMOND.

²²⁷ Così COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, 1972, n. 293, p. 257.

verrebbe evidentemente frustrata ove si permettesse al consumatore di disporre dei diritti che gli sono attribuiti.

Tuttavia, volendo applicare il regime che tradizionalmente caratterizza la nullità relativa alla violazione di norme di ordine pubblico di protezione, bisognerebbe ammettere la liceità della rinuncia *ex post* che si concreterebbe nella possibilità di sanare l'atto colpito da nullità.

La soluzione preferibile, avallata altresì dalle pronunce della Corte di giustizia dell'UE, è quella secondo la quale il consumatore non può rinunciare ai diritti che gli sono conferiti dalle norme di ordine pubblico di protezione fin tanto che permanga la situazione di inferiorità che caratterizza i rapporti *b2c*, a prescindere dalla circostanza che egli abbia o meno acquisito il diritto in questione: ammettere la rinuncia frustrerebbe infatti la finalità stessa della norma protettiva²²⁸. La rinuncia sarebbe viceversa ammissibile in tutte in quelle ipotesi in cui il consumatore ha la possibilità di compiere una scelta consapevole: ciò significa che la *confirmation* può validamente essere posta in essere dal contraente protetto solamente quando egli è libero di scegliere senza che vi sia il rischio di subire pressioni da parte del professionista²²⁹.

Nonostante tale soluzione sia accolta dalla prevalente dottrina (e in un certo senso sia stata imposta dai giudici di Lussemburgo) la *Cour de cassation* continua a negare – almeno formalmente – che il consumatore possa, tramite la *confirmation*, sanare (*id est*: rinunciare a far valere la nullità del) l'atto negoziale viziato sulla base della circostanza che non si possono sanare gli atti che violano norme di ordine pubblico; la rigidità di tale soluzione (che non permette un'adeguata tutela del contraente debole) ha portato i giudici di legittimità ad affermare che il contraente protetto può *renouveler son acceptation* (e non ripetere l'accettazione precedente) nel corso del giudizio e che spetterà poi al giudice garantire che la “nuova” manifestazione del consenso da parte del contraente debole corrisponda realmente a quanto voluto dalla parte stessa, giungendo, di fatto, al medesimo risultato pratico che si otterrebbe ove si ammettesse la *confirmation* da parte del consumatore²³⁰.

²²⁸ COUTURIER, *L'ordre public de protection* cit., n. 11, p. 106.

²²⁹ RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* cit., n. 655, p. 468.

²³⁰ Civ., 1^{ere}, 18 gennaio 2000, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2000, n. 117 con osservazioni di RAYMOND. Cfr altresì RZEPECKI, *Droit de la consommation* cit., p. 469, nt. 1829.

Resta (ancora una volta) irrisolta la questione circa la valenza – se di carattere meramente processuale ovvero di carattere sostanziale – della dichiarazione resa in giudizio dal consumatore, tema sul quale si tornerà in sede di conclusioni della presente indagine.

CAPITOLO IV

LA RINUNCIA VIETATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. IL RECEPIMENTO NEL DIRITTO ITALIANO DEL PRECETTO CHE SANCISCE L'IRRINUNCIABILITÀ DEI DIRITTI CONFERITI AL CONSUMATORE DALLE DIRETTIVE UE: CODICE DEL CONSUMO E TESTO UNICO BANCARIO

L'esperienza italiana, per ciò che concerne il recepimento delle direttive europee in materia di contratti dei consumatori, può essere distinta in due diverse fasi, il cui discrimine è costituito dall'adozione del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

In un primo momento l'attuazione nazionale delle direttive comunitarie di tutela del consumatore, oggetto della presente indagine, è avvenuto mediante l'adozione di singoli testi normativi, ciascuno dedicato alla disciplina di una specifica materia contrattuale o di una particolare modalità di conclusione del contratto. Così alla direttiva 85/577/CEE è stata data attuazione mediante l'emanazione del d. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali e, nello specifico, il divieto di rinuncia ai diritti conferiti dalla direttiva è stato attuato nell'art. 10 del decreto il quale, dopo aver espressamente sancito l'irrinunciabilità del diritto di recesso, comminava la nullità di ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del d. lgs. medesimo. Ancora, il d. lgs. 22 maggio 1999, n. 185 ha dato attuazione alla direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, nel quale il legislatore, al fine di dare attuazione all'art. 12 della dir., ha ripetuto pedissequamente, all'art. 11, quanto aveva già dettato nel decreto legislativo del 1992.

Con il d. lgs. 6 settembre 2006, n. 205, c.d. Codice del consumo²³¹, il legislatore, al fine di “riorganizzare in ordine sistematico le numerose leggi a tutela

²³¹ In GU n. 235 del 8 ottobre 2005, s.o. n. 162. Il legislatore italiano, a fronte della presenza massiccia della legislazione consumeristica, si è trovato a dover affrontare il “problema del coordinamento” (così ADDIS, *Il “codice” del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contratti*, 2007, p. 872, p.881); egli, invece che optare per una soluzione che, secondo l'esperienza tedesca, l'avrebbe portato ad integrare il codice civile con le nuove disposizioni di origine europea, ha preferito creare un autonomo codice, conformemente a quanto avvenuto in Francia, volto ad accogliere la legislazione a protezione del consumatore. Cfr. altresì le osservazioni critiche di CIAN, *Introduzione ai temi del convegno*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, Padova, 2006, p. 13, il quale osserva che “il nostro Paese sembra essersi mosso

del consumatore, intervenute in un lungo lasso di tempo²³² ha abrogato i testi normativi appena richiamati e ne ha fatto confluire il contenuto nel c. cons., eletto quale sede deputata a “raccolgere organicamente le norme sul consumatore”.

I contratti *b2c* negoziati fuori dai locali commerciali e conclusi a distanza sono oggi regolati nel Titolo III della Parte III (dedicato ai Rapporti di consumo) del c. cons.; per ciò che concerne, nello specifico, la disciplina dell’“irrinunciabilità” ai diritti conferiti al consumatore, il legislatore del 2005 ha rimosso il divieto dalle singole discipline settoriali e lo ha elevato a principio generale in materia di rapporti di consumo: esso è oggi sancito dall’art. 143 c. cons., inserito nella Parte VI (Parte finale) del codice – e pertanto suscettibile di trovare applicazione per tutti i rapporti disciplinati dal codice stesso – il quale, espressamente rubricato “irrinunciabilità ai diritti”, prevede che “i diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice” (co. 1).

È stato correttamente sottolineato come la collocazione tra le disposizioni finali del codice conferisca una notevole importanza all’art. 143 c. cons. il quale, sancendo l’indisponibilità dei diritti attribuiti al consumatore, eleva tutte le disposizioni contenute nel codice stesso a norme di carattere imperativo²³³.

Procedendo nell’esposizione delle leggi nazionali di recepimento delle direttive europee oggetto della presente indagine, sempre nell’anno 2005 il

sinora, anche se non ispirato da una cosciente e precisa strategia legislativa, nella direzione...di lasciare immodificato...il cod. civ., dando invece spazio ad una grande molteplicità di leggi speciali...raccolte in codici di settore, nella ideazione del cui impianto e nella cui redazione pure non sembra ci sia fatti troppo carico dei problemi attinenti all’organicità e razionalità complessiva del nostro sistema privatistico”. Per alcune osservazioni introduttive al Codice del consumo si vedano, senza pretesa di completezza, i contributi di G. DE CRISTOFARO, “*Codice del Consumo*”: *un’occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1137; ID, voce *Codice del consumo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani (Aggiornamento)*, Roma, 2008, p. 1; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *I Contratti*, 2006, p. 159; ALPA, *Il codice del consumo*, in *I Contratti*, 2005, p. 1047; ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. di diritto civile*, 2005, p. 879; ID, *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 33; PALMIERI, *Verso il codice del consumo: un riassetto incompleto?*, in *Foro it.*, 2005, III, p. 348; ID, *Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra adii e innovazioni*, *ibidem*, 2006, I, p. 77; CALVO, *Il Codice del consumo tra “consolidazione” di leggi e autonomia provata*, in *Contr. impr. Europa*, 2006, p. 74; FALZONE CALVISI, *Il “taglia e incolla” non si addice al legislatore*, *ibidem*, 2006, p. 101.

²³² Così Relazione illustrativa al decreto legislativo recante Codice del consumo del Ministero delle Attività produttive, par. 5, così come la citazione successiva.

²³³ V. ALBANESE, sub *art. 143* in *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Franzoni, Torino, 2008. Le norme del codice del consumo e, più in generale, la legislazione di protezione del consumatore costituiscono “manifestazione dell’ordine pubblico economico di protezione” (v., per tutti, GENTILI, *La “nullità di protezione” in Europa e dir. privato*, 2011, p. 82).

legislatore italiano ha dato attuazione, con il d. lgs. 19 agosto 2005, n. 190, alla direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, d. lgs. il cui art. 17, rubricato “Irrinunciabilità dei diritti” comminava la nullità di ogni pattuizione che avesse l'effetto “di privare il consumatore della protezione assicurata dalle disposizioni del presente decreto”; benché il tenore letterale della direttiva fosse identico a quello di cui alle dir. 85/577/CEE e 97/7CE, il legislatore nazionale, discostandosi da quanto stabilito nelle due precedenti normative di attuazione del “divieto di rinuncia comunitario”, non si è limitato a sancire la nullità delle pattuizioni in contrasto con la legge nazionale ma ha dettato specifiche regole circa l'operatività del rimedio caducatorio, precisando che “la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”²³⁴.

Solamente nel 2007 (con l'adozione delle disposizioni correttive ed integrative del codice del consumo di cui al d. lgs. 23 ottobre 2007, n. 221) il d.lgs. n. 190 del 2005 è stato inserito nel codice del consumo, senza però che il precetto dell'irrinunciabilità ivi sancito venisse coordinato con l'art. 143 menzionato. Oggi pertanto, l'art. 67 *octies-decies*, rubricato anch'esso “irrinunciabilità dei diritti”, commina la nullità – che può essere fatta valere dal solo consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice – delle pattuizioni che abbiano l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dalle disposizioni della (sola) sez. IV *bis*, dedicata, appunto, alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.

Continuando nell'analisi della normativa interna, alla direttiva 2008/122/CE è stata data attuazione nel nostro ordinamento con l'adozione del d. lgs. 23 maggio 2011, n. 79, che ha sostituito nel Codice del Consumo il Capo I del Titolo IV (dedicato ai singoli rapporti di consumo) che disciplina i contratti di multiproprietà, i contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e i contratti di rivendita e di scambio. Così come per i contratti a distanza aventi ad oggetto servizi

²³⁴ Preme sottolineare come questa formulazione coincida con quanto dettato dall'art. 36 c. cons. che commina, innovando la precedente disciplina contenuta nell'art. 1469 *quinquies* del c.c., la c.d. “nullità di protezione” delle clausole abusive inserite in un contratto di consumo. Si può ipotizzare che l'uso di tale nuova “formula”, in luogo di quella precedentemente utilizzata dal legislatore in recepimento del precetto dell' “irrinunciabilità europea”, sia stato determinato dalla sovrapposizione temporale tra i lavori preparatori della disciplina sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari (il d. lgs. è del 17 agosto 2005) e quelli del codice del consumo (del 6 settembre del medesimo anno).

finanziari, il legislatore ha omesso di coordinare le disposizioni che prescrivono la nullità delle rinunce poste in essere dal consumatore ai propri diritti e ha sancito, all'art. 78 (rubricato "Carattere imperativo delle disposizioni e applicazione in casi internazionali") la nullità (*tout cour*) delle clausole contrattuali o dei patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal Capo I o di limitazione delle responsabilità previste a carico dell'operatore²³⁵.

Infine, benché il Codice del consumo costituisca, nel nostro ordinamento, il luogo eletto dove regolare (e dare attuazione alle direttive dell'UE in materia di) "rapporti di consumo", con il recepimento della direttiva 2008/48/CE si è rimossa dal Codice stesso parte della disciplina sui contratti di credito ai consumatori²³⁶ per trasferirla nel Testo Unico Bancario mediante l'adozione del d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, recante «Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del t.u. bancario (d. legisl. n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi»²³⁷. L'art. 127 del T.u.b., rubricato "Regole generali" prevede oggi, al co. 3, che è possibile la deroga alle disposizioni contenute nel Titolo VI (dedicato alla Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti) solamente in senso favorevole al cliente;

²³⁵ Il legislatore si è, in questa sede, limitato a inserire, inalterata, nel codice del consumo la previgente disciplina, contenuta nel d. lgs. 9 novembre 1998, n. 427 di attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili la quale prevedeva, all'art. 9, la nullità "[del]le clausole contrattuali o [de]i patti aggiunti di rinuncia dell'acquirente ai diritti previsti dal presente decreto legislativo o di limitazione delle responsabilità previste a carico del venditore". Si ricordi tuttavia che l'art. 8 della dir. 94/47/CE – a differenza della successiva dir. del 2008 – chiedeva agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché una clausola di rinuncia ai benefici concessi al consumatore dalla direttiva stessa non vincolasse l'acquirente-consumatore.

²³⁶ Ivi contenuta in recepimento della previgente direttiva 87/102/CEE, direttiva abrogata e sostituita dalla direttiva del 2008.

²³⁷ Alla precedente direttiva in materia di credito ai consumatori, dir. 87/102/CEE, il legislatore italiano ha dato dapprima attuazione con gli artt. 18 – 24 della legge 19 febbraio 1992, n. 142 (Legge Comunitaria per il 1991), disposizioni successivamente abrogate e riprodotte all'interno del Titolo VI, Capo II e III, del T.U.B. A seguito, poi, dell'introduzione del Codice del consumo parte della disciplina fu traspota, senza modifiche, nel Codice del Consumo stesso con uno "smembramento innaturale e irragionevole dell'unitaria disciplina", così G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei «contratti di credito dei consumatori» e la riforma del t.u. bancario: prime considerazioni*, in *I Contratti*, 2010, p. 1047.

Per ciò che concerne il divieto di derogare in senso sfavorevole al consumatore di cui alla dir. 87/102/CEE, esso era stato recepito dal legislatore italiano nell'art. 127 del T.u.b. il quale (nella sua vecchia formulazione), dopo aver sancito la possibilità di derogare alle disposizioni del titolo del t.u.b. dedicate al credito al consumo solamente in senso più favorevole al cliente, prescriveva che le nullità previste nel medesimo titolo avrebbero potuto essere fatte calere solo dal cliente.

nell'ipotesi in cui una clausola derogatoria *in peius* ai diritti del cliente fosse ciononostante inserita in un contratto di credito al consumatore, trova applicazione la sanzione della nullità di cui al co. 4 del medesimo articolo²³⁸, a norma del quale “le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possano essere rilevate d’ufficio dal giudice”; l’art. 127 TUB ripropone esattamente (con la sola aggiunta della rilevabilità *ex officio* da parte del giudice) quanto già dettato dalla previgente disposizione attuativa della direttiva 87/102/CEE, la quale conteneva, giova ricordarlo, il divieto di deroga *in peius* ai diritti dei consumatori. Il legislatore, in sede di attuazione della nuova direttiva europea, si è cioè astenuto dall’adeguare il testo unico bancario alla diversa disciplina dettata dal legislatore dell’UE che, diversamente da quanto stabilito nella direttiva del 1987, non si è limitato a sancire l’inderogabilità *in peius* ai diritti del consumatore ma ha sancito il (diverso?) divieto di rinuncia per il consumatore ai diritti conferitigli²³⁹.

In conclusione, sebbene l’intento del legislatore del 2005 fosse quello di eliminare “le incoerenze e le sovrapposizioni tra le diverse regole derivanti da distinte direttive comunitarie introdotte in diversi momenti storici”²⁴⁰, non si può non sottolineare come tale compito sia stato assolto in maniera lacunosa e insoddisfacente²⁴¹: limitando i rilievi alle sole disposizioni che attuano nel nostro ordinamento l’“irrinunciabilità” dei diritti conferiti al consumatore, si segnala come vi siano, nel codice del consumo, inutili duplicazioni del medesimo precetto (cfr. artt. 67 *octies-decies*, art. 78 e art. 143 c. cons.), che originano disordine e confusione nei rapporti di consumo, confusione che viene inoltre alimentata ed acuita dalla previsione di diverse (e incompatibili) regole cui sottostà la nullità che colpisce le pattuizioni vietate. Non può pertanto non auspicarsi che, in sede di recepimento della nuova direttiva sui diritti dei consumatori, il legislatore provveda ad una reale opera di coordinamento della normativa a protezione del consumatore.

²³⁸ Così DE CRISTOFARO, *ult. op.cit.*, p. 1050.

²³⁹ Cfr. le osservazioni critiche di DE CRISTOFARO, *ult. op. cit.*, p. 1051, il quale lamenta come il legislatore avrebbe dovuto dettare una disciplina *ad hoc* che recepisce il diverso divieto di rinuncia di cui alla direttiva 2008/48/CE e non limitarsi a ripetere la vecchia formulazione, con la conseguenza che avrebbe dovuto trovare applicazione il più rigoroso regime normativo di cui all’art. 143 c. cons. e non quello dettato dall’art. 36 c. cons. per le c.d. “nullità di protezione”.

²⁴⁰ Così Relazione illustrativa cit., par. 5.

²⁴¹ V., *amplius*, le critiche mosse da GENTILI, *Codice del consumo cit., passim*.

2. I DIRITTI “IRRINUNCIABILI” E L’OGGETTO DELLA RINUNCIA VIETATA

La evidenziata disomogeneità delle previsioni che comminano il divieto di rinuncia da parte del consumatore ai “diritti conferiti” si ripercuote, inevitabilmente, sulla possibilità di una chiara identificazione dei diritti stessi: infatti, benché l’art. 143 c. cons. avrebbe dovuto costituire una norma “di chiusura”, tale da ricomprendere nel proprio ambito di applicazione tutti i rapporti di consumo, la duplicazione delle norme che contengono il concetto dell’irrinunciabilità richiede all’interprete un’attività, volta ad individuare quali sono i diritti di cui il consumatore non può essere privato, tutt’altro che agevole²⁴².

Punto di partenza necessario per individuare cosa debba intendersi per “diritti attribuiti al consumatore” dal Codice del consumo è l’art. 2 del Codice medesimo, rubricato, appunto, “Diritti dei consumatori”, che elenca al comma 2, riproducendo quanto previsto dall’art. 169 TFUE (ex art. 153 TCE) i diritti e gli interessi individuali e collettivi riconosciuti come “fondamentali”²⁴³ ai consumatori e agli utenti. Tuttavia, si è osservato, l’elencazione di diritti ivi contenuta, in particolare al co. 2, è di carattere così generale, che più che attribuire diritti soggettivi in senso stretto costituisce una dichiarazione dei principi fondamentali cui devono sottostare i rapporti di consumo e costituiscono la “base” imprescindibile a cui deve fare

²⁴² Cfr. le osservazioni di D’AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I Contratti*, 2012, p. 980s. secondo il quale “il più delle volte (se non sempre) si tratterà di “clausole” probabilmente da qualificare come “vessatorie”.

²⁴³ La qualificazione di diritti “fondamentali” è stata fortemente criticata dalla dottrina, la quale ha sottolineato che i diritti ivi attribuiti non coincidono con i diritti fondamentali garantiti costituzionalmente (essendo infatti inammissibile che una legge ordinaria possa integrare i diritti garantiti costituzionalmente, cfr., *ex multis*, MANCALEONI, sub art. 2, in *Commentario breve al diritto dei consumatori* a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 56s.); sarebbe stato pertanto più corretto utilizzare l’espressione “diritti essenziali” la quale starebbe ad indicare la volontà del legislatore di dotare le situazioni giuridiche soggettive attribuite dal codice del consumo di un’adeguata sanzione ove venissero violate. I diritti dei consumatori sono stati talvolta ricondotti alla categoria dei “diritti sociali” o “diritti di seconda generazione”, altre volte sono stati qualificati come “nuovi diritti” o diritti di terza generazione, classificazioni che tuttavia non sono di per sé indicative della valenza di detti diritti (sul punto v. l’accurata ricostruzione svolta da MANCALEONI, sub art. 2 cit, p. 58s. ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici). Cfr. altresì DI NELLA, *L’inderogabilità in peius delle norme applicabili ai contratti dei consumatori*, in *I “principi” del diritto comunitario dei contratti*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, p. 85 secondo il quale l’espressione “sembra allora da intendersi come diritti indisponibili...In tale senso depone l’art. 143, comma 1, c. cons.”.

riferimento il legislatore ogni qual volta sia chiamato a regolare in modo puntuale un rapporto negoziale tra consumatore e professionista²⁴⁴.

Nell'individuazione dei diritti cui il consumatore non può rinunciare è necessario distinguere i diritti che gli sono attribuiti in recepimento delle direttive europee che contengono il precetto dell'irrinunciabilità da quei diritti che, viceversa, gli sono stati attribuiti in virtù di una scelta spontanea del nostro legislatore.

Iniziando con l'analizzare i diritti attribuiti al consumatore dalla normativa nazionale di recepimento delle direttive oggetto della presente analisi, soggiacciono al "divieto generale di rinuncia" di cui all'art. 143 c. cons., i – soli – diritti attribuiti al consumatore dalle sez. I-IV del Titolo III c. cons. dedicato alle particolari "modalità contrattuali", all'interno del quale sono regolati i contratti negoziati fuori dai locali commerciali ed i contratti a distanza; benché il Titolo III contenga altresì la sez. IV-*bis* che disciplina i contratti di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, i diritti ivi attribuiti esulano dal campo di applicazione dell'art. 143 c. cons. contenendo quest'ultima, all'art. 67*octies decies*, un'autonoma previsione di recepimento del divieto di rinuncia di cui alla dir. 2002/65/CE.

Tra i diritti cui il consumatore non può rinunciare conferiti dalle sezioni I-IV del Tit. III è possibile annoverare il diritto di recedere dal contratto senza penalità di cui all'art. 64 (e nell'ipotesi in cui lo *ius poenitendi* venga esercitato, il diritto al rimborso delle somme eventualmente già versate *ex art.* 67, co. 4. Il co. 5 del medesimo articolo commina, con una previsione sostanzialmente inutile, "la nullità di qualsiasi clausola che preveda limitazioni al rimborso nei confronti del consumatore delle somme versate in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso"): sono pertanto nulle tutte le clausole con le quali le parti dettino una disciplina derogatoria – meno favorevole per il consumatore – rispetto a quella contenuta nel codice, per quanto riguarda modalità, termini, forme o condizioni

²⁴⁴ L'art. 2, co. 2 c. cons. riconosce ai consumatori e agli utenti come diritti fondamentali: a) la tutela della salute; b) la sicurezza e la qualità dei prodotti e dei servizi; c) una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-*bis*) l'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; d) l'educazione al consumo; e) la correttezza, la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali; f) la promozione e lo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) l'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza. Cfr. le osservazioni di DI NELLA, *L'inderogabilità in peius cit.*, p. 78ss.

nell'esercizio del diritto²⁴⁵. Pare possano essere ricondotti entro l'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 143 altresì il diritto a non fornire alcun corrispettivo nel caso di prestazione di un servizio non richiesto (art. 57) ed il diritto a citare in giudizio il professionista o di essere convenuto avanti al giudice nella cui circoscrizione il consumatore ha la residenza o il domicilio (art. 63 c. cons.).

Al contrario, non sono colpiti da nullità *ex art. 143 c. cons.* le pattuizioni che violano le norme che impongono doveri di condotta al professionista: tali sono, ad esempio, gli obblighi informativi (contrattuali e precontrattuali) da fornire con le modalità di cui agli artt. 47, 52 e 53; gli obblighi di trasparenza o gli obblighi di consegnare una copia del documento contrattuale al consumatore²⁴⁶.

Per ciò che concerne i diritti "irrinunciabili" attribuiti dalla dir. 2008/122/CE, questi sono individuati dal Titolo IV, Capo I, dedicato ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio. Anche tale disciplina è sottratta all'operatività dell'art. 143 in virtù dell'art. 78 (rubricato "Carattere imperativo delle disposizioni e applicazione in casi internazionali"), il quale sancisce la nullità delle clausole contrattuali o dei patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti capo medesimo. Tuttavia, per

²⁴⁵ Cfr. DE CRISTOFARO, sub *art. 143*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 998.

²⁴⁶ V. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I Contratti*, 2012, p. 981s. Per evidenti ragioni di spazio non è possibile affrontare in questa sede la complessa questione legata al principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, principio che, seppur recentemente (ri)affermato dalla SC in materia di violazione degli obblighi di condotta da parte degli intermediari finanziari, mal si concilia con le nuove forme di nullità contemplate dal Codice del consumo. Senza che vi sia bisogno di ripercorrere i termini della questione che recentemente hanno portato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza su detta distinzione, giova rammentare come le sezioni unite della SC abbiano fermamente escluso che alla violazione di regole che prescrivono il comportamento che una delle parti deve tenere in vista della conclusione del contratto possa seguire la nullità dello stesso, nullità che potrà solamente derivare dalla violazione di regole che attengono al contenuto dell'accordo negoziale (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 in, *ex pluribus*, Nuova giur. civ. comm., I, 2007, con nota di SALANITRO e in *Il Corriere giur.*, 2007, p. 638 con nota di MARICONDA, che ha ribadito quanto già affermato da Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, c.1105). Tuttavia nel Codice del consumo la distinzione tra queste due regole sfuma, fino a diventare quasi evanescente. È, *in primis*, particolarmente agevole ravvisare tale "commistione" (così ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 46) nella disciplina sulle clausole abusive inserite in un contratto *b2c* di cui agli artt. 33 ss. del c. cons. nella quale ciò che viene sanzionato non è (solamente) il contenuto della clausola abusiva ma le modalità con le quali questa ha trovato inserimento nell'accordo contrattuale. In altre parole, a fronte del medesimo contenuto di una clausola del contratto, la nullità della stessa dipende dalla presenza o meno di una trattativa individuale, volte ad escluderne il carattere abusivo. Si pensi, inoltre, alle ipotesi in cui il legislatore ha sanzionato con la nullità dell'intero contratto (il cui contenuto potrebbe non essere contrario a norme imperative ma del tutto rispondente alle prescrizioni legislative) la mancata osservanza da parte del professionista degli obblighi informativi precontrattuali (art. 67 *septies decies* c. cons.). Cfr. D'AMICO, *Nullità virtuale* cit., p.734ss.

la sostanziale identità delle due disposizioni, l'art. 78 non pone all'interprete particolari problemi, risolvendosi in una mera duplicazione del medesimo precetto. I diritti cui il consumatore non può rinunciare sono il diritto ad ottenere una copia del contratto nella lingua dello Stato membro in cui è situato l'immobile e in lingua italiana (art. 72, co. 2 e 3); il diritto ad ottenere una fideiussione per i contratti di multiproprietà ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 72 *bis*; il diritto di recesso *ex art. 73* e il seguente diritto di risolvere i contratti accessori *ex art. 77*; infine, il diritto a non versare alcuna somma di denaro a titolo di acconto ai sensi dell'art. 75²⁴⁷.

Procedendo nella rassegna dei diritti attribuiti dalle disposizioni nazionali di recepimento delle direttive europee cui il consumatore non può rinunciare, è colpita da nullità la rinuncia del consumatore ai diritti conferiti dalla sezione IV-*bis* del Titolo III dedicata alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari; tale sezione attribuisce il diritto di recesso *ex art. 67 duodecies* contenente altresì il diritto alla risoluzione, senza alcuna penale, del contratto aggiuntivo concluso sempre a distanza dal consumatore con un terzo sulla base di un accordo tra il terzo e il fornitore; il diritto, nell'ipotesi in cui il consumatore eserciti il diritto di recesso, a pagare solo l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore ai sensi dell'art. 67 *ter decies*; il diritto a non fornire alcun corrispettivo nel caso di prestazione di un servizio non richiesto (art. 67 *quinqües decies*)²⁴⁸. I diritti elencati sono "irrinunciabili" *ex art. 67 octies decies*: un'eventuale pattuizione in contrasto con tale divieto è sanzionata con la nullità che può essere fatta valere dal solo consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Rinviamo ai paragrafi successivi per un approfondimento circa il regime normativo della nullità comminata dall'art. 67 *octies decies*, preme in tal sede sottolineare come la formulazione normativa si discosti da quella di cui agli artt. 78 e 143 c. cons. per ricalcare la diversa (?) nullità comminata dall'art. 36 in materia di clausole abusive che ha dato attuazione, nel nostro ordinamento, alla "non vincolatività" delle clausole abusive di cui all'art. 6 della dir. 93/13/CE (sul punto vedi, *amplius*,

²⁴⁷ Non sono colpite da nullità ai sensi dell'art. 78, per le stesse ragioni viste sopra, le ipotesi nelle quali il consumatore non ottenga le informazioni precontrattuali di cui all'art. 71 e le informazioni di cui all'art. 72, co. 5.

²⁴⁸ Esula, anche in questo caso, dall'operatività dell'art. 67 *octies decies* il diritto all'informazione *ex artt. 67 quater - 67 undecies*.

infra)²⁴⁹. Inoltre pare esserci altresì un difetto di coordinamento “interno” alla sezione, poiché l’art. 67 *septies decies* commina la nullità (*tout cour*) dell’intero contratto (e non della sola pattuizione vietata) nel caso in cui “il fornitore ostacol[i] l’esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimbors[i] le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viol[i] gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche”.

Infine, è necessario richiamare i diritti in materia di credito al consumo cui il (cliente-) consumatore non può rinunciare (*rectius*: derogare in senso a sé sfavorevole) e che gli sono attribuiti dal Titolo VI del Testo unico bancario, che, come già ricordato, non curandosi del diverso tenore letterale della dir. 2008/48/CE rispetto alla previgente direttiva 87/102/CEE, si limita a vietare la deroga in senso sfavorevole al cliente. Circoscrivendo l’elenco dei diritti indisponibili al solo Capo II del Titolo VI, espressamente dedicato al Credito ai consumatori, questi sono il diritto di recedere dal contratto *ex art. 125 ter* e *125 quater*; il diritto alla risoluzione del contratto di credito collegato ove ricorrono le condizioni di cui all’art. 125 *quinquies* e art. 1455 c.c.; il diritto ad una riduzione parziale del credito ove rimborsi anticipatamente le somme dovute al creditore *ex art. 125 sexies* ed il diritto ad opporre al cessionario tutte le eccezioni che poteva opporre nei confronti del cedente qualora avvenga la cessione del contratto di credito (art. 125 *septies*); anche in questo caso, alla violazione dei doveri di informazione di cui agli artt. 123, 124 e 125 *nonies*, co. 2, non segue la nullità di cui all’art. 127.

Infine, soggiacciono al divieto generale di rinuncia di cui all’art. 143 – benché non costituiscono il recepimento delle direttive che contengono il precetto dell’irrinunciabilità ma siano il frutto del recepimento interno di altre direttive

²⁴⁹ Pare interessante ricordare che il Titolo III del Codice, dedicato alla Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo, conferisce al consumatore il diritto a ricevere beni conformi al contratto e una serie di diritti, elencati dall’art. 130, che gli spettano nell’ipotesi in cui il bene ricevuto presenti vizi; tali disposizioni non soggiacciono tuttavia alla generale previsione di cui all’art. 143 c. cons., ma a quella “speciale”, ovvero valevole di trovare applicazione per le sole disposizioni che hanno recepito nel nostro ordinamento la dir. 99/44/CE sulla vendita dei beni di consumo, che commina la nullità (che può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice) delle sole pattuizioni, *anteriori* alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volte “ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti al consumatore stesso dal presente paragrafo (*rectius*: Capo)”.

dell'UE o di una scelta spontanea del legislatore italiano – il diritto, conferito dall'art. 140 *bis*, di promuovere ovvero di aderire ad un'azione di classe e il diritto “di far valere la nullità comminata nei confronti di un determinato contratto o di una determinata pattuizione, da una disposizione del codice”²⁵⁰.

A chiosa di tale panoramica sui diritti “irrinunciabili” si rammenta che sono sottratte dalla sfera di operatività degli artt. 143, 78, 68 *octies decis* c. cons. e 127 T.U.B. le ipotesi in cui la nullità del contratto è comminata dal Codice del consumo in virtù dei principi generali vigenti nel nostro ordinamento: così, ad esempio, quando venga violata la forma scritta *ad substantiam* del contratto (cfr. art. 72 c. cons.) o manchi un elemento essenziale dello stesso.

2.1 (*segue*) L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DIVIETO DI RINUNCIA

Dopo aver elencato i diritti che espressamente vengono attribuiti al consumatore dai Titoli del codice che contengono il divieto di rinuncia, pare opportuno soffermarsi sulla nozione di “diritto” al fine di meglio chiarire la portata dei divieti poc'anzi richiamati.

La dottrina, dopo aver individuato i diritti “irrinunciabili” conferiti al consumatore dal codice del consumo (o dalle leggi speciali che hanno recepito nel nostro ordinamento le direttive europee contenenti il divieto di rinuncia), si è interrogata sulla possibilità che soggiacessero al divieto di rinuncia altresì i diritti di cui il consumatore divenga titolare, in un “Rapporto di consumo”, in applicazione dei principi generali del nostro ordinamento ovvero in provvedimenti normativi diversi dal Codice del consumo ma di tutela del consumatore; ci si domanda così se possa essere colpita da nullità la clausola con la quale il consumatore rinuncia al diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1337 c.c. o ai sensi dell'art. 2043 c.c., oppure ai diritti riconosciuti al consumatore/cliente dal Codice del turismo, dal

²⁵⁰ Così DE CRISTOFARO, sub *art. 143* in *Commentario al codice del consumo* a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, p. 996. Cfr. altresì BARBA, sub *art. 143* in *Commentario al Codice del Consumo* a cura di Cuffaro, Milano, 2012, p. 838 il quale richiama altresì gli artt. 7 e 9 c. cons. che impongono al professionista di fornire tutte le informazioni ai consumatori in lingua italiana.

codice delle comunicazioni elettroniche o ancora dalla disciplina sui contratti di credito ai consumatori disciplinata dal T.U.B.²⁵¹.

Sebbene ragioni di tutela effettiva potrebbero far propendere per una risposta positiva²⁵², pare tuttavia da escludere che in tali ipotesi possa trovare applicazione l'art. 143 c. cons. (o le singole norme che attribuiscono il carattere dell'irrinunciabilità ai diritti conferiti ai consumatori) la cui formulazione letterale è esplicitamente limitata a conferire il carattere dell'irrinunciabilità ai soli "diritti attribuiti al consumatore dal codice" (o "dalla presente sezione", "dal presente capo", "dal presente Titolo").

La tutela del contraente debole in siffatte ipotesi (ovvero qualora egli fosse indotto a rinunciare a diritti che gli spettano in qualità di contraente e non specificamente come consumatore oppure ai diritti che gli sono attribuiti da testi normativi di tutela del consumatore diversi dal codice del consumo) è ciononostante assicurata, *in primis*, dall'art. 1229 del codice civile²⁵³ e, inoltre, dall'applicabilità delle norme in materia di clausole abusive di cui agli artt. 33 ss. del c. cons.

Per ciò che concerne, nello specifico, i rapporti di consumo, in applicazione della disciplina di cui agli artt. 33 ss. del c. cons. (che hanno dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 93/13/CE sulle clausole abusive), una clausola, non negoziata individualmente, inserita in un contratto *b2c* che abbia l'effetto di creare un significativo squilibrio a carico del consumatore dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto²⁵⁴, venga escluso o limitato il diritto del consumatore di agire per il risarcimento del danno subito a causa dell'inadempimento del professionista soggiace alla nullità di cui all'art. 36 c.cons. che, è nulla *ex art.* 36; quest'ultimo, rubricato "nullità di protezione", detta una particolare disciplina della nullità che

²⁵¹ G. DE CRISTOFARO, sub *art. 143*, in *Commentario breve al Diritto dei Consumatori* a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova 2010.

²⁵² Cfr. in tale senso MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contratti*, 2007, p. 701.

²⁵³ L'art. 1229 c.c. commina, al comma 1, la nullità di qualsiasi patto volto ad escludere o limitare preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave e, al comma 2, la nullità dei patti preventivi di esonero o limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

²⁵⁴ Si ricorda la previsione di cui alla lett. b, co. 2 dell'art. 33 che presume vessatoria la clausola che abbia come oggetto o come effetto quello di "escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista".

opera solo a vantaggio del consumatore e che può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Sulla c.d. nullità di protezione v. *infra*, par. 4.2.

3. LA STRUTTURA DELL'ATTO DISPOSITIVO VIETATO

Ai fini della corretta individuazione dell'ambito di operatività del divieto in esame, è necessario interrogarsi sulla struttura dell'atto abdicativo vietato e sull'opportunità di circoscrivere il momento temporale nel quale la rinuncia debba intendersi posta in essere in violazione di norme imperative. Tali questioni assumono particolare importanza, in una prospettiva europea, per l'esigenza di armonizzare l'irrinunciabilità ai diritti conferiti al consumatore dal legislatore italiano con quanto attuato dagli altri ordinamenti nazionali (si pensi alla legislazione spagnola, che espressamente delimita il divieto in esame alle sole rinunce *previas*, o a quella tedesca, che non menziona mai espressamente il termine "rinuncia"), alla luce della tendenza all'armonizzazione massima del settore consumeristico espressa in questi ultimi anni dal legislatore dell'Unione e, da un punto di vista meramente interno, per la necessità di coordinare la disciplina della rinuncia vietata di cui al codice del consumo con gli istituti giuridici tradizionali della rinuncia e della transazione e con la possibilità di comporre le controversie in via extragiudiziale accordata dall'art. 141 c. cons.

Prima di provare a fornire una risposta alle problematiche poc'anzi poste, pare opportuno far precedere qualche breve considerazione, non essendo certamente questa la sede per un tale approfondimento, sull'istituto "classico" della rinuncia.

Il codice civile non contiene una norma unicamente dedicata alla rinuncia; a questa, al contrario, fanno riferimento diverse disposizioni del codice senza che ne venga, tuttavia, fornita una definizione generale. Proprio per tale disomogeneità di previsioni normative, gli interpreti che si sono dedicati allo studio di tale istituto sono concordi nell'affermare l'impossibilità di fornire una definizione omnicomprensiva della fattispecie, dovendo invece "ripiegare" sull'enucleazione di un contenuto minimo comune a tutte le ipotesi in cui il legislatore ha utilizzato il

termine “rinuncia”²⁵⁵. Con la nozione siffatta si suole indicare un atto essenzialmente unilaterale, con cui il titolare di una posizione di potere se ne spoglia volontariamente; tratto comune a tutte le ipotesi di “rinuncia” è pertanto quello di costituire un modo di esercizio del diritto di cui il rinunciante è titolare ed il cui effetto si sostanzia nella diminuzione patrimoniale del dichiarante/rinunciante, cui non è causalmente collegata alcuna attribuzione patrimoniale a terzi²⁵⁶.

La rinuncia viene definita da unanime dottrina come “negoziio giuridico” ma vi sono voci contrastanti circa la sua struttura, avendone sostenuto, alcuni autori, il carattere necessariamente unilaterale²⁵⁷ e avendo, altri, ipotizzato che essa possa anche sostanzarsi in un accordo tra più soggetti²⁵⁸. Il punto di equilibrio pare potersi ravvisare nella ricostruzione di coloro che hanno affermato l’essenzialità – ma non la necessarietà – della struttura unilaterale della rinuncia: aderendo a tale ricostruzione, la rinuncia potrebbe ben essere inserita in un contratto, fermo restando la sostanziale “inutilità” della dichiarazione del destinatario degli effetti della rinuncia ai fini dell’efficacia della stessa²⁵⁹.

Muovendo dalla definizione fornita dell’istituto, emerge come tra i presupposti della stessa vi sia la titolarità, in capo al soggetto rinunciante, della situazione a cui si vuole rinunciare; tale profilo deve essere analizzato unitamente all’individuazione dell’oggetto della rinuncia, al fine di stabilire la rinunciabilità o meno dei diritti futuri. Parte della dottrina è solita negare la configurabilità della rinuncia ad un diritto futuro, la quale assumerebbe la diversa natura di “rifiuto del diritto medesimo”, inteso come opposizione a che un determinato diritto entri nella

²⁵⁵ In luogo di molti, v. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ. IV ed.*, Torino, 1998, p. 1s.; SCIANCALEPORE, *Situazioni giuridiche disponibili e rinuncia. Le esperienze italiana, francese e spagnola*, Torino, 2008, p. 10; L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 1ss. e COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Milano, 2005, p. 59, il quale sottolinea come la rinuncia non sia un istituto giuridico corredato da una sua disciplina generale. Per l’individuazione del “contenuto minimo” cfr. MOSCARINI, voce *Rinuncia. Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991.

²⁵⁶ Così MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1989, p. 932; ID *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992, p. 1905; BARBERO, *Il sistema del diritto privato*, Torino 2001, p. 342 e L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 1141ss. Cfr. altresì PETRELLA, sub art. 143, in *Commentario al Codice del consumo* a cura di Stanzone e Sciancalepore, Milano, 2006, p. 1078, nt.1.

²⁵⁷ V., tra i tanti, A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Nuovissimo Digesto*, XV, 1968, Torino, p. 1140ss. e MESSINEO, voce *Contratto (diritto privato – teoria generale)*, in *Enc. del diritto*, IX, Roma, p. 815.

²⁵⁸ ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 227.

²⁵⁹ Vedi MACIOCE, *op. cit.* p. 934 e 936 ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

sfera giuridica del rinunciante²⁶⁰; non mancano tuttavia in dottrina voci contrarie che sostengono la piena ammissibilità di un atto meramente abdicativo di diritti futuri o aspettative di diritti²⁶¹.

Infine, per completare l'individuazione dell'oggetto della rinuncia, si può affermare che tutte le situazioni giuridiche soggettive possono essere l'oggetto di un negozio abdicativo, siano esse diritti assoluti o interessi legittimi²⁶². Vi sono, tuttavia, situazioni giuridiche che, seppur astrattamente rinunciabili, diventano indisponibili al titolare in conseguenza del rapporto cui ineriscono sulla base della presenza di un interesse che esula da quello del singolo per concretare un interesse alla cui conservazione l'ordinamento è interessato. Proprio a tale categoria apparterrebbero i diritti conferiti dal d. lgs. n. 206 del 2005 ai consumatori, diritti che, di per sé rinunciabili, sono sottratti alla disponibilità delle parti a fronte del rapporto strutturalmente e geneticamente squilibrato nel quale si inseriscono.

Ciò premesso, non pare tuttavia possibile (per le motivazioni già manifestate, cfr. cap. I, par. 2.2), applicare *de plano* la disciplina ora esposta al negozio di rinuncia posto in essere in un rapporto di consumo, alla luce della circostanza che le espressioni usate dal legislatore dell'Unione europea, volutamente atecniche e imprecise (purtroppo spesso ripetute, acriticamente, dal legislatore interno) non hanno il medesimo significato che le stesse rivestono nel nostro ordinamento; benché quindi la “rinuncia” vietata dall'art. 143 c. cons. (nonché dall'art. 67 *octies decies* e dall'art. 78 c. cons.) non possa essere letta ed interpretata alla luce del significato che la medesima espressione ha assunto nel nostro ordinamento – pena l'inevitabile alterazione delle tutele apprestate al consumatore – pare ciononostante possibile ricorrere alla disciplina interna per colmare le lacune che i testi normativi

²⁶⁰ Sul rapporto tra “rinuncia” e “rifiuto”, tema che meriterebbe un approfondimento che in tale sede non è possibile, si rinvia a MACIOCE, *op. cit.*, p. e MOSCARINI, *op. cit.*, ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁶¹ Sostiene il primo orientamento A. BOZZI, *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, in *Nuovissimo Digesto*, XV, Torino, 1968, 1142; SICCHIERO, *op. loc. cit.*; *contra* (ovvero nel senso dell'ammissibilità della rinuncia ai diritti futuri) v. MOSCARINI, *Rinunzia*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 5 il quale richiama altresì la giurisprudenza favorevole della Corte di cassazione. Sul rapporto tra “rinuncia” e “rifiuto”, tema che meriterebbe un approfondimento che in tale sede non è possibile, si rinvia a MACIOCE, *op. cit.*, p. e MOSCARINI, *op. cit.*, p. 4 ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁶² In quest'ultima ipotesi è stato correttamente evidenziato come la rinunciabilità dell'interesse legittimo abbia natura sostanzialmente processuale: il singolo non può rinunciare all'interesse – imputabile ad una collettività – ma può solamente rinunciare all'azione diretta a far valere l'interesse medesimo, così MACIOCE, *op. cit.*, p. 941s.

(prima europei e poi nazionali) e l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia hanno lasciato.

Pare, in primo luogo, possibile affermare che costituiscono oggetto della rinuncia vietata, ai sensi e per gli effetti di cui alla legislazione giusconsumerista, sia i diritti soggettivi, siano essi assoluti o relativi, sia gli interessi legittimi che sono attribuiti al consumatore dal Codice del consumo. Il divieto di rinuncia, inoltre, abbraccia tanto le situazioni giuridiche soggettive sostanziali e quanto quelle processuali.

Non pone, inoltre, problemi interpretativi l'affermazione in base alla quale risultano vietate tanto gli atti unilaterali quanto i negozi bilaterali abdicativi dei diritti dei consumatori. Al fine di garantire l'effettività della tutela che il legislatore dell'Unione ha voluto attribuire al consumatore, la dottrina è concorde nel fornire alla nozione di "pattuizioni" vietate (espressione utilizzata dall'art. 67 *octies decies* e dall'art. 143 c. cons.; l'art. 78 c. cons. fa invece riferimento alle clausole e ai patti di rinuncia) un'interpretazione ampia, tale cioè da ricomprendere al proprio interno qualsiasi atto unilaterale, clausola o pattuizione che abbia come effetto quello di privare – in tutto o in parte – il consumatore dei diritti che gli spettano in virtù del codice del consumo²⁶³. Se, al contrario, si dovesse interpretare il termine "pattuizione" come solamente riferito ad accordi bilaterali tra consumatore e professionista, sarebbe sufficiente ai fini dell'elusione del divieto in esame, che il professionista predisponesse e facesse poi sottoscrivere una dichiarazione unilaterale al consumatore con la quale egli rinuncia ad una o più situazioni giuridiche soggettive, risultato che si porrebbe in palese contrasto con le finalità protettive di cui è permeato il diritto giusconsumerista²⁶⁴.

Resta infine da chiarire se via sia e quale sia il momento temporale che funge da discriminare tra rinuncia vietata e valido atto dispositivo del diritto da parte del consumatore.

²⁶³ Così DE CRISTOFARO, *ult. op. cit.*, p. 997; PETRELLA, *sub art. 143*, in *Commentario al Codice del consumo* a cura di Stanzione e Sciancalepore, Milano, 2006, p. 1081 e MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del consumo e la nullità dei patti*, in *i Contratti*, 2007, p. 697 e D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore)* cit., p. 979, nota 9.

²⁶⁴ *Contra v.* però Cass. 8 febbraio 2012, n. 1875 in *Foro it.*, 2012, I, c. 1426 secondo la quale l'ambito di applicazione dell'art. 143 c. cons. (il testo della sentenza fa riferimento all'art. 134 c. cons. ma si tratta, chiaramente, di un refuso) "appare limitato alla mera disciplina pattizia".

Tale profilo risulta oggi ancora controverso tra coloro che si sono dedicati allo studio della rinuncia nei rapporti di consumo; se è da ritenersi senz'altro vietata la rinuncia precedente o contestuale alla conclusione del contratto, che preclude – *ex ante* – al consumatore di divenire titolare del diritto²⁶⁵, altrettanta unanimità di opinioni non è ravvisabile ove si faccia riferimento alla c.d. rinuncia *ex post*, ovvero quella posta in essere successivamente all'acquisizione da parte del contraente debole della situazione giuridica qualificata dal Codice del consumo (*rectius*: dalle norme di tutela del consumatore) come indisponibile.

Una primo filone interpretativo del precetto dell'irrinunciabilità nega la validità di qualsiasi rinuncia posta in essere dal consumatore, a prescindere cioè dal momento temporale (precedente ovvero successivo all'acquisizione del diritto) in cui questa venga effettuata e a prescindere altresì dalla circostanza che tale rinuncia sia avvenuta in occasione del ricorso ai meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie espressamente disciplinati dal Codice del consumo. Così, si è sostenuta l'impossibilità di omologare il verbale di conciliazione sottoscritto dall'associazione dei consumatori e degli utenti, dal professionista e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale in conformità a quanto disposto dall'art. 141 c. cons. per il giudice che vi ravvisi “violazione o rinunce con riguardo ad interessi indisponibili”²⁶⁶.

A tale interpretazione restrittiva del divieto se ne affianca una seconda, che garantisce al consumatore, alla presenza di determinate condizioni, la possibilità di disporre del diritto acquisto nel rapporto di consumo. Due sono gli argomenti utilizzati dagli interpreti per affermare siffatta conclusione; innanzitutto è lo stesso Codice del consumo che riconosce al consumatore, in più occasioni, la disponibilità dei diritti acquisiti (si fa specificamente riferimento alla disciplina della clausole vessatorie, all'art. 134 in materia di garanzia nella vendita dei beni di consumo e all'art. 124 in tema di responsabilità per danno da prodotto difettoso)²⁶⁷. In secondo luogo, è stato correttamente sottolineato come la lettura restrittiva del precetto

²⁶⁵ V., *ex pluribus*, MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti cit.*, p. 699.

²⁶⁶ ALBANESE, sub art. 143, in *Codice ipertestuale del consumo: commentario con banca dati di giurisprudenza e di legislazione*, Torino, 2008, p. 691 e BARBA, sub art. 143, in *Commentario al Codice del Consumo* a cura di Cuffaro, Barengi e Barba, Torino, 2012, p. 842.

²⁶⁷ Cfr. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 380s.

dell'irrinunciabilità comporterebbe una eccessiva compressione degli spazi concessi all'autonomia privata, con la paradossale conseguenza che non troverebbero applicazione gli strumenti di composizione delle controversie predisposti dal medesimo legislatore: affinché la previsione di cui all'art. 141 c. cons. abbia concreta attuazione è necessario, infatti, che le parti, e nello specifico il consumatore, possano “transigere, rinunciare, o comunque disporre dei propri reciproci diritti, quantomeno di quelli già acquisiti”²⁶⁸.

Tuttavia, al fine di evitare che la rinuncia *ex post* possa costituire uno strumento mediante il quale eludere il divieto di rinunce (si pensi, ad es., alla possibilità di postdatare il documento contenente l'atto abdicativo del consumatore) la dottrina ha chiarito che essa è ammissibile solo ove ricorrano condizioni tali da garantire che la scelta del contraente debole sia consapevole e libera ovvero che sia effettivamente venuta meno quello squilibrio tra consumatore e professionista che costituisce la principale *ratio* ispiratrice del divieto²⁶⁹.

Senza voler anticipare in tale sede quanto sarà più avanti approfonditamente trattato, giova ricordare come a sostegno della correttezza di tale ultima opinione, parte della dottrina abbia richiamato le più recenti sentenze della Corte di giustizia (pronunciatasi in materia di non vincolatività delle clausole abusive), con le quali è stato negato al giudice nazionale la possibilità di dichiarare la nullità della clausola abusiva inserita in un contratti di consumo nell'ipotesi in cui il consumatore, dopo

²⁶⁸ MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel codice del consumo e la nullità dei patti*, in *I Contratti* 2007, p. 697ss. il quale distingue tra i diritti fondamentali riconosciuti al consumatore dall'art. 2, che sarebbero sempre irrinunciabili, e i diritti di carattere patrimoniale, di cui il consumatore può liberamente disporre una volta che questi siano entrati nella sua sfera giuridica. Ammettono altresì la rinuncia *ex post* DE CRISTOFARO, “*Il codice del consumo*”, in *Nuove leggi civile commentate*, 2006, p. 815 e PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida nel contratto nullo*, Torino, 2007, p. 163s. Si tratterebbe, in sostanza, di una rinuncia traslativa, che non è, in genere, ritenuta una vera rinuncia: v. L. BOZZI, *La negozialità degli atti di rinuncia* cit., p. 7s.

In tal senso depono inoltre l'art. 1: 203: Carattere imperativo delle regole sul diritto dei consumatori dei Principi *Acquis* (Principi di diritto comunitario in materia di contratto) ai sensi del quale “Salvo che sia disposto altrimenti, le clausole contrattuali che recano pregiudizio al consumatore, e che derogano alle regole specificamente applicabili ai rapporti tra consumatori e professionisti, non sono efficaci nei confronti del consumatore. Questa regola non si applica ai contratti conclusi per dirimere una lite già insorta”.

²⁶⁹ G. DE CRISTOFARO, sub art. 143, in *Commentario* cit., p. 144; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova 2008, p. 380s.; MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel codice del consumo e la nullità dei patti*, in *I Contratti* 2007, p. 698 il quale, richiamando la diversa categoria “debole” dei lavoratori, ricorda come l'art. 2113 c.c.e consenta l'inoppugnabilità delle rinuzie e transazioni stipulate con l'intervento sindacale ovvero in presenza di organi pubblici e p. 700.

essere stato informato dal giudice circa la natura abusiva della pattuizione e dei diritti che gli spettano, dichiarati di volersene comunque avvalere²⁷⁰.

3.1 (segue) IRRINUNCIABILITÀ E INDEROGABILITÀ *IN PEIUS*

Con la previsione dell'irrinunciabilità dei diritti attribuiti dal Codice del consumo al contraente debole, il legislatore ha proclamato l'indisponibilità, individuale e collettiva, degli interessi tutelati dal codice, facendo assumere alle disposizioni in esso contenute il carattere di norme imperative.

Al fine di garantire una efficace protezione del consumatore, l'imperatività delle norme "di consumo" è stata unanimemente interpretata come inderogabilità *in peius* ai diritti che il codice conferisce al contraente protetto, nel senso che sarebbero ammissibili solamente le deroghe volte ad ampliare, *in melius*, le situazioni giuridiche in capo a quest'ultimo²⁷¹. Se la *ratio* della norma di protezione (*rectius*: delle norme di protezione) è infatti quella di garantire ai consumatori un livello minimo di protezione che non può essere derogato dall'autonomia delle parti, è ragionevole ritenere che siano colpite da nullità tutte le pattuizioni in contrasto con i minimi di legge, sia nei loro contenuti sia nelle modalità con le quali si svolgono²⁷².

L'atto di rinuncia vietato è, dunque, sia quello mediante il quale il consumatore si priva totalmente del diritto che gli è attribuito dal codice del consumo, sia quello che abbia come effetto quello di limitare o modificare in senso pregiudizievole al consumatore il contenuto del diritto o la sua modalità di esercizio.

Alla luce di quanto chiarito, pare possibile pertanto affermare la sostanziale identità delle espressioni "divieto di rinuncia", utilizzata dal nostro legislatore nel Codice del consumo, e "divieto di deroga *in peius*" rinvenibile nel capo dedicato ai contratti di credito ai consumatori di cui al T.U.B., identità che permetterà, nel

²⁷⁰ Rinviano ai par. 5 e 5.1 per l'analisi delle ripercussioni che le pronunce della Corte di giustizia hanno avuto nel nostro ordinamento, si veda, in questo senso, PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, in *Persona e mercato*, 2009, I, p. 29 e D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti*, 2009, p. 732ss.

²⁷¹ In luogo di molti v. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, p. 352 e DINELLA, *L'inderogabilità in peius cit.*, p. 89s.

²⁷² GIROLAMI, *op. loc. cit.*; MONTICELLI, *L'indisponibilità cit.*, p. 697 il quale richiama altresì la legislazione a protezione dei lavoratori, nella quale sono generalmente ammesse deroghe migliorative a favore del soggetto protetto.

proseguo dell'indagine, di analizzare congiuntamente quali sono le conseguenze giuridiche dell'atto mediante il quale il consumatore ponga in essere un atto dispositivo vietato.

4. LE CONSEGUENZE DELL'ATTO DISPOSITIVO VIETATO: OSSERVAZIONI GENERALI

Come più volte ricordato, la pattuizione mediante la quale il consumatore pone in essere un atto dispositivo del diritto che debba considerarsi vietato (per il carattere indisponibile del diritto ovvero per la modalità o il momento in cui esso avviene) è colpita da nullità; in tale senso depongono le numerose previsioni del Codice del consumo che comminano, purtroppo in maniera disomogenea e frammentaria, la nullità dell'atto vietato, alcune volte dettando speciali regole cui la nullità stessa deve sottostare (si pensi agli artt. 67 *octies decies* e all'art. 127 T.U.B.), altre volte limitandosi a sancire la nullità *tout cour* (art. 78 e art. 143 c. cons.).

L'evidenziato disordine in materia di sanzioni nei rapporti di consumo è acuito dalla circostanza che identici comportamenti sono sanzionati in maniera differente²⁷³ e, viceversa, a comportamenti dissimili seguono le medesime sanzioni²⁷⁴. Proprio tale disomogeneità di previsioni costituisce la principale difficoltà per l'interprete, il quale è chiamato a (tentare di) individuare una disciplina che, se non omogenea, sia quanto meno coerente con la finalità protettiva sottesa al codice del consumo e con le direttive europee che tale materia regolano.

²⁷³ Si pensi al divieto di rinuncia per il consumatore ai diritti che gli sono conferiti dalla legge: gli artt. 67 *octies decies* e l'art. 143 c. cons. attuano nel nostro ordinamento il medesimo precetto europeo di "irrinunciabilità"; il legislatore ha sanzionato entrambe le ipotesi di violazione con la nullità della pattuizione, nullità che soggiace tuttavia a due regimi giuridici (apparentemente) differenti.

²⁷⁴ Si fa riferimento al diverso divieto – sancito a livello europeo – tra "non vincolatività" delle clausole abusive e "irrinunciabilità" ai diritti conferiti al consumatore, divieto cui segue la medesima previsione di nullità che "opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata dal giudice". A complicare ulteriormente il panorama che si trova a dover contemplare l'interprete depono inoltre il fatto che i commi 4 e 5 dell'art. 67 *septies decies*, in materia di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, comminano la nullità dell'intero contratto – e non solamente della pattuizione contenente l'atto dispositivo vietato – nel caso in cui il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsi le somme da questi eventualmente pagate, ovvero violi gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.

A fronte di tale frammentarietà e in assenza di specifiche indicazioni da parte del legislatore, coloro che si sono dedicati allo studio delle patologie negoziali ascrivibili ai rapporti di consumo si sono interrogati sulla possibile individuazione di un unico regime caducatorio, idoneo a trovare applicazione in tutte le ipotesi in cui il legislatore, nelle normative a protezione del consumatore, abbia sancito la nullità di una o più pattuzioni del contratto.

Senza avere la pretesa di poter trattare in questa sede il complesso dibattito dottrinale che si è sviluppato in relazione alle diverse forme di invalidità contemplate dalla legislazione a tutela dei consumatori, pare opportuno, prima di affrontare direttamente il tema oggetto della presente indagine, accennarne, seppur brevemente, al fine di delineare i confini all'interno dei quali il presente lavoro "si muove".

4.1 (*segue*) LA NULLITÀ (*RECTIUS*: LE NULLITÀ) NEL CODICE DEL CONSUMO E NELLE ALTRE DISCIPLINE DI TUTELA DEL CONSUMATORE IN MATERIA CONTRATTUALE

Negli ultimi anni si è assistito ad una "vera e propria inflazione di figure di nullità disseminate a piene mani dal legislatore"²⁷⁵, il quale, spinto dalla necessità di dare attuazione alle direttive dell'Unione europea volte alla tutela della categoria dei consumatori, ha utilizzato l'istituto classico della più grave forma di invalidità contrattuale per tutelare il contraente considerato debole²⁷⁶.

Circoscrivendo le considerazioni che seguiranno al solo campo dei rapporti di consumo, il tema dell'invalidità nei contratti *b2c* è stato oggetto di grande

²⁷⁵ DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 127; nel medesimo senso cfr. altresì ROPPO, *Il contratto nel duemila*, p. 15 e MANTOVANI, *Le "nullità di protezione" nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, p. 1631ss.

²⁷⁶ Le nullità speciali in materia di rapporti di consumo si inseriscono all'interno del fenomeno della c.d. contrattazione asimmetrica, termine utilizzato per indicare tutti i rapporti contrattuali nei quali il rapporto tra i contraenti presenta squilibri e il legislatore interviene per tutelare il contraente considerato debole (si pensi, accanto al consumatore, anche al contratto asimmetrico tra imprese). Non è ovviamente questo il luogo per ripercorrere le tappe, di politica sociale e del diritto, che hanno portato alla nascita e all'affermazione del "nuovo paradigma contrattuale" che, discostandosi dalle regole generali che regolano l'autonomia privata tra contraenti di cui al codice civile (il cui presupposto è proprio la situazione di sostanziale parità tra i contraenti), si caratterizza per essere orientato alla protezione di una determinata categoria di soggetti, ritenuta debole. Sul punto di rinvia, per tutti, a ROPPO, *Il Contratto del duemila*, cit., *passim*.

attenzione da parte della dottrina²⁷⁷, i cui interventi sono stati principalmente volti, a fronte della massiccia introduzione di nuove ipotesi di nullità, a fornire una lettura delle stesse che ne permettesse la riconduzione al paradigma codicistico o che, pur ammettendone la strutturale incompatibilità con le regole di cui all'art. 1418 c.c., ne permettesse la compresenza nel nostro ordinamento con i principi generali in materia contrattuale.

Prima di prendere posizione sul problema dell'eventuale applicazione a tutte le forme di nullità comminate nel Codice del consumo di un unico regime invalidatorio, a prescindere cioè dalla formulazione letterale utilizzata dal legislatore, è utile fornire qualche breve indicazione sulla nullità dettata dall'art. 36

²⁷⁷ Senza pretesa di completezza, si vedano i contributi di PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale* II a cura di Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 1257; SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. privato*, 2001, p. 489; ID, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011; ID, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 849 ss.; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; ID, *Le invalidità fra modello tradizionale e nuove discipline*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di Macario e Miletta, Milano 2006, p. 413 ss.; VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004; SACCO, *Le invalidità*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004; RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli 2008; ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005; PUTTI, *La nullità parziale – Diritto interno e comunitario*, Napoli 2002; ID, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto civile, Trattato* diretto da LIPARI e RESCIGNO, Vol. III (*Obbligazioni*), Tomo II (*Il contratto in generale*), Milano 2009, p. 898; QUADRI R., *Le c.d. "nullità protettive"*, in AA.VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, Torino 2003, p. 413 ss.; POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019; PASSAGNOLI, *Le nullità di protezione*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. Ruscello, vol. I, Napoli 2008, p. 627; NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in AA.VV., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano 2008, p. 233; MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, a cura di Gentili, vol. IV del *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano 2006, p. 170; ID., *Le "nullità di protezione" nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Cian*, t. II, 2010, p. 1619; LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p.1; LA SPINA, *Destruzzurazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2008; GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, in *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Torino 2006, p. 1407 ss.; GALGANO, *Della nullità del contratto*, in *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1998; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008; DE CRISTOFARO G., *Le invalidità negoziali di protezione nel diritto comunitario dei contratti*, in *Studi in onore di Cian*, t. I, 2010, p. 667; AAVV, *Le forme della nullità*, a cura di PAGLIANTINI, Torino, 2010; CATAUDELLA, *Il concetto di nullità del contratto e il suo permanente vigore*, in AAVV, *Studi in onore di N. Lipari*, Milano 2008, p. 407; BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, vol. III, *Obbligazioni*, t. 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009; ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003; D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732; ID, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, *ibidem*, 2012, p. 977 e AAVV, *Le invalidità contrattuali nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011.

c. cons. in materia di clausole vessatorie, la cui introduzione nel nostro ordinamento, avvenuta con l’emanazione del Codice del consumo, ha contribuito alla definitiva affermazione della c.d. “nullità speciale di protezione” nei rapporti di consumo²⁷⁸.

Come già ricordato, l’art. 36 stabilisce, in attuazione dell’art. 6 della dir. 93/13/CEE, che le clausole considerate vessatorie siano “nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto” e il terzo comma prescrive che “la nullità opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”.

Limitando le considerazioni ai profili rilevanti per le considerazioni che si svolgeranno di seguito, l’introduzione di una forma di invalidità che, benché denominata “nullità” fosse soggetta a regole peculiari e, per certi versi, più simili all’istituto dell’annullabilità, ha fatto, da un lato, vacillare la tradizionale distinzione in materia di invalidità negoziale tra nullità e annullabilità²⁷⁹ e ha, dall’altro, portato la dottrina ad adoperarsi nella ricerca delle regole cui la “nuova” nullità c.d. di

²⁷⁸ Si rammenta che la previgente disciplina di recepimento nel nostro ordinamento della dir. 93/13/CE sulle clausole abusive era contenuta negli artt. 1469 *bis* ss. del codice civile. La “non vincolatività” della clausola abusiva di cui all’art. 6 della direttiva non era stata, inizialmente, recepita dal legislatore italiano come nullità, ma si era preferito utilizzare la diversa espressione “inefficacia” (l’art. 1469 *quinquies* prescriveva infatti l’inefficacia delle clausole considerate vessatorie). La dottrina era, sul punto, essenzialmente divisa tra coloro che sostenevano la tesi dell’inefficacia in senso stretto e coloro che, al contrario, leggevano la “inefficacia” in termini di nullità. Coloro che propendevano per il rimedio dell’inefficacia sottolineavano come questo, certamente meno rigido dell’istituto della nullità, permettesse di modulare la tutela del consumatore senza che questa fosse costretta nelle rigide maglie della nullità (cfr., *ex pluribus*, GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenza del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.* 1999, p. 609; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 145; ORESTANO, *L’inefficacia delle clausole vessatorie: “contratti del consumatore” e condizioni generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1996, p. 501); diversamente, i fautori della lettura come nullità della sanzione di cui all’art. 1469 *quinquies*, rilevavano come le regole della nullità dovessero comunque trovare applicazione in via analogica per colmare le lacune che la disciplina dell’inefficacia lasciava (v., tra tutti, CIAN, *Il nuovo capo XIV bis (titolo I, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 447; DI MARZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. Prime riflessioni sulla previsione generale di vessatorietà*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 73; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 918). Per un ampio approfondimento della questione si rinvio al contributo di VALLE, *L’inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004 ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁷⁹ I rigidi confini tra questi due istituti (da un lato la nullità, caratterizzata da insanabilità, imprescrittibilità, assolutezza e natura dichiarativa dell’azione, e dall’altro l’annullabilità, sanabile, prescrivibile, rilevabile solo dai soggetti legittimati a cui segue una sentenza di tipo costitutivo) sono apparsi notevolmente affievoliti a seguito dell’introduzione di ipotesi di nullità che si discostano dal modello tradizionale; cfr. DI MAJO, *La nullità in Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, a cura di Di Majo, Ferri e Franzoni, Torino, 2002, p. 58 e SACCO, *Le invalidità*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 541.

protezione deve sottostare²⁸⁰, che fossero il più coerente possibile con il tradizionale sistema dell'invalidità negoziale.

A seguito dell'adozione del d. lgs. n. 206 del 2005, la dottrina si è trovata sostanzialmente divisa tra coloro che, a fronte della speciale nullità, hanno affermato che la nullità di protezione costituisce una nuova categoria di nullità, un *tertium genus*, dotata di regole autonome²⁸¹ e altri autori che, viceversa, hanno sostenuto la tesi secondo la quale la nullità di protezione altro non è se non una delle modalità attuative della categoria "tradizionale", che si "adatta" alle esigenze della società²⁸².

Quale che sia la posizione sostenuta, gli studiosi sono concordi nel ravvisare nel regime normativo della c.d. nullità di protezione determinati tratti comuni che la caratterizzano; questi sono stati individuati nella relatività dell'azione volta a far accertare la nullità, nella rilevabilità d'ufficio della stessa, nella necessaria parziarietà del rimedio caducatorio e (sebbene sia un profilo tuttora molto dibattuto) nella sanabilità del vizio.

4.2 (*segue*) IL REGIME NORMATIVO DELLA NULLITÀ DI PROTEZIONE DI CUI ALL'ART. 36 C. CONS.

Pare utile a questo punto dell'indagine tratteggiare, seppur brevemente, le regole cui la nullità di protezione di cui all'art. 36 c. cons. sottostà, al fine di fornire

²⁸⁰ Come già premesso, benché sia possibile estendere le considerazioni a tutte le ipotesi di nullità di protezione nei rapporti di consumo, sarà trattata la sola nullità di cui all'art. 36 c. cons.; si ricorda inoltre che il presente lavoro non aspira infatti a fornire un esame dettagliato delle singole fattispecie di nullità "anomale", né ambisce ad approfondire tutte le problematiche legate alle nuove forme di invalidità ma è circoscritto a fornire una possibile soluzione all'interrogativo circa l'applicabilità o meno di un unico regime sanzionatorio a tutte le ipotesi di nullità nei contratti dei consumatori. Preme ciononostante chiarire che l'espressione "nullità di protezione" viene genericamente utilizzata dalla dottrina in relazione a tutte le nuove ipotesi di nullità introdotte dal legislatore (solitamente in attuazione di direttive europee) le quali, discostandosi dal paradigma tradizionale, si caratterizzano per essere funzionali alla tutela di una sola parte contrattuale.

²⁸¹ Vede nella nullità di protezione un'autonoma e speciale categoria di nullità PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 173ss.; parla propriamente di *tertium genus* di invalidità GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, p. 429ss. e 458ss. *Contra* cfr. SCALISI, *Il contratto e le invalidità in Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 245ss.

²⁸² Cfr. TOMMASINI, *Il rimedio della nullità parziale: le evoluzioni del sistema*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di Tommasini, Torino, 2007; GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 79ss.

gli elementi necessari per rispondere alla domanda posta alla base del presente lavoro.

Il primo elemento che caratterizza la nullità di cui all'art. 36 è la necessaria parziarietà del rimedio caducatorio, che colpisce unicamente la pattuizione vietata mentre il “contratto rimane valido per il resto”²⁸³. La formulazione dell'art. 36 preclude, così, l'applicabilità delle regole di cui all'art. 1419 c.c.; viene, in primo luogo, impedita l'indagine – finalizzata all'estensione della nullità all'intero contratto – volta ad accertare se i contraenti “avrebbero concluso [il contratto] senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”, così come non trova applicazione il co. 2 concernente la sostituzione automatica di clausole. È infatti “intuitivo”²⁸⁴ come l'interesse di entrambi i contraenti non possa costituire il parametro in base al quale valutare l'essenzialità della clausola: siffatto meccanismo, passibile di abusi da parte del professionista, non sarebbe invero idoneo a tutelare adeguatamente il contraente debole, il quale, esposto alla possibile caducazione dell'intero contratto (ad opera del professionista), si troverebbe così costretto a “a scegliere il più delle volte, come minore dei due mali, di soggiacere agli abusi rifluiti nel regolamento” piuttosto che rinunciare all'intero rapporto contrattuale. La necessaria parziarietà preclude inoltre, secondo l'opinione dominante in dottrina, l'operare del secondo comma dell'art. 1419 c.c. che prevede la sopravvivenza del contratto quando le clausole nulle siano sostituite di diritto da norme imperative.

La non operatività del co. 2 dell'art. 1419 c.c. dovrebbe avere quale conseguenza il mantenimento in vita dell'intero negozio anche nell'ipotesi in cui non via siano norme imperative suscettibili di integrare il contratto colpito da nullità, esclusione che non dovrebbe essere sovrapposta alla preclusione della possibilità stessa di operare l'integrazione stessa del contratto²⁸⁵. Eppure è proprio quest'ultima

²⁸³ Sulla necessaria parziarietà cfr. PUTTI, *La nullità parziale – Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “Massimo effetto utile per il consumatore”*: nullità (parziale) necessaria della clausola abusive e integrazione del contratto, in *Contratti*, 2013, p. 22; ID, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova 2008; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, a cura di Gentili, vol. IV del *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano 2006, p. 130ss.

²⁸⁴ Così LA SPINA, *Destruzzurazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, p. 275s, così come la successiva citazione.

²⁸⁵ Nella legislazione a tutela del consumatore la sostituzione automatica di clausole è ravvisabile nelle sole ipotesi di cui all'art. 67 che impone che il termine per il diritto di recesso (dai contatti negoziati fuori dai locali commerciali e conclusi a distanza) non possa essere inferiore a 10 giorni e che il rimborso delle somme versate a titolo di caparra debba avvenire entro 30 giorni dalla data in

l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia che ha stabilito, con la sentenza *Banco Español de Crédito*²⁸⁶, come, al fine di tutelare adeguatamente il contraente debole e permettere l'operatività di un meccanismo che sia dissuasivo per il professionista/predisponente, alla declaratoria di nullità della clausola abusiva non possa seguire integrazione alcuna, sia questa dispositiva o giudiziale.

La soluzione prospettata non ha convinto però gli studiosi, i quali hanno evidenziato l'inidoneità di tale soluzione a tutelare adeguatamente il contraente debole. È stato infatti rilevato come, seppur “è innegabile che rimedi nitidamente orientati in senso punitivo dispieg[hino] un sicuro effetto preventivo”²⁸⁷, la scelta propugnata dalla Corte, *in primis*, non troverebbe fondamento alcuno nella direttiva sulle clausole abusive (la quale si limita ad affermare che il contratto deve essere mantenuto “secondo i medesimi termini”) e, in secondo luogo, lungi dal costituire una soluzione “neutra”, si risolverebbe in una sostituzione della disciplina pattizia dai “chiari connotati sanzionatori”²⁸⁸.

Il secondo elemento peculiare è costituito dalla legittimazione relativa, riservata cioè al solo consumatore, dell'azione volta a far accertare la nullità²⁸⁹.

cui il professionista è venuto a conoscenza dell'esercizio del diritto di recesso. Per ciò che concerne la legislazione esterna al codice, il codice del turismo prevede all'art. 45 che la limitazione al risarcimento dei danni (diversi da quelli alla persona) non possa essere inferiore a quanto previsto dalle convenzioni internazionali che disciplinano le prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico e dagli articoli 1783 e 1784 del codice civile. Il T.U.B. prevede inoltre, in materia di credito al consumo, la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione del tasso di interesse e per la determinazione delle condizioni economiche del contratto (artt. 117 e 125 *bis*).

Nel senso della integrazione automatica della clausola non vincolante con le disposizioni cui essa deroga v. DI NELLA, *L'inderogabilità in peius*, cit., p. 90 e D'ADDA, *Nullità parziale ed integrazione del contratto con regole dispositive*, in AAVV, *Le forme della nullità* a cura di Pagliantini, Torino, 2009, p. 115. *Contra v. Girolami*, op. cit., p. 410, la quale afferma che “non si può che ritenere che la sostituzione in oggetto non operi automaticamente, ma debba essere invece subordinata ad una manifestazione di volontà del contraente debole, o ad un intervento nella medesima prospettiva dell'autorità giudiziaria, ove ve ne siano i presupposti”. Cfr. altresì le considerazioni di FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in AAVV, *Le forme della nullità* a cura di Pagliantini cit., p. 83ss.

²⁸⁶ Per l'approfondimento della sentenza si rinvia al cap. II, par. 2.2.

²⁸⁷ Così D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”* cit. p.28.

²⁸⁸ Cfr. D'ADDA, *ult. op. cit.*, p. 27 e vedi altresì ID, *Nullità parziale ed integrazione* cit., p.115ss.

²⁸⁹ Non sono tuttavia mancate voci contrarie le quali, basandosi sul tenore letterale dell'art. 36 che si limita a stabilire che “la nullità opera solo a vantaggio del consumatore” (e non utilizza la diversa formula si cui, ad es. all'art. 127 T.U.F. o art. 134 c. cons. secondo la quale “la nullità può essere fatta valere” solo dal contraente protetto) hanno affermato la legittimazione assoluta anche nelle ipotesi di nullità speciali di protezione; cfr. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 403 e 428. La dottrina maggioritaria sottolinea invece come la legittimazione sia riservata al solo consumatore e ciò, non solo in virtù dell'art. 36 c. cons. ma in applicazione del generale principio di cui all'art. 100 c.p.c ai sensi del quale “per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è

Benché l'art. 36 non detti una regola inequivocabile al riguardo (a differenza, ad es., dell'art. 127 del T.U.B.), la (infelice) espressione secondo la quale la nullità “opera solo a vantaggio del consumatore” è stata in questo senso letta dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁹⁰.

Tale inciso, inoltre, costituisce un limite per il giudice il quale – pur potendo rilevare d'ufficio la nullità²⁹¹ – deve accertarsi che la declaratoria di abusività della clausola non pregiudichi gli interessi del consumatore²⁹². Il giudice non può così dichiarare la nullità della clausola il cui contenuto risulti abusivo se ciò arreca un pregiudizio per il consumatore ovvero se quest'ultimo dichiara di volersene comunque avvalere.

A tale risultato, specificatamente avvalorato dalla Corte di giustizia, è possibile pervenire (anche) nel nostro ordinamento mediante “una corretta applicazione del codice di rito di procedura civile”²⁹³ i cui artt. 183, co. 4 e art. 101, co. 2 prevedono, rispettivamente, che il giudice possa chiedere alle parti, nell'udienza di trattazione, “sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione” e che egli sia inoltre tenuto, qualora decida di porre alla base della propria decisione una questione rilevata d'ufficio, ad assegnare alle parti, a pena di nullità, un termine

necessario avervi interesse”. L'interesse del contraente non protetto dalla norma risulterebbe essere, in questo caso, a priori immeritevole di tutela, senza che sia cioè necessaria la verifica, caso per caso, dell'interesse ad agire in capo al professionista. Cfr. PASSAGNOLI, sub artt. 36-38 in *Commentario al codice del consumo* a cura di Vettori, cit., p. 384s. e DIMARZIO, *op. cit.*, p. 249s.

²⁹⁰ La *ratio* di tale previsione è quella di supplire alle carenze difensive del consumatore, che, il più delle volte, non è a conoscenza dei diritti che gli spettano e non può pertanto farli valere. Tra i tanti contributi si ricordano quelli di BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *R. d. priv.*, 2004, p. 861 ss.; MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.* 2002, p. 685; ID, *L'indisponibilità dei diritti dei consumatori*, cit., p. 699s. e GIROLAMI, *Le nullità di protezione* cit., p.235ss. Tra le pronunce nazionali v. Cass., 13 aprile 2012, n. 5933, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 4, p. 500; per le sentenze della Corte di giustizia si rinvia al cap. II.

²⁹¹ La previsione espressa della rilevabilità d'ufficio della nullità relativa ha messo a tacere il dibattito dottrinale che riteneva tali aspetti logicamente incompatibili. Cfr. con riferimento alla vecchia formulazione di cui all'art. 1469 *quinquies* CIAN, *Il nuovo Capo XIV bis* cit., p. 417 che parla di “dubbia congruenza” e GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 428 secondo il quale “se l'inefficacia può essere rilevata dal giudice è infatti razionalmente escluso che la legittimazione sia ristretta al consumatore”. V. altresì il contributo di BONFIGLIO, *La nullità di protezione* cit.

²⁹² In questo senso andrebbe letta l'indicazione “la nullità opera solo a vantaggio del consumatore” di cui all'art. 36 c. cons. Cfr., *amplius*, cap. II per interpretazione fornita da CGUE agli artt. 6 e 7 della dir. 93/13/CE.

²⁹³ Così MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 689.

per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione; il giudice ha cioè il dovere di garantire il contraddittorio sulla singola questione, a seguito del quale il consumatore potrà, ove lo ritenga più vantaggioso, paralizzare i poteri officiosi del giudice e dichiarare di volersi avvalere della clausola nulla²⁹⁴.

Infine, per ciò che concerne gli aspetti non specificamente trattati dall'art. 36 c. cons., si dovrebbe ritenere che trovino applicazione le regole generali di cui agli artt. 1418 ss. c.c. Così è imprescrittibile l'azione per far valere la nullità²⁹⁵ e dovrebbe essere negata la possibilità di sanare la pattuizione vietata. Tuttavia su tale ultimo punto è in corso un vivace dibattito dottrinale, alimentato dalle pronunce della Corte di giustizia, per l'approfondimento del quale si rinvia al paragrafo 5.1.

5. LE RIPERCUSSIONI DELLE PRONUNCE DELLA CGUE IN MATERIA DI “NON VINCOLATIVITÀ” DELLA CLAUSOLE ABUSIVE SULL’INTERPRETAZIONE DELL’ART. 36 C. CONS.: I PROFILI PROCESSUALI

Le difficoltà incontrate dagli interpreti per enucleare regole – compatibili con i principi di diritto sostanziale e processuale interni – cui la nullità di protezione di derivazione europea soggiace sono acuite dalla circostanza che il regime cui detta nullità è soggetto deve conformarsi alle (numerose) pronunce della Corte di giustizia aventi ad oggetto la disciplina della “non vincolatività” della clausole abusive²⁹⁶.

Rinviando per la trattazione dell’ampia casistica giurisprudenziale al cap. II, saranno esposte in questa sede le principali ripercussioni che le decisioni del giudice

²⁹⁴ Il ruolo del giudice è stato così definito assimilabile a quello di un “consigliere, avendo egli fondamentalmente l’obbligo di indicargli il carattere abusivo della clausola”; così SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d’ufficio la nullità di protezione*, in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 859. *Contra* v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del contratto nullo*, in *Studi in Onore di Giorgio Cian*, vol. II, Padova, 2010, p. 1909ss. secondo il quale, invece, la rilevabilità d’ufficio dipende, più che dalla mera volontà del consumatore, dal suo interesse, di talché il giudice potrebbe rilevare la nullità della clausola anche contro la volontà del consumatore ove ritenga la declaratoria di nullità più favorevole per il contraente debole.

²⁹⁵ Soluzione indirettamente confermata dalla Corte di giustizia con la pronuncia *Cofidis*, per la quale si rinvia al cap. II.

²⁹⁶ La Corte Cost., con l’ord. 29 dicembre 1995, n. 536 ha chiaramente affermato il dovere per il giudice nazionale di adeguarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia qualora vi siano “precedenti puntuali pronunce” in materia. Cfr altresì CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, p. 55ss.

di Lussemburgo hanno sortito nel nostro ordinamento e che hanno avuto l'effetto di minare tanto principi di natura sostanziale quanto quelli di natura processuale.

Tra le pronunce che hanno suscitato la maggior attenzione in seno alla dottrina vi è sicuramente la pronuncia *Pannon* e le inevitabili successive sentenze volte a chiarire i principi ivi enunciati²⁹⁷. Con le pronunce richiamate la CGUE ha affermato il dovere per il giudice di valutare l'abusività della clausola inserita in un contratto *b2c* in qualsiasi momento del processo²⁹⁸, a prescindere da una domanda in tal senso del consumatore; egli, al fine di accertare se una clausola inserita nel contratto di consumo è abusiva, sarebbe altresì tenuto ad adottare d'ufficio le necessarie misure istruttorie. L'unico limite al potere del giudice (che pare possa intervenire in maniera "illimitata"²⁹⁹) è costituito proprio dall'interesse del consumatore, nel senso che egli è tenuto sì a dichiarare la nullità della clausola abusiva, ad eccezione del caso in cui il consumatore, adeguatamente informato, vi si opponga³⁰⁰.

L'attribuzione al giudice del dovere di rilevare d'ufficio la nullità di una clausola e, ancor di più, di quello di adottare le misure istruttorie necessarie all'accertamento della natura abusiva della clausola inserita nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista pongono delicate questioni circa il rapporto tra i principi enucleati dalla Corte di giustizia e i principi generali di carattere processuale – basti pensare al principio della domanda e al principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – vigenti nel nostro ordinamento.

La "semplice" affermazione della Corte secondo la quale il giudice nazionale è tenuto a stimolare il contraddittorio sulla natura abusiva di una clausola – la cui

²⁹⁷ CGUE *Pannon*, CGUE *VB Pénzügyi c. Schneider*, CGUE *Perničova c. SOS finac* e CGUE *Banif Plus Bank* per l'approfondimento delle quali v. cap. II.

²⁹⁸ Vi è di più: la CGUE ha affermato che la presenza di un termine processuale oltre il quale il potere del giudice di rilevare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola ai sensi della dir. 93/13/CE costituisce un ostacolo inammissibile al principio di effettività (così CGUE *Cofidis*, cit.) e ha altresì statuito che, in virtù del principio di equivalenza, il giudice debba valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto *b2c* qualora sia investito della domanda per l'esecuzione forzata del lodo che ha acquisito autorità di cosa giudicata. (CGUE *Asturcom Telecomunicaciones*).

²⁹⁹ Così SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. e dir. privato*, 2010, p.841.

³⁰⁰ In relazione a tale ultimo aspetto, la Corte ha recentemente chiarito che la direttiva 93/13/CEE non impone al giudice nazionale, che abbia accertato il carattere abusivo di una pattuzione e ne voglia dichiarare la nullità, di attendere la dichiarazione del consumatore; tuttavia, tale necessità è imposta dal principio del contraddittorio che caratterizza i sistemi processuali nazionali; cfr. Corte di giustizia, 21 febbraio 2013, causa C- 472/11 cit.

nullità è rilevabile d'ufficio *ex art. 36 c. cons.* – rispetta quanto enunciato dagli artt. 184, co. 4 e 101, co. 2 c.p.c. ai sensi dei quali il giudice ha l'obbligo – obbligo che non si esaurisce nella prima udienza ma “può essere esercitato in qualunque momento del processo, quando emergono gli elementi che ne consentono la valutazione”³⁰¹ – di informare le parti sulle questioni rilevabili d'ufficio al fine di stimolare il contraddittorio sul punto.

Ciò che stride – e pare incompatibile – con il nostro sistema processuale è lo smantellamento dei due limiti che il dovere del giudice *ex artt. 184 e 101 c.p.c.* contiene. La dottrina è infatti unanime nell'affermare che il rilievo officioso del giudice non può avvenire solamente in due ipotesi: quando non sia possibile operare la valutazione circa la nullità del contratto (o di parte di esso) dagli atti del processo e quando non sia più possibile valutare il merito del giudizio perché precluso dalla formazione del giudicato sul punto³⁰².

Orbene, questi limiti paiono, almeno *prima facie*, entrambi superati dalla giurisprudenza della Corte europea, la quale ha ravvisato in tali preclusioni un'inammissibile compressione della tutela del consumatore.

Al fine di garantire la compresenza nel nostro ordinamento di entrambe le indicazioni fornite dalla Corte, coloro che si sono dedicati allo studio della giurisprudenza europea hanno offerto una lettura “restrittiva” dei principi affermati nelle sentenze richiamate; così, muovendo dalla specificità dei casi nazionali che hanno dato origine alle pronunce della Corte, la dottrina ha ridimensionato la forza delle affermazioni del giudice di Lussemburgo, in maniera da renderli così compatibili e rispettose dei nostri principi nazionali. Innanzitutto è stato evidenziato come la pattuizione abusiva, nella controversia che ha originato la pronuncia *VB Penzügyi*, fosse una clausola di proroga della competenza e come tale non fosse richiesto al giudice l'adozione di apposite misure istruttorie al fine di accertarne il carattere abusivo³⁰³; traslata nel nostro ordinamento, la questione non richiederebbe

³⁰¹ SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 849s.

³⁰² Cfr., per tutti, SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 853 e 856ss.

³⁰³ In questo senso v. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione cit.*, p. 128ss. che parla di “obbligo spurio” e F.P.PATTI, *Oltre il caso “Pannon”*: poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore, in *I Contratti*, 2011, p. 118ss. secondo il quale l'attribuzione dei poteri istruttori al giudice è circoscritta alle sole ipotesi in cui il giudice sia chiamato a valutare la abusività di clausole attributive di competenza territoriale e non si estenda alla valutazione di abusività di qualsiasi tipo di clausola (così p. 120s).

infatti l'adozione di misure istruttorie sostitutive rispetto all'attività delle parti, ma sarebbe sufficiente per il giudice verificare se la residenza o il domicilio del consumatore coincidano o divergano rispetto al luogo del circondario del Tribunale nel quale la causa è stata incardinata: a tal fine sarebbe pertanto sufficiente che il giudice assumesse le sommarie informazioni di cui all'art. 38, co. 4, c. p.c.³⁰⁴.

Suscita maggiori perplessità la negazione della forza del giudicato al potere del giudice di valutare l'abusività di una clausola contenuta in un contratto *b2c* di cui alla pronuncia *Asturcom Telecomunicaciones*, affermata tramite il richiamo al principio di effettività. Se da un lato, infatti, è stato sottolineata la peculiarità della vicenda concreta che ha originato la decisione³⁰⁵, dall'altro si è rilevato come la pronuncia, minando profondamente la tenuta del principio di intangibilità del giudicato, permetta al giudice di "aggirare" il giudicato stesso al fine di garantire una piena tutela del contraente debole³⁰⁶. Proprio nel senso di una progressiva perdita di forza del giudicato nazionale si è pronunciato altresì il Primo Presidente della Cassazione il quale ha osservato che "l'incrocio sopranazionale delle tutele giurisdizionali ci insegna che, in questi ultimi anni, l'ordinamento, o gli ordinamenti, in cui il giudicato si inserisce ed entra in circolazione possono conformare o ridimensionare quest'ultimo"³⁰⁷.

Sebbene quindi l'idea dell'interazione tra fonti normative sovranazionali comporti che il giudicato "non emerg[a] come indebolito, ma solo come "riproporzionato", ridimensionato nella nuova realtà europea e globale in cui entra a far parte", non può non sottolinearsi come la soluzione fornita dalla Corte di

³⁰⁴ Così F.P.PATTI, *op. cit.*, p. 122 e cfr. altresì Cass., 20 ottobre 2006, n. 22524, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 1901 secondo la quale "L'eccezione di incompetenza territoriale da parte del convenuto non introduce nel processo un tema che necessiti di istruzione, con possibilità di assunzione di prove costituenti, ma va decisa sulla base delle prove costituite e già acquisite agli atti, senza che possa indurre a diverse conclusioni il riferimento del novellato art. 38 c.p.c. a «sommarie informazioni» eventualmente da assumersi da parte del giudice, posto che tale riferimento va inteso come limitato a chiarire il contenuto delle prove costituite o comunque ad accertare circostanze (ad esempio quelle relative all'ubicazione della sede di una persona giuridica) agevolmente rilevabili o documentabili".

³⁰⁵ Così PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione cit.*, p. 89s. il quale si domanda "quanto abbiano influito su questo *dictum* le due circostanze fattuali della vistosa sproporzione tra valore della causa e spese che il consumatore avrebbe dovuto sostenere per recarsi alla sede dell'ente arbitrale e della marcata carenza di una garanzia di seria indipendenza del collegio arbitrale decidente".

³⁰⁶ CONTI, *C'era una volta...il giudicato*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 177ss.

³⁰⁷ Così Vincenzo Carbone in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2010; il discorso è riportato da CONTI, in *C'era una volta cit.*, p. 181, così come riporta la citazione successiva, sempre pronunciata da Carbone.

giustizia rischi, per il fatto di voler “tutelare troppo” la categoria ritenuta strutturalmente debole, di indebolire eccessivamente la certezza del diritto compromettendo così l’attività di scambio di beni e servizi nel mercato interno.

Prima di esaminare le ripercussioni di diritto sostanziale delle pronunce della Corte europea, pare interessante richiamare l’attenzione sulla circostanza che la giurisprudenza della Corte, avente ad oggetto il potere del giudice (chiamato a comporre una controversia avente ad oggetto un contratto di consumo contenente clausole abusive) di rilevare *ex officio* la nullità, è stata posta alla base di alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione aventi ad oggetto, non i contratti di consumo, bensì, più in generale, i poteri di cui dispone il giudice qualora sia chiamato a pronunciarsi sulla nullità di un (qualsiasi) contratto. Con la recente sentenza a sez. un., del 4 settembre 2012³⁰⁸ la Cassazione, richiamando nella propria argomentazione le pronunce *Pannon* e *Asturcom Telecomunicaciones*, ha compiuto un deciso *revirement*, affermando che il giudice, nella controversia promossa per la risoluzione del contratto, “ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*, ogni forma di nullità”. Le sez. un. hanno così disatteso il tradizionale orientamento in materia di rilevabilità d’ufficio della nullità in base al quale giudice di merito poteva rilevare *ex officio* la nullità del contratto nelle sole ipotesi in cui le parti chiedessero l’esecuzione del contratto (nullo); diversamente, ove la domanda fosse volta a far dichiarare la nullità (per altro motivo) o la annullabilità del contratto, tale potere era precluso al giudice poiché si sarebbe trattato di un’ipotesi di *ultra petita*³⁰⁹.

La Cassazione, tuttavia, pur accogliendo il principio secondo il quale il giudice può rilevare *ex officio* qualsiasi forma di nullità non soggetta a regime

³⁰⁸ Cass. civ., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828 in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2275.

³⁰⁹ Cfr. tra le prime pronunce v. Cass. 18 aprile 1970, n. 1127 in *Giust. Mass. civ.*, 1970; Cass. 11 marzo 1988, n. 2398 in *Foro it.*, 1989, I, c. 1936; Cass. 12 agosto 1987, n. 6899 in *Foro it.*, 1989, I, c. 1937 con nota critica di MASSETANI. Tale insegnamento ha poi trovato conferma in recenti decisioni della Corte tra cui Cass. 8 gennaio 2000, n. 123 in *Giur. it.*, 2000, I, p. 907; Cass. 5 novembre 2001, n. 13628 in *Foro it.*, 2002, I, c. 762; Cass. 21 febbraio 2003, n. 2637 in *Foro it.*, 2003, I, c. 2768; Cass. 6 ottobre 2006, n. 21632 in *Foro it.*, 2007, I, c. 430; Cass. 17 maggio 2007, n. 11550 in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5 e Cass. 27 aprile 2011, n. 9395 in *Mass Foro it.*, 2001, c. 368. La dottrina maggioritaria si è, fin dalle prime pronunce, pronunciata in senso critico, affermando il dovere per il giudice, a prescindere dalla domanda delle parti, di rilevare d’ufficio la nullità del contratto; cfr., *ex multis*, IRTI, *Risoluzione di un contratto nullo?*, in *Foro padano*, 1971, I, c. 74; MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d’ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1938 e, tra i più recenti, v. SACCO, *Il contratto invalido*, in *Trattato di dir. civile* a cura di Sacco e De Nova, Torino, 2004, p. 558s.

speciale, (continua a) ravvisa(re) quali unici ostacoli processuali a siffatto potere il principio di intangibilità del giudicato e quello di disponibilità delle prove³¹⁰, dimostrando così di non voler aderire – e avvallando di fatto la lettura restrittiva offerta dalla dottrina – alle indicazioni contenute nelle pronunce della Corte di giustizia che sono intervenute in materia³¹¹.

5.1 (*segue*): I PROFILI DI DIRITTO SOSTANZIALE

Le decisioni della Corte di giustizia hanno contribuito ad alimentare il dibattito, non nuovo nel nostro ordinamento, circa la possibilità di convalidare un contratto – o una clausola dello stesso – affetto da nullità, in ossequio alla clausola di salvezza di cui all'art. 1423 c.c.³¹².

Muovendo proprio dall'affermazione contenuta nella sentenza *Pannon* (e ribadita nelle successive sentenze della Corte) circa la possibilità per il consumatore di dichiarare durante il giudizio di non volersi avvalere di taluni diritti che la legge nazionale gli riserva, parte della dottrina ha letto nelle parole della Corte la conferma, indiretta, della sanabilità della pattuizione nulla. È stato così affermato che il giudice, a fronte della dichiarazione del consumatore, non potrà più rilevare la nullità della clausola “*per la semplice ragione che essa non sussiste più*”³¹³.

³¹⁰ Sul punto v. SENIGAGLIA, *op. cit.*, p. 846s.

³¹¹ Cfr. l'ampio contributo di CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 941ss.

³¹² Senza poter approfondire in questa sede il complesso dibattito dottrinale in materia di convalidabilità del contratto nullo si rinvia all'ampia trattazione compiuta da PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, secondo il quale “la chiusa eccezzuativa dell'art. 1423 – *se la legge non dispone diversamente* – si può benissimo spiegare come un'esplicita ammissione della convalidabilità ogni qual volta dal corpo della previsione *risulti altrimenti*”, p. 35. Con specifico riferimento alla convalidabilità della nullità relativa cfr. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. diritto civile*, 2003, p. 937 secondo il quale negare siffatta possibilità al contraente legittimato a far valere la nullità porterebbe alla privazione di contenuto normativo dell'art. 1423 c.c. che “si ridurrebbe ad una mera formula di rinvio”.

³¹³ Così D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, cit., p. 744; nello stesso senso cfr. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore* cit., p. 22 che parla di “(irr) rilevabilità per compiutasi validazione successiva della fattispecie”; l'Autore, quale argomento a sostegno della tesi favorevole alla sanabilità della clausola (abusiva) nulla, espone inoltre come non si possa “ragionevolmente denegare un valore validativo al contegno (successivo) del consumatore” quando la trattativa individuale (espressione della medesima volontà *ex ante*) “valga ad escludere... la vessatorietà” della clausola. L'autore omette tuttavia di considerare le ipotesi elencate nella c.d. lista nera di cui all'art. 36, comma 2, le quali costituiscono ipotesi di nullità (di protezione) “quantunque oggetto di trattativa”.

Si è osservato, inoltre, che se è riservata ad una sola parte la possibilità agire in giudizio per la caducazione della pattuizione abusiva, alla stessa parte non può non riconoscersi la possibilità di non agire e, dunque, di convalidare definitivamente il contratto o la clausola nulla³¹⁴.

In un'ottica più generale, le parole della Corte di giustizia sono state il punto di partenza, tra coloro chi si sono dedicati allo studio del sistema delle "invalidità europee", per affermare che la nullità di protezione, rientrando tra le ipotesi contemplate dall'art. 1423 c.c., costituisce "un'ipotesi di nullità pendente o sospesa, le cui scelte sono rimesse alla scelta consapevole del contraente protetto in conformità della *ratio legis*"³¹⁵ e che, proprio "per la portata generale che le è riservata...verrebbe a superare la dimensione meramente eccezionale riservata finora alla convalida dei negozi nulli, concretando così un'evoluzione significativa del sistema, idonea a mutarne l'assetto"³¹⁶.

In senso contrario, altri Autori hanno invece negato che il limite al potere officioso di rilevare la nullità sia determinato dall'avvenuta sanatoria della stessa, respingendo l'idea che la dichiarazione mediante la quale il consumatore rinunci a far valere la nullità della clausola abusiva possa avere il valore di convalida tacita.

Prescindendo ora, poiché esula dalla finalità del presente lavoro, dall'elencazione completa di tutti gli argomenti che sono stati sostenuti dalla dottrina per affermare o negare la sanabilità del contratto affetto da nullità³¹⁷ e

³¹⁴ Cfr. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 153ss.

³¹⁵ GIROLAMI, *Le nullità di protezione* cit., p. 453.; cfr. altresì D'AMICO, *Nullità virtuale* cit., p. 742, nt. 47 che parla di "efficacia sospesa" e POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida* cit., p. 931ss.

³¹⁶ GIROLAMI, *Le nullità di protezione* cit., p. 454s. la quale sostiene l'unitarietà della categoria delle invalidità volte a proteggere il consumatore; l'Autrice afferma pertanto che la possibilità di confermare la nullità non è circoscritta alla sola nullità delle clausole abusive bensì si estende a tutte le ipotesi di nullità contemplate dalla legislazione giusconsumerista.

³¹⁷ Cfr. le critiche mosse agli argomenti basati unicamente su ragionamenti "logico-razionali, ma manchevoli sul piano della bontà, della verità, della ragionevolezza e del fondamento delle premesse e delle soluzioni, le quali non vanno sindacate in relazione ad una mera disposizione, bensì valutate sulla base della gerarchia delle fonti, dei valori e degli interessi", da G. PERLINGIERI, *La convalida della nullità* cit., p. 1920s. a cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici. Per l'approfondimento della questione si rinvia, in un'ottica favorevole alla convalida, a PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, *passim*; ID, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, *passim* e in particolare p.15ss e 80ss; POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., p. 454ss. *Contra* PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e Mercato*, 2011, p. 24; MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 174 e ID, *La rilevanza*

limitandosi a valutare il dato normativo, europeo e nazionale (così come interpretato dalla Corte di giustizia) alla luce della *ratio* di tutela che permea la regolamentazione dei rapporti di consumo, pare possa concordarsi con coloro che, senza entrare nel merito della reale o presunta incompatibilità ontologica tra nullità e convalidabilità/sanabilità, negano la possibilità di sanare la nullità di protezione. A tale conclusione si giunge sulla base delle circostanze che, *in primis*, manca un qualsivoglia appiglio normativo in tal senso³¹⁸ e che nemmeno le parole della Corte lasciano trasparire la scelta di voler conferire alla dichiarazione del consumatore resa durante il processo la natura di scelta sostanziale; all'opposto non può non essere sottovalutata la circostanza che la Corte "circoscrive all'interno del processo e sotto la supervisione giudiziale la rilevanza di detta "opposizione"³¹⁹ e che se si ragionasse in un'ottica di riflessi sul piano sostanziale si "ricollegerebbero conseguenze non previste dalla legge ad una scelta meramente difensiva del consumatore"³²⁰.

La richiamata circostanza che la Corte abbia attribuito alla sola dichiarazione processuale la "forza" per impedire la declaratoria della nullità altro non è che la conferma della disponibilità – che si badi bene, è concetto altro e diverso rispetto a quello della sanabilità – della situazione giuridica di cui sia divenuto titolare il consumatore; possibilità di disporre del diritto che, proprio per la strutturale asimmetria del rapporto contrattuale, può pienamente spiegarsi solo ove l'ordinamento sia certo che al consumatore sia garantito di scegliere in maniera consapevole e libera, così da prevenire possibili abusi da parte del professionista. La dichiarazione del consumatore di volersi avvalere della clausola abusiva avrebbe

d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia, in *I Contratti*, 2009, p. 1119ss.

³¹⁸ Anzi, "la *ratio*, desumibile dal fatto stesso di aver comminato una nullità, appare quella esattamente inversa di precludere la convalida e lasciare sempre possibile la contestazione del negozio, anche ad evitare che la stessa debolezza contrattuale che ha indotto a concluderlo non porti dietro pressioni della controparte a convalidarlo, frustrando così definitivamente lo scopo legislativo", così GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, in *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Torino 2006, p. 1373.

³¹⁹ In questo senso PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e Mercato*, 2011, p. 25.

³²⁰ Così MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia* cit., p. 1123 il quale ha evidenziato le "zone d'ombra" lasciate dalla pronuncia *Pannon* per ciò che concerne le ipotesi in cui il consumatore sia contumace ovvero, pur presentandosi in giudizio,

pertanto valenza meramente processuale, senza che ciò possa avere conseguenze sul piano sostanziale³²¹.

6. LA “NULLITÀ DI PROTEZIONE DI CUI ALL’ART. 36 E LA NULLITÀ EX ART. 143 C. CONS.

Senza voler ripetere quanto già esposto, la circostanza che le previsioni di “nullità” comminate dal Codice del consumo siano, essenzialmente, di due diversi tipi (nella prima categoria è possibile inserire le nullità codicistiche a cui il legislatore ha ricollegato un determinato statuto, qualificandole, in particolare, come “di protezione”³²²; nella seconda categoria sono invece ricomprese le ipotesi in cui il legislatore non chiarisce se queste siano o meno “di protezione” né a quale disciplina debbano soggiacere, ma si limita a disporre la “nullità”³²³) senza che vengano fornite dal legislatore indicazioni univoche in merito al regime cui devono soggiacere le

³²¹ MONTICELLI, *La rilevabilità d’ufficio condizionata* cit., p. 1124.

³²² Queste sono le seguenti: l’art. 36, co. 3, che stabilisce la nullità delle clausole abusive che opera solo a vantaggio del consumatore ed è rilevabile d’ufficio; l’art. 67 *septies-decies*, nei contratti di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, che commina la nullità (che può essere fatta valere dal solo consumatore) dell’intero contratto nel caso in cui il consumatore ostacoli l’esercizio del diritto di recesso, non rimborsi le somme pagate o violi gli obblighi informativi precontrattuali; art. 67 *octies-decies* (già più volte richiamato) che prescrive la nullità (che può essere fatta valere dal solo consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice) delle pattuizioni con le quali il consumatore rinuncia ai diritti che gli sono conferiti dalla sezione relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari; infine il co. 1 dell’art. 134 prescrive la nullità, che può essere fatta valere dal solo consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice, del patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, che limiti o escluda i diritti del consumatore. Inoltre, esterno al codice del consumo, vi è l’art. 127 del TUB che prevede che le nullità previste dal Tit. VI “che operano solo a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal giudice”

³²³ Si tratta delle seguenti: l’art. 36, co. 5, che dichiara nulle le clausole di rinvio alle leggi extracomunitarie che privino il consumatore della protezione avverso le clausole vessatorie; l’art. 52, co. 3 prevede che, nei contratti a distanza conclusi mediante il mezzo del telefono, il contratto sia nullo nel caso in cui il professionista non abbia comunicato la propria identità e lo scopo commerciale della telefonata in modo inequivocabile all’inizio della telefonata; l’art. 67, co. 5 commina la nullità della clausola con la quale viene limitato il rimborso delle somme versate a seguito dell’esercizio del diritto di recesso nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali e nei contratti a distanza; l’art. 72 sanziona con la nullità il contratto di *timesharing* immobiliare che non sia concluso in forma scritta; l’art. 72 *bis* prevede la nullità del contratto di multiproprietà se non viene fatta menzione espressa delle fidejussioni nel contratto medesimo; l’art. 78 rende nulle le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia dell’acquirente ai diritti attribuitigli dalla legge sulla multiproprietà e le limitazioni di responsabilità a carico del professionista; l’art. 124 commina la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente, nei confronti del danneggiato, la responsabilità per danno da prodotti difettosi; l’art. 134, co. 3 che sanziona con la nullità la clausola contrattuale che, prevedendo l’applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l’effetto di privare il consumatore della protezione assicuratagli; infine, l’art. 143 il cui contenuto, per la centralità che assume nel presente lavoro, non è necessario richiamare.

nullità comminate a protezione del consumatore, ha suscitato un vivace dibattito in seno alla dottrina finalizzato a chiarire quali regole debbano trovare applicazione tutte le volte in cui il legislatore si sia limitato a sancire la nullità *tout cour*, senza cioè ribadire la necessaria parziarietà e la legittimazione relativa della stessa.

Il dibattito, in particolare, si è sviluppato su due posizioni divergenti: la prima interpretazione è costituita da quegli Autori che riconducono – in assenza di una espressa previsione legislativa – la nullità di cui all’art. 143 c. cons. al regime di cui alla nullità codicistica *ex art.* 1418 c.c.³²⁴; la seconda posizione, al contrario, tende a configurare tutte le nullità dettate ed inserite dal legislatore nel Codice del consumo (e, più in generale, nelle norme di protezione del consumatore) come nullità c.d. speciali, che soggiacciono alle particolari regole dettate (dal legislatore e dall’interpretazione fornita dalla Corte di giustizia) in materia di nullità delle clausole vessatorie (art. 36 c. cons. e art. 6 dir. 93/13/CEE)³²⁵.

Gli argomenti sostenuti da coloro che assoggettano la nullità di cui all’art. 143 c. cons. al regime normativo generale della nullità del contratto delineato dagli artt. 1418 ss c.c. si fondano, *in primis*, sul tenore letterale della disposizione che si limita a comminare la nullità senza fornire alcuna indicazione sulla legittimazione ad agire o sulla sua rilevabilità *ex officio*, con la conseguenza che per tutte gli aspetti che non vengono espressamente regolati dal legislatore bisognerebbe attingere alle

³²⁴ Così G. DE CRISTOFARO, sub *art.* 143, in *Commentario breve al diritto dei consumatori cit.*; BARBA, sub *art.* 143, in *Codice del consumo* a cura di Cuffaro, Milano 2008, p. 554. Cfr. altresì MONTICELLI, *L’indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del consumo e la nullità dei patti*, in *I Contratti* 2007, p. 698 e 700 s.

³²⁵ Sostengono l’estensione della disciplina dell’art. 36 c. cons. anche all’art. 143 c. cons. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.* 2005, I., p. 866; DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel «Codice» del consumo*, in *I Contratti* 2006, p. 39 e GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2008, p. 360ss. Cfr. altresì PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo* cit., p. 1906ss secondo il quale “né si può pretendere che ogni volta che si è in costanza di una c.d. nullità di protezione il legislatore debba specificare espressamente se la legittimazione sia assoluta, relativa e se la nullità sia o no rilevabile d’ufficio. Una tecnica del genere (del resto già presente fin troppo nella legislazione speciale o di settore), per un verso, sarebbe non corretta sul piano del *drafting* e della tecnica di redazione delle leggi, e, per altro verso, sarebbe superflua”, p. 1908. Leggono infine l’art.143 in termini di nullità speciale, ma senza soffermarsi specificamente sulla ricostruzione sistematica della figura, PETRELLA, sub *art.* 143, in *Commentario al Codice del consumo* a cura di Stanzone - Sciancalepore, Milano 2006, p. 1079 ss.; LUCCHESI, sub *art.* 143, in *Codice del Consumo*, Commentario a cura di Vettori, Padova 2007, p. 1112 s.; SACCOMANNI, sub *art.* 143, in *Codice del consumo*, Commentario a cura Alpa - Rossi Carleo, Napoli 2005, p. 877 ss. V. altresì PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino 2007, p. 159 ss. e MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 230.

regole contenute nel Codice civile: non sarebbe infatti possibile l'applicazione in via analogica di una regola "speciale" come quella di cui all'art. 36 c. cons.³²⁶; altri autori hanno sostenuto la medesima posizione sulla base dell'argomento che non sarebbe corretto ipotizzare la legittimazione relativa, poiché tutti gli interessati dovrebbero poter agire in giudizio per attivare i meccanismi di tutela giurisdizionale ed amministrativa al riguardo previsti, alla luce della circostanza che la tutela del consumatore è, oggi, divenuto un principio regolatore del mercato³²⁷.

Gli Autori che invece propongono un'interpretazione riduttiva dell'istituto tradizionale sono soliti richiamare la *ratio legis* della previsione normativa che, per tutelare adeguatamente il consumatore, dovrebbe soggiacere alle particolari regole che caratterizzano la "nullità di protezione" di cui all'art. 36 c. cons., ovvero la riserva di legittimazione in capo al solo contraente protetto, la necessaria parzialità della nullità che è limitata a singole clausole e non all'intero contratto, la sostituzione automatica della clausola nulla da parte delle altre disposizioni contenute nel codice del consumo stesso e, solo per alcuni, la possibilità di convalidare la clausola nulla³²⁸. A supporto di tale posizione si è altresì sottolineato come ad accomunare le ipotesi di nullità di protezione del consumatore deponga la circostanza che costituiscono tutte attuazione di direttive europee, fonte legislativa speciale che pone una nuova norma di ordine pubblico³²⁹.

Un'attenta dottrina ha, al riguardo, parlato di "protezione virtuale"; si è così distinto tra "protezione virtuale" e "nullità virtuale": se, da un lato, si è negata la

³²⁶ Cfr. DE CRISTOFARO, sub art. 143, *Commentario* cit., p. 999; ALBANESE, *op. loc. cit.*

³²⁷ BARBA, sub art. 143, in *Commentario Cuffaro* cit. 554 e MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti* cit., p. 698 e 700.

³²⁸ DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, p. 886; PETRELLA, sub art. 143, *Commentario* a cura di Stanzone Sciancalepore cit., p. 1079ss; LUCCHESI, sub art. 143, in *Commentario Vettori*, p. 1112; SACCOMANI, sub art. 143, in *Commentario Alpa e Rossi Carleo*, p. 844. Cfr. altresì GIROLAMI, *op. cit.*, p. 382 secondo la quale sarebbe infatti difficilmente ammissibile la legittimità del professionista a far valere la nullità di una pattuizione contrattuale.

³²⁹ Così PETRELLA, sub art. 143, in *Commentario al Codice del Consumo* a cura di Stanzone e Sciancalepore cit., p. 1080 e SACCOMANI, sub art. 143, *op. cit.*, p. 879. Giunge alla medesima conclusione D'AMICO il quale, distinguendo tra "protezione virtuale" e "nullità virtuale", nega la possibilità di comminare la nullità di protezione in via interpretativa nell'ipotesi in cui si sia in presenza di una norma imperativa a cui tuttavia il legislatore non abbia espressamente ricollegato la nullità ma al contempo sostiene l'ammissibilità di una "protezione virtuale", ovvero la configurabilità di una nullità "speciale" laddove il legislatore si sia limitato a sancire la nullità di una determinata clausola; D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti*, 2009, p. 732ss

possibilità di comminare la nullità di protezione in via interpretativa nell'ipotesi in cui si sia in presenza di una norma imperativa a cui tuttavia il legislatore non abbia espressamente ricollegato la nullità, viceversa, sarebbe pienamente ammissibile un'operazione interpretativa volta ad estendere in via analogica lo speciale regime cui la nullità di protezione soggiace laddove il legislatore si sia limitato a sancire la nullità di una determinata clausola³³⁰.

La dicotomia ora evidenziata riflette la più ampia scissione nella dottrina circa la unitarietà ovvero frammentarietà delle nullità nei rapporti di consumo: da una parte vi sono infatti coloro che sostengono l'impossibilità di individuare nelle nullità di protezione una categoria unitaria e suscettibile pertanto di essere regolata da una disciplina uniforme³³¹; dall'altro, all'opposto, vi sono gli Autori che hanno interpretato le diverse ipotesi di invalidità nei rapporti di consumo come l'espressione di una medesima "patologia" del negozio e, come tale, disciplinata da un identico regime.

È evidente come l'adesione all'uno o all'altro orientamento determini significative differenze per ciò che concerne l'operatività del rimedio caducatorio di cui all'art. 143 c. cons.³³²: nel primo caso infatti si tratterebbe di una nullità che può essere fatta valere da chiunque ed idonea ad incidere sull'intero contratto in ossequio al disposto di cui all'art. 1419 c.c.³³³. Nel secondo caso invece anche la nullità che colpisce l'atto o il patto di rinuncia vietato potrebbe essere fatta valere dal solo consumatore e rimarrebbe circoscritta alla pattuizione contraria a norme

³³⁰ D'AMICO, *Nullità virtuale* cit., p. 734ss.

³³¹ GENTILI, *La "nullità di protezione"* cit., p. 77ss. (anche se non si capisce per quale motivo l'Autore abbia declinato al singolare l'articolo: sarebbe stato più coerente con il pensiero dell'Autore il titolo "Le nullità di protezione"); M. MANTOVANI, *Le "nullità di protezione" nella tassonomia dei rimedi*, cit. 1641; PASSAGNOLI, *Nullità di protezione, passim*.

³³² Le considerazioni che si stanno svolgendo valgono altresì – limitatamente alle ipotesi di irrinunciabilità – per la nullità di cui all'art. 78 c. cons.

³³³ Posto che la nullità è finalizzata alla tutela di un interesse pubblico, dovrebbe concludersi che la limitazione alla legittimazione attiva è circoscritta alle ipotesi in cui questa è espressamente prevista (cfr. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 173 e G. DE CRISTOFARO, sub *art. 143*, cit., p. 1000), non potendosi "configurare ipotesi di nullità virtuale relativa" in mancanza di espressa previsione legislativa (così LA SPINA, *Destutturazione* cit., p. 66 ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici). Sostiene l'applicabilità della regola di cui all'art. 1419 c.c. ALBANESE, sub *art. 143* cit., p. 692 il quale specifica che la nullità non può estendersi all'intero contratto se la clausola nulla è sostituita di diritto da una norma imperativa. *Contra* G. DE CRISTOFARO, *op. loc. cit.*, il quale propende (pur riconducendo la nullità di cui all'art. 143 nell'alveo dell'art. 1418 c.c.) per l'applicabilità della regola contenuta nell'art. 6 della dir. 93/13/CE: il contratto rimane valido e le lacune del regolamento negoziale conseguenti alla nullità di singole clausole verranno colmate dall'applicazione delle disposizioni contenute nel c. cons.

imperative; inoltre, ove si volesse aderire a quella parte della dottrina che afferma la sanabilità della nullità, essa sarebbe suscettibile di convalida.

Un'ultima considerazione prima di proseguire l'indagine. Tranne rare eccezioni³³⁴, gli interpreti che si sono dedicati allo studio delle nuove nullità introdotte nel nostro ordinamento dal legislatore dell'Unione europea hanno tralasciato di considerare, nel tentativo di ricostruzione di uno statuto normativo suscettibile di trovare applicazione a tutte le ipotesi di nullità comminate nella legislazione speciale, quale fosse la corrispondente forma di "invalidità" sancita nella direttiva europea dal legislatore. Tale "approccio" ha legittimato così una ricostruzione eccessivamente arbitraria dei regimi applicabili alle distinte sanzioni comminate a livello europeo, che ha raggiunto alcune volte – come emerso dalle considerazioni appena svolte – il paradossale risultato di disciplinare in maniera differente identici precetti dettati dal legislatore di Bruxelles e, al contrario, assoggettare alla medesima disciplina norme "europee" tra loro diverse. Così, ad esempio, non si capisce per quale motivo il regime della nullità che colpisce i patti di rinuncia ai sensi dell'art. 143 c. cons. non possa essere considerato altresì alla luce della nullità "speciale" di cui all'art. 67 *octies decies* c. cons. che recepisce nel nostro ordinamento il medesimo precetto comunitario della irrinunciabilità.

Nel tentativo di *reductio ad unum* del regime dell' "invalidità europeo" si tenteranno, nel proseguo dell'indagine, di arginare le interpretazioni fornite dalla dottrina avulse dal contesto normativo europeo al fine di garantire una ricostruzione il più possibile coerente con le intenzioni del legislatore dell'Ue.

7. LA POSSIBILITÀ DI ESTENDERE IL REGIME NORMATIVO EUROPEO DELLA "NON VINCOLATIVITÀ" AGLI ATTI DISPOSITIVI DI DIRITTI "IRRINUNCIABILI" DEI CONSUMATORI

Alla luce di quanto fino ad ora esposto, è possibile affrontare, infine, il quesito centrale del presente lavoro, ovvero se sia possibile estendere alla nullità,

³³⁴ V. l'ampio contributo di G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali "di protezione" nel diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009, p. 180ss. e recentemente D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore)* cit., p. 977s.

che segue al negozio di rinuncia vietato, comminata dall'art. 143 c. cons.³³⁵, le regole che compongono il regime della nullità di protezione di cui all'art. 36 c. cons. che ha dato attuazione, nel nostro ordinamento, alla “non vincolatività” delle clausole abusive di cui all'art. 6 della dir. 93/13/CEE.

Al fine di fornire gli elementi necessari per rispondere all'interrogativo ora sollevato, posto che “è oggi impensabile poter cercare soluzioni guardando esclusivamente o essenzialmente al diritto interno”³³⁶, saranno esposti, *in primis*, gli argomenti di natura squisitamente europea per poi procedere a quelli di natura interna, dedicando altresì qualche breve considerazione alle esperienze degli altri Stati membri.

Una corretta ricostruzione del sistema delle nullità di cui al Codice del consumo non può che muovere, evidentemente, dalle indicazioni che in tal senso vengono fornite dal legislatore europeo e dal giudice di Lussemburgo, “padre”, il primo, e “interprete autentico”, il secondo, delle nuove forme di invalidità di cui sono oggi costellate le legislazioni nazionali.

Come si è cercato di evidenziare nei primi capitoli della presente tesi, l'impiego delle differenti espressioni “non vincolatività”, “irrinunciabilità” e “inderogabilità *in peius*” usate dal legislatore dell'Ue nelle direttive di tutela del consumatore non costituisce affatto il frutto di una determinata scelta di politica legislativa; all'opposto, il legislatore ha adoperato le espressioni richiamate – in maniera quasi casuale – ogni qual volta è stato necessario fornire agli Stati membri l'indicazioni del livello (minimo) di tutela indispensabile a proteggere la categoria ritenuta debole.

Insistendo sul dato normativo europeo, un'ulteriore e (a parere di chi scrive) determinante argomentazione è costituita dall'art. 25, rubricato “Carattere imperativo della direttiva”, della nuova direttiva sui diritti dei consumatori (dir. 2011/83/UE) che prescrive, al co. 1, che se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro, “i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle misure nazionali di recepimento della presente direttiva” e precisa poi, al

³³⁵ E, più in generale a tutte le previsioni che recepiscono nel nostro ordinamento il divieto di rinuncia e il divieto di deroga *in peius* ai diritti conferiti al consumatore dalle direttive europee di tutela del consumatore, a prescindere cioè dalle espressioni utilizzate dal legislatore italiano.

³³⁶ LA SPINA, *Destutturazione* cit., p. 6.

comma 2, che “eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore”.

Ora, pare proprio che le indicazioni contenute nell’art. 25 non rappresentino due regole separate ed eterogenee, ma costituiscano, al contrario, l’una il completamento dell’altra. Aderendo a siffatta lettura, la regola dettata dall’art. 25 andrebbe interpretata nel senso che il secondo comma specifica la conseguenza idonea a trovare applicazione nell’ipotesi in cui il consumatore sottoscriva atti unilaterali o accordi bilaterali che abbiano quale effetto quello di escludere o limitare – *id est*: rinunciare a – i diritti che gli sono conferiti dalla direttiva medesima.

Il legislatore europeo pare invero aver in questo modo voluto indicare una regola uniforme per ciò che concerne le conseguenze destinate a prodursi nell’ipotesi di violazione delle norme di ordine pubblico di protezione, attribuendo omogeneità e riducendo così a sistema le diverse espressioni da lui precedentemente utilizzate nelle direttive di settore.

Tale decisione si spiega, oltre che alla luce dell’esigenza di “rimuovere le incoerenze e colmare le lacune indesiderate nella normativa”³³⁷, anche in virtù dell’obiettivo di armonizzazione massima che, nello specifico, la nuova direttiva sui diritti dei consumatori, e, più in generale, il diritto dei consumatori si propone di raggiungere³³⁸: questo verrebbe infatti senz’altro frustrato ove gli Stati membri fossero lasciati liberi di far seguire ad una medesima pattuizione vietata conseguenze diverse³³⁹.

A sostegno di una risposta affermativa al quesito posto, depongono altresì le decisioni della Corte di giustizia in materia di rapporti di consumo, la quale ha applicato, *de plano*, le regole (dalla stessa enucleate in materia di non vincolatività delle clausole abusive) alle conseguenze che seguono alla violazione dei precetti

³³⁷ Cons. 2 della dir. 2011/83/UE.

³³⁸ Così Libro verde sulla protezione dei consumatori nell’Unione europea, del 2 ottobre 2001 [COM(2001)531].

³³⁹ Si pensi all’esito deterrente che svolgerebbe sulla protezione e sullo sviluppo del mercato interno la incertezza che seguirebbe alla soggezione, per alcuni consumatori, alle regole enucleate dalla Corte di giustizia in materia di non vincolatività (che rappresentano nullità “meno drammatiche ed irreversibili” di quelle tradizionali; così Roppo, *Il contratto del duemila*, cit., p. 28) e per altri, alle diverse e più severe regole di cui agli artt. 1418 c.c.

contenuti nei testi normativi europei che accolgono le diverse (?) formule della non derogabilità *in peius* e dell'irrinunciabilità ai diritti conferiti ai consumatori.

Allargando ora l'angolo di visuale, anche il confronto con le esperienze giuridiche degli altri Stati membri (ancora più importante ove si tenga in considerazione la poc'anzi richiamata aspirazione della normativa a tutela del consumatore di raggiungere un'armonizzazione massima) depone per la risposta affermativa al quesito posto. Nel terzo capitolo si è infatti dato atto di come i legislatori degli ordinamenti, che sono stati analizzati quale termine di paragone rispetto all'esperienza italiana, abbiano letto i differenti termini contemplati dalla legislazione giusconsumerista europea come espressione di un'unica forma di invalidità ed abbiano pertanto predisposto un'unica disciplina idonea a sanzionare tutti gli atti dispositivi con i quali il consumatore ponga in essere un atto contrario a norme di ordine pubblico di protezione³⁴⁰.

Volgendo, infine, lo sguardo all'esperienza nazionale, è indispensabile muovere dalla premessa – incontestabile – secondo la quale le scelte del legislatore (per ciò che concerne le diverse espressioni utilizzate) in sede di recepimento delle direttive dell'UE mancano totalmente di *ratio*, di talché nell'esposizione dei motivi in base ai quali affermare (o negare) l'unicità del sistema dell'invalidità nel Codice del consumo non potrà costituire una valida argomentazione l'identità o la divergenza delle espressioni utilizzate nella normativa di recepimento. Dovrà invece essere tenuta in considerazione la comune matrice europea della legislazione analizzata, la quale, costituendo l'attuazione nazionale dell'elevato livello di protezione voluto dal legislatore di Bruxelles, è permeata dalla medesima *ratio* di protezione³⁴¹.

Tra le prime considerazioni da svolgere, non si può non avvalorare la *sedes materiae* della legislazione in materia di rapporti di consumo. Sebbene spesso le applicazioni pratiche frustino gli obiettivi e le aspirazioni del legislatore, la circostanza che la normativa a tutela del consumatore sia stata raccolta in un "codice", testo normativo (tendenzialmente) autosufficiente e dotato di regole

³⁴⁰ Tale risultato, seppur raggiunto attraverso percorsi differenti, è ravvisabile tanto nell'esperienza tedesca, quanto in quella francese ed altresì nell'ordinamento spagnolo, per l'approfondimento delle quali si rinvia al cap. III.

³⁴¹ GIROLAMI, *op. cit.*, p. 327ss. e in particolare p. 333 e PASSAGNOLI, *Nullità speciali cit.*, p. 20.

autonome, idonee a trovare applicazione per tutti i rapporti di consumo, non può lasciare indifferente l'interprete.

Orbene, se il Codice del consumo è da ritenere un centro autonomo di norme “in grado di generare, attraverso il procedimento analogico, regole idonee a colmare le lacune determinate da un'applicazione letterale del suo stesso dettato”³⁴², è logica conseguenza che le norme di cui al codice civile debbano ritenersi “dotate di una funzione sussidiaria ... potendo venire in considerazione soltanto in funzione integrativa e suppletiva rispetto [a quelle del codice del consumo]”³⁴³. Se a tali considerazioni si aggiunge poi la riflessione secondo la quale la logica a cui ubbidisce il codice del consumo – che presuppone un tale squilibrio tra i contraenti da richiedere una speciale protezione per il contraente ritenuto debole – è totalmente diversa da quella cui sottostanno i rapporti regolati dal codice civile – che si fondano, al contrario, su un concetto di sostanziale uguaglianza tra i contraenti – pare logica conseguenza affermare che tutte le ipotesi di nullità comminate nel codice sottostiano alla medesima disciplina “speciale di protezione”, in quanto parrebbe essere solamente quest'ultima quella maggiormente aderente alla *ratio* protettiva della materia e, di conseguenza, la più idonea a proteggere il contraente debole.

Tuttavia, un ostacolo all'applicazione estensiva delle regole che compongono il regime della nullità di protezione di cui all'art. 36 c. cons. a tutte le ipotesi di nullità di cui al Codice del consumo che seguono alla violazione di norme di ordine pubblico di protezione, potrebbe essere costituito dal principio (vigente nel nostro ordinamento in materia di interpretazione della legge) in base al quale la regola speciale non è suscettibile di applicazione analogica: sarebbe pertanto inammissibile operare l'estensione in via analogica del regime – speciale – della nullità di protezione³⁴⁴. Tale affermazione omette tuttavia di considerare che le molteplici ipotesi di nullità, proprio per il loro proliferare, “non posso certamente essere considerate alla stregua di eccezioni in quanto rischierebbero di vanificare la

³⁴² Così, ADDIS, *Il “codice” del consumo*, cit., p. 882.

³⁴³ Così DE CRISTOFARO, *Le disposizioni “generali” e “finali” del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contratto e impresa Europa*, 2006, p. 63;

³⁴⁴ V., in luogo di molti, PASSAGNOLI, *Le nullità speciali* cit., p. 173.

regola”³⁴⁵, dovendosi, al contrario, ritenere che la nullità di protezione costituisca la “regola” nei rapporti di consumo.

Tale conclusione pare essere altresì avvalorata dalle parole della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, nel parere fornito allo schema di Codice del consumo nella seduta del 2004³⁴⁶: esponendo le ragioni per le quali l’espressione “inefficacia” utilizzata dall’art. 1469 *quinques* avrebbe dovuto essere letta (e modificata rispetto allo schema di Codice del consumo inizialmente predisposto) come “nullità”, ha affermato che tale soluzione “è in linea con la scelta generale operata dall’art. 136 del codice in esame [oggi art. 143] nel senso di sanzionare in termini di nullità ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice attributive di diritti al consumatore. La qualificazione in termini di nullità è in definitiva necessaria nell’ottica del coordinamento delle disposizioni vigenti e, soprattutto, allo scopo di assicurare un livello pieno ed effettivo di tutela del consumatore”. Le parole del Consiglio di Stato sembrano così sottintendere la necessità che, proprio al fine di garantire ai consumatori una tutela reale, la forma di invalidità che colpisce la clausola vessatoria sia la medesima rispetto a quella che segue alle pattuizioni in contrasto con il Codice del consumo, e ciò non solamente in termini generici di nullità, bensì anche con riferimento al regime cui tali sanzioni debbono sottostare.

Non pare, inoltre, costituire ragione sufficiente per sostenere che la nullità di cui all’art. 143 c. cons. segua le regole “tradizionali” dell’art. 1418 c.c., il rilievo secondo il quale l’art. 143 avrebbe ad oggetto atti di rinuncia di diritti indisponibili per il consumatore, mentre la nullità di protezione colpirebbe unicamente le clausole

³⁴⁵ Così, LA SPINA, *op. cit.*, p. 43 e nt. 102, la quale richiama l’insegnamento di Irti secondo il quale “anche la norma eccezionale rinvia ad un criterio o principio ispiratore” e ciò “spiega come il principio della norma eccezionale possa espandersi nel sistema, e improntare di sé la disciplina di uno o di più istituti: come cioè l’eccezione possa elevarsi a regola” (IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 98s). Nel caso in esame, l’esigenza di protezione che sottostà alla regolamentazione, europea e nazionale, dei rapporti di consumo e che è stata determinante per l’individuazione delle regole cui la nullità di protezione soggiace non può essere qualificata come *ratio* ispiratrice di una norma eccezionale, da contrapporsi alla disciplina generale della nullità di diritto comune. Al contrario, proprio il principio ispiratore “generale” della normativa giusconsumerista, il suo ambito di applicazione esteso a tutti i contratti *b2c* e la sua funzione (indiretta) di stimolo al mercato interno, elevano le regole dettate dalle direttive “di settore” a principi generali in materia di rapporti di consumo. In questo senso cfr. altresì SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, p. 151.

³⁴⁶ Parere della Sez. consultiva del Cons. di Stato, adunanza del 20 dicembre 2004, n. 11602, in *Foro it.*, 2005, III, c. 348ss.

che hanno ad oggetto diritti di cui il consumatore può disporre, in quanto sarebbe sufficiente una trattativa (che abbia i requisiti della serietà, individualità ed effettività) tra le parti per escludere l'operatività della disciplina sulle clausole vessatorie³⁴⁷. Il limite di tale rilievo sta nel fatto che in questo modo si omette di considerare che il co. 2 dell'art. 36 elenca determinate clausole che sono nulle "quantunque oggetto di trattativa"³⁴⁸; in tale ultima ipotesi pertanto al consumatore è totalmente sottratta la possibilità di disporre dei diritti che tali clausole sono volte a tutelare, equiparando – di fatto – la situazione così delineata con quanto previsto dall'art. 143. Né potrebbe far propendere per una diversa soluzione la circostanza che l'abusività delle clausole di cui alla lista nera potrebbe essere negata dal giudice, il quale non ravvisi nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista "un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto". Anche in questo caso infatti i presupposti di indisponibilità *ex ante* per il consumatore sono i medesimi di quelli di cui all'art. 143 c. cons. e sarebbe solo la presenza di un soggetto terzo ed imparziale, all'interno della cornice di garanzia che un processo assicura, a permettere al consumatore di disporre della situazione giuridica confluita nella clausola nulla, esattamente come con piena coincidenza così di quanto avviene nell'ipotesi di atti dispositivi *ex post* dei diritti indisponibili ai sensi e con gli effetti dell'art. 143 c. cons.

Quantunque la giurisprudenza nazionale, a differenza di quella europea, sul punto sia ancora scarsa, pare interessante richiamare, a chiosa di quanto esposto, la decisione della Cassazione, 8 febbraio 2012, n. 1875³⁴⁹, pronuncia che, benché interessante, si rivela per certi versi contraddittoria. La SC infatti, chiamata a pronunciarsi su una controversie concernente i contratti negoziati fuori dei locali commerciali relativi a strumenti finanziari, ha dovuto precisare il significato dell'inderogabilità del foro competente ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n. 206 del 2005.

³⁴⁷ Cfr. le osservazioni di DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore* cit., p. 267ss.

³⁴⁸ Si tratta della c.d. lista nera che commina la nullità delle clausole che, "quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto".

³⁴⁹ In *Foro it.*, 2012, I, c. 1426.

La Corte ha affermato che, in assenza di specifiche conseguenze nell'ipotesi di violazione dell'art. 63, la clausola di proroga della competenza³⁵⁰ soggiace alla sanzione della nullità di protezione di cui all'art. 36 c. cons., conferendo – di fatto e in accordo con quanto poc'anzi sostenuto – alla nullità di protezione il rango di “*norma generale*” nei rapporti di consumo³⁵¹.

Ciò che lascia però perplessi è la successiva affermazione della Corte secondo la quale l'art. 143 c. cons. “non viene ... in applicazione, giacché, a parte il rilievo circa l'ambito di relativa applicazione che appare limitato alla mera disciplina pattizia (sic!), in ogni caso inconfigurabile si appalesa invero la possibilità che risulti integrata una violazione dell'interesse generale alla tutela — anche — del mercato in conseguenza del non farsi valere la deroga in questione a svantaggio o contro l'interesse del consumatore”. La lettura offerta, che pare presupporre che la nullità di cui all'art. 143 c. cons., proprio perché suscettibile di trovare applicazione nelle sole ipotesi di violazione di interessi generali, debba sottostare alla tradizionale disciplina di cui agli artt. 1418 c.c., rischia tuttavia di limitare in maniera eccessiva l'operatività dell'articolo in esame, frustrando, da un lato, gli obiettivi di tutela del contraente debole e ponendosi, dall'altro, in netto contrasto con quanto sostenuto dagli interpreti del diritto a livello europeo e nazionale.

Alla luce delle considerazioni svolte, pare, in conclusione, potersi (*rectius*: doversi) concordare con coloro che ammettono l'applicabilità delle regole enunciate per la nullità di protezione di cui all'art. 36 a tutte le ipotesi di nullità comminate dal Codice del consumo.

Tale proposta interpretativa è infatti quella maggiormente aderente alla natura e alla *ratio* che il divieto di rinuncia (europeo) comprende; se infatti l'obiettivo del presente lavoro è quello di offrire una lettura del precetto dell'irrinunciabilità che consideri, da un lato, le indicazioni fornite dai testi normativi europei (così come interpretati dalla Corte di giustizia) e, dall'altro, le peculiarità delle esperienze nazionali, contrasterebbe con entrambi i termini di raffronto appena richiamati negare l'omogeneità della disciplina che segue alla violazione di norme di ordine pubblico di protezione. Siffatto diniego discorderebbe

³⁵⁰ Che non rientrava nell'ipotesi di clausola vessatoria *ex* lett. *u*) dell'art. 33c. cons.

³⁵¹ Così PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., p. 27.

inoltre con l'obiettivo di armonizzazione completa perseguito dalla politica europea di protezione dei consumatori, finalizzato alla rimozione dei limiti – di carattere giuridico – allo sviluppo del mercato interno e volto a garantire il medesimo livello di tutela nei rapporti di consumo.

Proprio per le ragioni esposte, non può essere condivisa la lettura di coloro che riconducono la nullità di cui all'art. 143 c. cons. nell'alveo della nullità tradizionale, in quanto tale interpretazione, eccessivamente legata al dato normativo nazionale, trascura di valutare il rapporto tra interessi protetti e rimedi alla luce degli obiettivi di tutela che la disciplina dei rapporti di consumo racchiude.

CONCLUSIONI

1. L'ART. 25 DELLA DIR. 2011/83/UE SUI DIRITTI DEI CONSUMATORI: IL NUOVO APPROCCIO DEL LEGISLATORE EUROPEO ALL'“IRRINUNCIABILITÀ” DEI DIRITTI CONFERITI AL CONTRAENTE DEBOLE

Il 25 ottobre 2011 il Parlamento europeo e il Consiglio UE hanno adottato la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori la quale modifica le direttive 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e la 99/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo ed abroga le dir. 85/577/CEE e 97/7/CE dedicate, rispettivamente, alla protezione dei consumatori nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e nei contratti a distanza.

Sebbene l'ambito di applicazione sia più ristretto rispetto a quello originariamente immaginato dalla Commissione³⁵², la direttiva riveste un ruolo di grande rilievo nella disciplina dei rapporti di consumo e, come si è correttamente sottolineato, costituisce “una tappa di importanza cruciale nell'evoluzione del diritto europeo dei contratti in generale e dei contratti dei consumatori in particolare”³⁵³, in quanto, da un lato, essa contiene una disciplina organica ed innovativa di molteplici aspetti dei diritti dei consumatori (si ricordano, ad es., la disciplina degli obblighi di informazione precontrattuale gravanti sul professionista o la regolamentazione del diritto di recesso del consumatore) e, dall'altro, rappresenta “un cruciale banco di prova” per il nuovo approccio di armonizzazione massima adottato dal legislatore europeo nella disciplina dei rapporti di consumo³⁵⁴.

³⁵² Cfr. la Proposta COM(2008) 614 definitivo, che si prefissava di abrogare tutte le quattro direttive di armonizzazione minimale appena richiamate.

³⁵³ In questo senso DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui “diritti dei consumatori: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto*, 2011, p. 34, così come la citazione successiva.

³⁵⁴ A tal proposito MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 862s. parla di “restyling generale della disciplina protettiva del consumatore”. Cfr. altresì RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2011, p. 754ss. Lo scopo della nuovo testo normativo è chiarito proprio nell'art. 1 della dir. del 2011 ai sensi del quale “la presente direttiva, tramite il conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori, intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno mediante l'armonizzazione di taluni aspetti delle disposizioni legislative,

Limitando le considerazioni ai profili che qui rilevano, uno degli aspetti che sono stati oggetto dell'opera di "riesame" delle istituzioni europee è costituito proprio dalla disciplina dell'irrinunciabilità dei diritti conferiti ai consumatori, la quale presenta profili di forte novità, tanto in ragione del suo contenuto precettivo quanto per la sua collocazione sistematica.

Come già ricordato, l'art. 25 della direttiva stabilisce che "se il diritto applicabile al contratto è quello di uno Stato membro, i consumatori non possono rinunciare ai diritti conferiti loro dalle misure nazionali di recepimento della presente direttiva. Eventuali clausole contrattuali che escludano o limitino, direttamente o indirettamente, i diritti derivanti dalla presente direttiva, non vincolano il consumatore".

Sotto il profilo contenutistico, ciò che contraddistingue l'art. 25 rispetto alle precedenti formulazioni utilizzate dal legislatore europeo (ogni qual volta vi fosse la necessità di limitare l'autonomia provata al fine di garantire la tutela del contraente debole) è la previsione – dopo l'enunciazione del divieto – della sanzione che segue alla violazione della regola. Il legislatore del 2011 non si è infatti limitato a circoscrivere gli spazi lasciati all'autonomia privata (mediante l'utilizzo delle consuete formule dell' "irrinunciabilità" e "inderogabilità in senso sfavorevole" ai diritti del consumatore) ma ha – per la prima volta – indicato qual è la sanzione da applicare ove tali limiti vengano superati.

Così, con l'art. 25 il legislatore europeo, dopo aver ribadito che la disciplina dei rapporti di consumo ha natura imperativa e che, pertanto, il consumatore non può liberamente disporre dei diritti che gli sono conferiti in virtù delle leggi nazionali di recepimento del testo europeo, completa il precetto, prescrivendo, al comma 2, che le clausole con le quali le parti escludono o limitano i diritti "non vincolano" il consumatore.

Il legislatore uniforma in tal modo le conseguenze destinate a prodursi nel caso in cui il consumatore (sia indotto a) rinunci(are) ai propri diritti, sia nella più grave ipotesi della rinuncia *in toto* (esclusione del diritto) sia nella più lieve ipotesi della deroga *in peius* (limitazione del diritto), prescrivendo che la sanzione che

regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti conclusi tra consumatori e professionisti".

colpisce l'atto dispositivo vietato è la medesima "non vincolatività" che colpisce le clausole abusive ai sensi dell'art. 6 della dir. 93/13/CEE³⁵⁵.

Prima di soffermare l'attenzione sulle conseguenze che la nuova formulazione dell'art. 25 è idonea a determinare, pare fondamentale richiamare la circostanza che questo è stato inserito nel Capo V della direttiva, dedicato alle "Disposizioni generali", ed è pertanto suscettibile di trovare applicazione in tutti i contratti *b2c* che soggiacciono alla direttiva³⁵⁶; ora, lungi dal voler conferire il valore di norma di carattere generale nei contratti *b2c* ad una regola che, per quanto completa e comune ad una molteplicità di rapporti di consumo, appartiene ad una direttiva settoriale e per questo limitata nel proprio ambito di applicazione, non può non avvalorarsi la circostanza che tale testo normativo costituisce il primo tentativo da parte del legislatore europeo di aggiornare, semplificare e revisionare i più rilevanti aspetti dei contratti conclusi tra un professionista e un consumatore.

Se, in generale, l'obiettivo della politica europea di protezione del consumatore è proprio quello di armonizzare il regime normativo dei contratti *b2c*, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e migliorare il funzionamento del mercato interno, pare necessario leggere, nello specifico, la scelta compiuta dal legislatore del 2011 alla luce del traguardo cui il diritto dei consumi mira; appare così probabile, pertanto, che tale disciplina avrà forza espansiva, costituendo il necessario termine di paragone per i successivi interventi ad opera del legislatore europeo e per le decisioni interpretative della Corte di giustizia.

³⁵⁵ Alla base di tale scelta pare potersi ravvisare, sebbene i lavori preparatori della direttiva tacciano sul punto, proprio la necessità di fornire agli operatori del diritto norme uniformi che siano coerenti con l'obiettivo di l'armonizzazione completa "di alcuni aspetti normativi chiave", tali da "aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti"; in questo modo sarebbe fornito ad entrambi i contraenti "un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori nell'Unione. Grazie ad una tale armonizzazione dovrebbe essere possibile eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme e completare il mercato interno in questo settore" (cons. 7 dir. 2011/83/UE).

³⁵⁶ La dir. 2011/83, sebbene abbia ad oggetto, principalmente, la disciplina dei contratti conclusi a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, contiene altresì disposizioni che attribuiscono diritti al consumatore per ciò che concerne le garanzie nella vendita dei beni di consumo e disposizioni che modificano la disciplina della dir. 93/13/CEE sulle clausole abusive..

1.1 (*segue*) VERSO UNA CATEGORIA UNITARIA DI INVALIDITÀ EUROPEA NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI?

A coloro che si dedicano allo studio del diritto europeo dei consumi non può certamente sfuggire la portata inedita e innovatrice dell'art. 25 appena analizzato.

Posto che la strada intrapresa dal legislatore di Bruxelles è proprio quella, in sintonia con l'obiettivo di armonizzazione massima, di creare una disciplina che sia il più possibile autonoma e completa e tale da perseguire gli obiettivi di impulso al mercato unico e tutela del consumatore, l'opzione dell'art. 25 pare essere chiaramente finalizzata a ridurre le incertezze applicative scaturite dalla (precedente) genericità dei precetti della irrinunciabilità e inderogabilità *in peius*.

L'intervento del legislatore pare così "ricondere a sistema" le diverse ipotesi di "invalidità europee di protezione" disseminate nelle direttive di settore; le espressioni "non vincolatività", "irrinunciabilità" e "inderogabilità in senso sfavorevole" dei diritti del consumatore non possono, oggi, essere più considerate come regole distinte ed autonome, insuscettibili di costituire un'unitaria categoria di invalidità negoziale³⁵⁷, ma devono, all'opposto, essere lette come espressioni della medesima invalidità e ricondotte, pertanto, alla stessa disciplina normativa.

Tale lettura, già prospettata dalla dottrina, è oggi imposta dalla scelta del legislatore europeo del 2011, il quale ha riformato il sistema europeo delle invalidità di protezione assai più profondamente di quanto non appaia a prima vista. Benché infatti i termini ed i concetti utilizzati siano familiari alla materia dei rapporti di consumo, il contenuto precettivo dell'art. 25 – annullando le differenze tra le conseguenze che seguono all'introduzione di una clausola abusiva e di una pattuizione che contenga un atto dispositivo vietato – è tale che il suo recepimento da parte (di alcuni) degli ordinamenti interni (che deve avvenire entro il mese di dicembre del 2013) richiederà un profondo rinnovamento delle discipline nazionali attualmente vigenti.

Soffermandosi, seppur brevemente, sull'esperienza domestica, non può non auspicarsi che, così come l'adozione della direttiva europea è stata l'occasione per "aggiornare le norme applicabili, rimuovere le incoerenze e colmare le lacune

³⁵⁷ Cfr., *ex multis*, DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali "di protezione" nel diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009, p. 210ss.

indesiderate nella normativa” (cons. 2) dei rapporti di consumo Ue, l’adozione di un d.lgs. che attui nel nostro ordinamento tale disciplina dia al legislatore italiano l’opportunità di portare a compimento l’opera di riordino e armonizzazione della normativa in materia di rapporti di consumo iniziata nel 2005 e, per molti aspetti, rimasta incompiuta.

È fondamentale infatti che il legislatore, colta la portata innovativa dell’art. 25, argini – seppur parzialmente – il dibattito che si è sviluppato in materia di nullità di protezione nei rapporti di consumo e renda uniformi le regole suscettibili di operare ogni qual volta venga comminata nel Codice del consumo un nullità (parziale) necessaria di protezione del contraente debole³⁵⁸.

Alla luce delle incongruenze evidenziate, pare così potersi auspicare un intervento del legislatore diretto all’abrogazione delle (inutili) duplicazioni del precetto dell’irrinunciabilità contenute negli artt. 67 *octies decies* e 78 e alla contestuale integrazione dell’art. 143 c. cons. ove commina la nullità della pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice. Sarebbe opportuno infatti che, per uniformare la sanzione che segue all’atto di rinuncia vietato *ex art.* 143 c. cons. con quanto prescritto in materia di clausole vessatorie ai sensi degli art. 33 ss. c. cons., al primo comma dell’art. 143 c. cons. fosse aggiunto l’inciso “La nullità opera solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata dal giudice”³⁵⁹.

Solo in questo modo potrebbe ritenersi correttamente recepita la nuova direttiva sui diritti dei consumatori.

A chiosa delle considerazioni svolte, non pare avventata un’ultima osservazione in ordine ad una più efficace protezione del contraente debole. Come più volte sottolineato, al fine di garantire un’adeguata tutela del consumatore è necessario affiancare, alle regole dettate sul piano sostanziale, una reale (possibilità

³⁵⁸ Esulano, ovviamente, dalle considerazioni che si stanno svolgendo le ipotesi di nullità dell’intero contratto comminate dal Codice del consumo in ossequio ai principi generali del nostro ordinamento (così, ad es., la nullità del contratto di *timesharing* immobiliare per mancanza di forma *ex art.* 72)

³⁵⁹ Sarebbe altresì auspicabile che il legislatore intervenisse, tanto sull’art. 36 quanto sull’art. 143 c. cons., per sancire – espressamente - la legittimazione relativa dell’azione volta a far valere la nullità di protezione (così come ha testualmente previsto agli artt. 67 *septies decies* e 134 c. cons.).

Allo stesso modo sarebbe opportuno che il legislatore intervenisse modificando l’art. 124 c. cons. che prevede la nullità della clausola preventiva di esonero della responsabilità in materia di vendita di beni di consumo: anche in tale ipotesi sarebbe confacente ricondurre la generica indicazione del rimedio caducatorio nell’alveo della nullità di protezione (si ricorda che l’art. 7 della dir. 99/44/CE cui l’art. 124 dà attuazione commina la “non vincolatività” della clausola di esclusione della garanzia precedente alla notifica del difetto di conformità).

di) tutela sul piano processuale; tale aspetto è stato oggetto di molteplici interventi della Corte di giustizia che, come si è visto, hanno inciso sui principi (di diritto sostanziale e processuale) tradizionali degli Stati membri.

Alla luce delle indicazioni di carattere processuale desumibili dalle pronunce della Corte di giustizia e in un'ottica di riordino e sistemazione della materia giusconsumerista, non pare avventato interrogarsi, a conclusione del lavoro svolto, circa l'opportunità di un intervento legislativo volto ad istituire, per le rinunce realizzate in un rapporto di consumo, un meccanismo corrispondente a quello previsto dal comma 4 dell'art. 2113c.c. in materia di "rinunzie e transazioni" del lavoratore. Non possono, invero, trascurarsi le analogie tra la disciplina giuslavorista e quella dei rapporti di consumo, entrambe caratterizzate da una strutturale asimmetria tra le parti, a cui tenta di porre rimedio l'intervento del legislatore mediante l'attribuzione del carattere dell'inderogabilità alla norma di legge.

Proprio in materia di rinuncia, è evidente come l'indisponibilità di cui sono permeati i rapporti di consumo ricalchi, con le opportune differenziazioni, la disciplina delle rinunzie e delle transazioni che hanno per oggetto i diritti del lavoratore di cui all'art. 2113 c.c.³⁶⁰. In particolare, parrebbe prospettabile (almeno a parere di chi scrive) la creazione di regole che, così come avviene – nel diritto del lavoro – per le conciliazioni avvenute avanti al giudice *ex art.* 185 c.p.c. oppure per quelle che possono avvenire innanzi alla commissione di conciliazione presso la direzione provinciale del lavoro o in sede sindacale *ex artt.* 410ss c.p.c., precludano – nei rapporti di consumo – l'operatività del divieto di rinuncia ove sia garantito l'intervento di soggetti, terzi e imparziali, esterni al rapporto contrattuale, la cui funzione è quella di ricondurre ad equilibrio il rapporto contrattuale (così, ad es., per le transazioni di cui all'art. 141 c. cons.).

In conclusione, il diritto dei consumi ha conosciuto, negli ultimi anni, una tumultuosa trasformazione ed evoluzione: tale processo appare, ad oggi, ancora lontano dal suo compimento. È tuttavia doveroso segnalare come il legislatore

³⁶⁰ Si pensi, ad esempio, alla legittimazione relativa del solo contraente protetto o alla natura parziale della nullità. Più in generale cfr. il contributo di LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 219, la quale riconduce le nullità lavoristiche nell'alveo della nullità di protezione (in particolare p. 227ss.)

europeo, a partire dall'approvazione nel 2007 del Libro verde recante “Revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori”, abbia iniziato a considerare la materia non più in maniera estemporanea (approvando cioè provvedimenti isolati e frammentari), ma stia cercando di dare unitarietà alla disciplina, mediante – anche – la previsioni di regole di carattere generale. E proprio dell’attuazione e dello sviluppo di tali previsioni generali si deve ora prendere carico il legislatore nazionale, che, in ossequio al principio europeo di leale cooperazione, dovrà adottare tutti i provvedimenti necessari al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione in materia di tutela dei consumatori.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di Tommasini, Torino, 2007;
- AA.VV., *BGB Kommentar* a cura di Schulze, Dörner, Ebert, Hoeren, Kemper, Saenger, Schreivber, Schulte-Nölke, Staudenger, Baden Baden 2012;
- AA.VV., *Codice del consumo. Commentario* a cura di Vettori, Padova, 2007;
- AA.VV., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009;
- AA.VV., *Codice ipertestuale del consumo*, a cura di Franzoni, Torino, 2008;
- AA.VV., *Commentario al Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Barenghi e Barba, Milano, 2008;
- AA.VV., *Commentario al Codice del consumo* a cura di Cuffaro, Milano 2006;
- AA.VV., *Commentario al Codice del consumo*, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005;
- AA.VV., *Commentario al codice del consumo*, a cura di Stanzione e Sciancalepore, Milano, 2006;
- AA.VV., *Commentario al d.Lg. 6 settembre 2005, n.206. Codice del consumo*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Cendon, Milano, 2010;
- AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010;
- AA.VV., *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, diretto da Cámara Lapuente, Madrid, 2011;
- AA.VV., *Derecho (privado) de los consumidores*, a cura di Miranda Serrano e Pagador López, Madrid, 2012;
- AA.VV., *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, diretto da Jochen Albiez Dohrmann e coordinato da Palazòn Garrido e Méndez Serrano, Barcelona, 2011;
- AA.VV., *I contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo*, a cura di Cesaro, Padova, 2007;

- AA.VV., *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, in *Trattato di diritto dell'Unione Europea* diretto da Ajani e Benacchio, Torino, 2009;
- AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011;
- AA.VV., *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzione e Musio, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, Torino, 2009;
- AA.VV., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2003;
- AA.VV., *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino 2009;
- AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011;
- AA.VV., *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch (Allgemeiner Teil)*, München, 2012;
- AA.VV., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, a cura di A. Gambino, Torino, 2011;
- AA.VV., *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, a cura di Gebauer e Wiedmann, Stuttgart, 2010;
- ADDIS, *Il "codice del consumo", il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 872;
- AHRENS, sub par. 134, in *BGB Kommentar* a cura di Prütting, Wegen e Weinreich, Neuwied 2006;
- ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli 2003;
- ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, p. 241;
- AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Rivista di diritto privato*, 2005 p. 294;
- ANCERY – WISSINK, *ECJ 4 June 2009, Pannon GSM Zrt. v. Ersébet Sustikné Gyorfí*, in *European review of Private Law*, 2010, p. 307;
- BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, vol. III, *Obbligazioni*, t. 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009;
- BASEDOW, sub par. 306, in *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch (par. 241 – 432)*, München, 2007;

- BÈNABENT, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2010;
- BIANCA, *Il contratto*, vol. 3, Milano, 2002;
- BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, p. 483;
- BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *R. d. priv.*, 2004, p. 861 ss.;
- BOZZI A., *Rinuncia (dir. pubblico e privato)*, in *Novissimo Digesto it.*, Torino, 1968, p. 1140;
- BOZZI L., *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008;
- BROX/WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, München, 2010;
- BRUTTI, *Invalidità (storia)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990;
- BUGANI, *La nullità del contratto*, Padova, 1990;
- BÜLOW/ARTY, *Verbraucherprivatrecht*, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2011;
- BÜLOW/ARTZ, *Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2000, 2049;
- BÜNDENBENDER, sub par. 477, in *BGB Kommentar* a cura di Dauner-Lieb e Langen, Baden Baden 2012;
- BUSNELLI, *La faticosa evoluzione tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. diritto civile*, 2009, I, p. 296;
- CALEO, *Finalità, ambito applicativo e obblighi informativi nella dir. 2008/122/CE in materia di contratti di multiproprietà*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, p. 833;
- CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 2005;
- CALVO, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006;
- CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2009, p. 41ss.
- CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 703;

- CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di De Cristofaro, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003;
- CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 447ss.;
- CASSANO, *Condizioni generali di contratto e tutela del consumatore nell'era di Internet*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, p. 5;
- CASTELLANETA, *Il giudice interno può annullare d'ufficio il contratto se è mancata l'informazione sul diritto di recesso*, in *Guida al Diritto*, 2010, p. 104;
- CASTRONOVO, *Verso un codice civile europeo: i principi di diritto europeo dei contratti*, in *Vita notarile*, 2004, I, p. 18;
- CATAUDELLA, *Il concetto di nullità del contratto e il suo permanente vigore*, in *AAVv, Studi in onore di N. Lipari*, Milano 2008, p. 407;
- CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Gior. dir. lav.*, 2008, p. 341;
- CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interesse delle parti*, in *Rivista dir. civ.*, 1991, p.229;
- CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 411;
- CIAN M., *Noterelle sparse su conclusione del contratto per via telematica e d. lgs. n. 70 del 2003*, in *Corr. giuridico*, 2005, p. 861;
- COLACINO, *Le forme negoziali nel nuovo diritto dei contratti: le c.d. forme di protezione*, in *Studium iuris*, 2010, p. 253;
- COMBET, *L'obligation d'information du droit de rétractation du professionnel et la protection du consommateur : la Cour de justice n'en ferait-elle pas trop?*, in *Revue Lamy droits des affaires*, 2010, p. 60;
- CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 941;
- CONTI, *C'era una volta...il giudicato*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 170;
- CONTI, *Il diritto di recesso tra "contratti porta a porta" e "credito al consumo": un'importante sentenza della corte UE*, in *Corr. giuridico*, 2002, p. 869;
- CONTI, *Vendita c.d. porta a porta. la Corte di Giustizia prosegue il percorso tracciato dal caso Heininger*, in *Corr. giuridico*, 2006, p. 481;

- COPPOLA, *La rinunzia ai diritti futuri*, Milano, 2005;
- COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vielle notion neuve*, in *Études Jacques Flour*, Paris Répertoire du notariat Defrénois 1979;
- COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Paris, 1972;
- CRESCIMANNO, *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra Code de la consommation e Code civil*, in *Europa e diritto privato*, 2008, p. 483;
- CRISCUOLO, *La nullità del contratto, tra ordine pubblico e disponibilità del diritto*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993;
- D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "Massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusive e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 22;
- D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova 2008;
- D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli articoli 817, comma 2 e 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arbitrato*, 2006, p. 673;
- D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità (virtuale) di protezione*, in *Contratti*, 2012, p. 977;
- D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I Contratti*, 2012, p. 977;
- D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I contratti*, 2009, p. 732 ss.;
- D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996;
- D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, p. 321;
- DE CRISTOFARO G., *"Codice del Consumo": un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2005, p. 1137;
- DE CRISTOFARO G., *I "principi" del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, 2009;

DE CRISTOFARO G., *La direttiva 2001/83/UE sui “diritti dei consumatori”: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in *Annuario del contratto*, 2011, p. 30;

DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina del “contratti di credito dei consumatori” e la riforma del t.u. bancario: prime considerazioni*, in *I Contratti*, 2010, p. 1041;

DE CRISTOFARO G., *Le disposizioni «generali» e «finali» del codice del consumo: profili problematici*, in *Contratto e impresa Europa*, 2006, p. 43;

DE CRISTOFARO G., *Le invalidità negoziali di protezione nel diritto comunitario dei contratti*, in *Studi in onore di Cian*, t. I, 2010, p. 667;

DE CRISTOFARO, *L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, p. 667;

DE GIORGI, *Principi, acquis e altro*, in *Europa e dir. privato*, 2008, p. 649;

DE LEÒN ARCE, *Derechos de los consumidores y usuarios*, coordinato da De Leòn Arce e García García, Valencia, 2007;

DE NOVA, *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Rivista diritto privato*, 2007, p. 463;

DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011;

DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002;

DEPINCE, *Arrêt Martin Martin: Le juge national peut soulever d'office les mesures protectrices du consommateur en matière de démarchage*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, p. 383;

DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, a cura di Di Majo, Ferri e Franzoni, Torino, 2002;

DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Rivista diritto privato*, 2005, p. 837;

DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008;

DI NELLA, *L’inderogabilità in peius delle norme applicabili ai contratti dei consumatori*, in *I “principi” del diritto comunitario dei contratti*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009;

- FARNETI, *Convinzioni (incrollabili?) della Cassazione in materia di clausole sul "ius variandi"*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 126;
- FARNETI, *La vessatorietà delle clausole principali nei contratti del consumatore*, Padova, 2009;
- FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008;
- FERRI, *Il c.d. recupero del negozio invalido*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1986 fasc. 1-4, p. 1;
- FINESSI, *La nuova disciplina del contratto di multiproprietà*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2012, p. 501;
- FULDA, *Abgabe eines Widerrufsverzichts bei Haustürkauf* in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, p. 1460;
- GALGANO, *Della nullità del contratto*, in *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1998;
- GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Paris, 2006
- GENTILI, *"La nullità di protezione"*, in *Europa e diritto priv.*, 2011, p. 77;
- GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *I Contratti*, 2006, p. 159;
- GENTILI, *I concetti nel dir. priv. europeo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p.778
- GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto? in Il codice civile europeo, Materiale dei seminari 1999-2000*, a cura di Alpa e Buccico, Milano, 2001;
- GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di GABRIELLI, in *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Torino 2006, p. 1407;
- GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 200 ss.;
- GIACOBBE, voce *Convalida*, in *Enc. del diritto*, X, Milano, 1962;
- GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Il Corriere giuridico*, 1999, p. 602;
- GIORGIANI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e Germania*, Milano, 2009;
- GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008;

- GIUSSANI, *Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 2010, p. 235;
- GORASSINI, *L'istituto codicistico della «nullità del contratto» e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 199;
- GRANELLI, *Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 731;
- GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005;
- GRISI, *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999;
- GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, parte 1, p. 365;
- GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011;
- HARMATHY, *The Impact of the Practice of European Court of Justice on the Civil and Commercial law of the Member States of the European Union*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 429;
- HEINIG, *Die AGB-Kontrolle von Gerichtsstandsklauseln – zum Urteil Pannon des EuGH*, in *Europäische Zeitschrift fuer Wirtschaftsrecht*, 2009, p. 885;
- IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 541;
- JIMÉNEZ HORWITZ, *La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección*, in *Anuario de derecho civil*, 2007, p. 513;
- KÖTZ, *La invalidità dei contratti per contrarietà alla legge e al buon costume. Appunti di diritto comparato*, in *Riv. crit. diritto privato*, 1995, p. 675;
- KRÄMER/MÜLLER, sub *par. 511*, in *BGB Kommentar* a cura di Dauner-Lieb e Langen, Baden Baden 2012;
- KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputés non écrites*, *Recueil Dalloz*, 1993, n. 59;
- LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012;
- LAGARDE, *Le juge peut relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du Code de la consommation*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 25 février 2009;
- LARENZ – WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2004;

LEHMAN – DE FRANCESCHI, *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. diritto civile*, 2012, p. 419;

LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p.1;

LOPEZ SANCHEZ, *La tutela del consumatore in Spagna*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1986, p. 960;

LUBY, *À propos des sanctions de la violation de l'ordre public*, in *Contrats, concurrence, consummation*, 2001, p. 4;

MACARIO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa, Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato. Atti del Convegno di Siena del 22-24 settembre 2004*, a cura di SIRENA, Milano 2006, p. 277 ss.;

MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992;

MACIOCE, voce *Rinuncia*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989;

MALAURIE, AYNÈS E STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 2007, p. 214;

MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Paris, 1953;

MANTOVANI M., *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995;

MANTOVANI M., *Le “nullità di protezione” nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Cian*, t. II, 2010, p. 1619;

MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, a cura di Gentili, vol. IV del *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano 2006, p. 170;

MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012;

MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 601;

MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. e diritto privato*, 2011, p. 861;

MICKLITZ – REICH, *Cronica de una muerte anunciada: the Commission proposal for a “directive on consumer rights”*, in *Common market law review*, 2009, p. 471;

MILANESI, *Le pronunce Pannon ed Eva Martin Martin sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, II, p. 801;

- MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2010;
- MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in AA.VV., *Studi in onore di C.M. Bianca*, Milano 2006, p. 579;
- MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contratto e impr.*, 2006, p. 215;
- MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995;
- MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel codice del consumo e la nullità dei patti*, in *I Contratti*, 2007, p. 697 e in AA.VV., *Studi in onore di Marco Comporti*, a cura di Pagliantini, Quadri e Sinesio, Milano 2008, p. 1813 ss.;
- MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 174;
- MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *I Contratti*, 2009, p. 1119;
- MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.* 2002, p. 685;
- MOSCARINI, voce *Rinunzia. Diritto civile*, in *Enciclopedia giur. Treccani*, Roma, 1991;
- NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in AA.VV., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano 2008, p. 233;
- OLAF WERNER, sub par. 5 HWiG in *Kommentar zu BGB mit Einführungsgesetz und nebensgesetz*, a cura di Staudinger, Berlin, 2001;
- ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: "contratti del consumatore" e condizioni generali*, in *Riv. critica del diritto privato*, 1996, p. 501;
- ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbl. e contratti*, 2009, p. 345;
- ORLANDO, *The use of Unfair contractual terms as an Unfair Commercial Practice*, in *European review of Private Law*, 2011, p. 25;
- PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007;
- PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, II, p. 292;

- PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012;
- PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *I Contratti*, 2009, p. 1040;
- PALLARO, *Note a margine di alcune recenti sentenze della Corte di giustizia su tutela dei consumatori e applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati*, in *Diritto comunitario degli scambi internazionali*, 2003, p. 35;
- PALMIERI, *Transazione e rapporti etero determinati*, Milano, 2000;
- PASSAGNOLI, *Le nullità di protezione*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. Ruscello, vol. I, Napoli 2008, p. 627 ss.;
- PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e Mercato*, 2011, p. 24;
- PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995;
- PATTI F.P., *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, in *Contratti*, 2011, p. 113;
- PEÑA LOPEZ, sub art. 10, in *Comentarios del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinato da Bercovitz Rodriguez-Cano, Cizur Menor, 2011;
- PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del contratto nullo*, in *Studi in Onore di Giorgio Cian*, vol. II, Padova, 2010, p. 1910;
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. dir. privato*, 2001, p. 223;
- PFEIFFER, *Prüfung missbräuchlicher Klauseln von Amts wegen (Gerichtsstand) – Günstigkeitsprinzip nach Wahl des Verbrauchers*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, p. 2367;
- PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano 2003;
- POILLOT, *Panorama – Droit de la Consommation*, in *Recueil Dalloz*, 2011, p. 983;
- POISSONIER, *La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur*, in *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2312;
- POISSONIER, *Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2009, p. 10;

- POISSONIER, *Office du juge en droit de la consommation: une clarification bienvenue*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1285;
- POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001;
- POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019;
- POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931;
- PRISCO, *Il rilievo d'ufficio della nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rassegna di diritto civile*, 2010, p. 1227;
- PUTTI, *La nullità parziale – Diritto interno e comunitario*, Napoli 2002;
- PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto civile, Trattato* diretto da Lipari e Rescigno, Vol. III (*Obbligazioni*), Tomo II (*Il contratto in generale*), Milano 2009, p. 898;
- QUADRI R., *Le c.d. “nullità protettive”*, in AA.VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, Torino 2003, p. 413 ss.
- RABITTI, *Contratto illecito e norma penale: contributo allo studio della nullità*, Milano 2000;
- RASCHEL, *Pouvoir de relever d'office la violation des dispositions du Code de la Consommation*, in *Procédures*, 2009, 84
- RAYMOND, *Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n. 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, in *Contrats, concurrence, consommation*, 2008, f. 3, n. 3, p. 8
- REICH, *More Clarity after “Claro”?*, *European Review of Contract Law*, 2007, p. 41;
- REMY-CORLAV, *L'influence du droit communautaire sur l'office du juge*, in *Revue trimestrielle droit civil*, 2009, p. 684;
- RING, sub *par. 312i*, in *BGB KOMMENTAR* a cura di Dauner-Lieb e Langen, Baden Baden 2012;
- RIZZO, *Le “clausole abusive” nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994;
- RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2011, p. 754;

ROMEO, *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla proceduralizzazione dell'informazione*, in *Resp. civile*, 2012, p. 173;

ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005;

ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da IUDICA - ZATTI, Milano, 2001;

ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. privato*, 2007, p. 669;

ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giuridico*, 2009, p. 267;

RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 585;

RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli 2008;

RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-en-Provence, 2002;

SACCO, *Le invalidità*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004;

SACCO, *Modèles français et modèles allemands dans le droit civil italien*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1976, p. 225;

SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *R. d. civ.*, 2005, I, p. 45.;

SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011;

SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 849 ss.;

SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, in *European Review of Private La.*, 2010, p. 847;

SCIANCELEPORE, *Situazioni giuridiche disponibili e rinuncia. Le esperienze italiana, francese e spagnola*, Torino, 2008;

SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 835;

SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Digesto civile*, IV ed., Torino, 1998;

- SIEMS, *Die neue Verbraucherkreditrichtlinie und ihre Folgen*, in *EuZW*, 2008, p. 454;
- SMITS, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 5;
- SONNENBERG, *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco*, Padova, 1991;
- SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012;
- TERRÈ, SILMER e LEQUETTE, in *Droit des obligations*, Parigi, 2002, n. 391 e GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, la formation di contrat*, Parigi, 1992, n. 750;
- TINTO, *Il potere del giudice di rilevazione della nullità di protezione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 581;
- TOMMASINI, voce “Invalidità (dir. priv)”, in *Enc. diritto*, XXII, Milano, 1978;
- TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l’opera della Corte di giustizia*, in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 361;
- TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Gior., dir. lav.*, 2008, p. 421;
- VALLE, *L’inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004;
- VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell’Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e impresa Europa*, 2011, p. 1366;
- VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell’evoluzione del sistema, I, Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004;
- VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto: profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova 2004;
- VETTORI, *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di NAVARRETTA, Milano 2008, p. 393;
- VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993;
- VILLA, *Le invalidità fra modello tradizionale e nuove discipline*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di Macario e Miletto, Milano 2006, p. 413 ss.;

WAGNER, *Zwingendes Privatrecht – Eine Anlzse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, in *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 2010, p. 243;

WENDEHORST, sub *par. 312f* , in *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetbuch (par. 241 – 432)*, München, 2007;

WENDEHORST, sub *par. 5 FernAbsG*, in *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetbuch*, München, 2001;

ZENO-ZENCOVICH – PAGLIETTI, *Globalizzazione, delocalizzazione, europeizzazione: riflessi sul processo dei consumatori*, in www.judicium.it;

ZORZI, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Padova, 2012.