

L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo

Giovanni D'Amico

SOMMARIO: 1. L'integrazione del contratto nella sistematica tradizionale. Integrazione suppletiva e integrazione cogente. – 2. Il “nuovo diritto dei contratti” e il profilarsi di una nullità per deroga abusiva al diritto dispositivo. A) Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. – 3. Le alternative di integrazione del contratto, prospettabili in astratto a seguito della dichiarazione di nullità di una clausola vessatoria (in part. in ipotesi di deroga abusiva al diritto dispositivo). – 4. Le sentenze della Corte di giustizia *Banco Español* (2012) e *Asbeek Brusse* (2013). L'esclusione della soluzione della integrazione giudiziale. – 5. (*Segue*). L'integrazione a mezzo del diritto dispositivo; sua ammissibilità. Significato e differenze rispetto alla tradizionale «integrazione cogente». – 6. B) L'integrazione “cogente” del contratto nei rapporti contrattuali tra imprese: la normativa sui ritardi di pagamento.

1. L'integrazione del contratto nella sistematica tradizionale. Integrazione suppletiva e integrazione cogente

Il tema dell'integrazione costituisce da sempre uno degli snodi centrali del diritto contrattuale. Ciò era vero in passato, come testimoniano le accese polemiche sorte all'epoca dell'entrata in vigore del codice civile del 1942 proprio intorno ad alcune disposizioni che riguardavano l'integrazione del contratto¹; ha continuato ad esser vero allorché, a partire dalla

¹ Il riferimento è in particolare alla discussione intorno all'art. 1339 c.c., animata – all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942 – da scritti fortemente polemi- ci, come quelli di RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 ss. (che arrivava a chiedere esplicitamente l'abrogazione della norma), e di STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Padova, 1961, XII-XIII.

seconda metà degli anni Sessanta del secolo scorso, la dottrina ha cominciato per un verso ad affrontare in termini sistematici il problema della costruzione del regolamento contrattuale (e delle “fonti” da cui trarre le regole per tale costruzione)², e, sotto altro profilo, ad avviare una riflessione circa il rapporto tra diritto dispositivo e autonomia contrattuale³; infine, e arrivando all’attualità, si conferma anche nel «nuovo diritto dei contratti»⁴, quale si è andato definendo (negli ultimi venticinque anni) sotto la spinta delle regolamentazioni di derivazione comunitaria e con riferimento soprattutto (anche se non esclusivamente) al modello dei «contratti del consumatore»⁵.

Sul dibattito di quegli anni cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967 (rist. 1970), p. 32 ss., e *passim*.

² Il riferimento è, soprattutto, al volume di RODOTÀ (cit. nella nota precedente), al quale si deve il tentativo organico di porre le premesse concettuali per una ricostruzione idonea a “conciliare” integrazione legale e autonomia privata (senza sminuire «il profondo significato innovatore – o eversivo – dell’art. 1339»).

³ Cfr. AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Atti della Tavola Rotonda svoltasi a Catania il 17-18 maggio 1969, Milano, 1970 (ed *ivi*, in part., le Relazioni di FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, di DI MAJO GIAQUINTO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, e di RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*).

⁴ L’espressione «nuovo diritto dei contratti» è ormai passata dal linguaggio della dottrina (v. ad es. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 37 ss., 38, ove si richiama in proposito la famosa distinzione di Kuhn tra periodi di «ricerca normale», durante i quali la scienza rimane all’interno di “paradigmi” noti e si occupa di svilupparne le implicazioni, e periodi di «ricerca straordinaria», nel corso dei quali gli studiosi mirano a «sostituire un paradigma tradizionale con uno nuovo»; nonché DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti. Note sulla contrattazione diseguale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, saggio che riproduce l’Intervento di apertura al Convegno svoltosi a Crotona il 24-26 maggio 2001 proprio sul tema «*Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive*», i cui Atti sono stati pubblicati, a cura dello stesso Di Marzio, da Giuffrè, Milano, 2004; cfr. altresì, per l’uso della formula, PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, ora anche in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 475 ss., e, prima ancora, VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, ed *ivi*, in part. p. 827 ss., e MACARIO, *I diritti oltre la legge. Principi e regole del nuovo diritto dei contratti*, in *Dem. e dir.*, 1997, p. 149 ss.) a quello della giurisprudenza (si veda, da ultimo, Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, p. 96 della motivazione).

⁵ Cfr., senza alcuna pretesa di esaustività dell’indicazione, i contributi di VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina*

È diffusa, in materia di integrazione contrattuale⁶, una distinzione tra due forme in cui si esprimerebbe il fenomeno in esame, l'integrazione c.d. *suppletiva*⁷ e l'integrazione *cogente*: distinzione peraltro – si deve

dei ritardi di pagamento, Padova, 2004, di D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, *passim*, e di FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008.

Anche le sintetiche riflessioni formulate nel presente scritto si incentrano, in maniera particolare, sul modo in cui il problema dell'integrazione contrattuale si pone nel «nuovo diritto dei contratti». Esse riguarderanno sia la materia dei contratti con i consumatori, con riferimento specialmente al tema delle conseguenze della dichiarazione di nullità delle clausole vessatorie (lo spunto – come vedremo – è fornito da alcune recenti pronunce della Corte di giustizia UE), sia la materia dei contratti tra imprese (o, se si preferisce, tra “professionisti”), con riferimento specialmente alla disciplina (di recente “aggiornata”) dei ritardi di pagamento.

⁶ In tema di integrazione del contratto, tra i contributi più recenti (ma senza dimenticare, a parte quelli già citati, contributi più risalenti, ma ancora importanti: ad es. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1974, rist.; e GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970) cfr. almeno: FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 3 ss.; SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II², Torino, 2006; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008; CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, p. 389 ss.

⁷ L'integrazione c.d. *suppletiva* (così chiamata, in quanto volta a “supplire” a *lacune* che il regolamento contrattuale presenti, in conseguenza della “incompletezza” delle determinazioni convenzionali) può realizzarsi in due *modi* (cfr. ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 457 ss.): direttamente, ad opera di predeterminate e specifiche previsioni normative (*integrazione suppletiva legale*), oppure attraverso la “concretizzazione” che il giudice dia a “criteri” che l'ordinamento indica in via generale, quali “fonti” di possibili “regole integrative”, che non sono predeterminate nel loro contenuto, ma devono essere appunto “individuate” dal giudice alla luce delle circostanze del caso concreto (si pensi all'*equità*, espressamente indicata dall'art. 1374 c.c. quale fonte di integrazione sussidiaria del regolamento contrattuale, in mancanza di norme di legge o di usi; e si pensi altresì alla *buona fede*, almeno per chi accolga l'opinione secondo la quale anche il “criterio” della buona fede si porrebbe come fonte di regole integrative, di matrice naturalmente giudiziale, in quanto ricompreso nella fonte integrativa “legale”, richiamata nel cit., art. 1374 c.c.: sul punto cfr. anche la nota seguente) (*integrazione suppletiva giudiziale*).

avvertire subito – che sembra essa stessa essere messa in discussione dai più recenti sviluppi che il tema dell'integrazione registra, sia sul versante della elaborazione dottrinale, sia su quello della prassi applicativa delle corti.

E, invero, si riteneva tradizionalmente che, mentre l'integrazione *suppletiva* (il riferimento è qui, in particolare, all'integrazione “legale”, tralasciando per il momento l'integrazione *suppletiva* che si attua per via *giudiziale*)⁸ si realizza *attraverso il diritto detto appunto dispositi-*

⁸ È opportuno evidenziare che, secondo l'opinione tradizionale, l'*integrazione giudiziale* (realizzata attraverso l'*equità* richiamata dall'art. 1374 c.c., o anche – almeno secondo l'opinione di alcuni – attraverso la clausola generale della *buona fede* di cui all'art. 1375 c.c.: v. subito *infra*, in questa nota), può svolgere soltanto una funzione *suppletiva* (sul presupposto, oltre tutto, dell'assenza di una disciplina legale – come, a propositivo specificamente dell'*equità*, chiarisce l'art. 1374 c.c.), non anche una funzione *correttiva*, la quale è espressamente riconosciuta solo alla fonte (di integrazione) *legale*, e, anzi, più esattamente alle sole norme di legge *imperative* (si vedrà più avanti, comunque, come tutti questi assunti siano oggi messi in discussione nel dibattito più recente).

Con riferimento alla *buona fede*, peraltro, controversa è la stessa possibilità di considerare tale clausola generale come una fonte di integrazione (anche solo) *suppletiva* del contratto. Nonostante l'opinione ormai prevalente si pronunci in senso affermativo (per tutti cfr. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 209 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da Bessone, XII, t. IV**, Torino, 2004, p. 33 ss.; UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 109 ss.), permangono infatti non pochi motivi di perplessità (richiamati – ad es. – nella recente analisi di FEDERICO, *op. cit.*, p. 85 ss.; ma si vedano anche, almeno: NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, p. 17 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv./Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 170 ss.; e M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 155 ss.), e comunque una irrisolta “ambiguità” della prospettazione della tesi oggi dominante.

Intanto, va segnalata una prima “singolarità”, costituita dal fatto che la ricomprensione della buona fede tra le fonti di integrazione (*suppletiva*) del contratto si fonderebbe (secondo l'opinione prevalente) sulla previsione dell'art. 1375 c.c. in combinato disposto con l'art. 1374 c.c. Ciò porterebbe a classificare la b.f. come una fonte *legale* di integrazione del contratto; al contempo, tuttavia, la natura di clausola generale della buona fede induce a collocare senz'altro questa figura tra le fonti di integrazione *giudiziale* del contratto (al pari dell'*equità*, che nessuno considera una fonte “legale” sol perché menzionata nell'art. 1374 c.c. o in qualche altra norma dell'ordinamento).

Ma, al di là di questo rilievo, non può non evidenziarsi come l'idea di una buona fede come «fonte di obblighi autonomi», benché costituisca opinione ormai quasi

vo/suppletivo⁹, il fenomeno della integrazione *cogente* riguarda invece

incontestata, non riesca ad essere del tutto persuasiva, e in ogni caso viene prospettata in modo ambiguo. Se è vero, infatti, che il criterio della buona fede (di cui all'art. 1375 c.c.) riguarda *l'esecuzione del contratto* – ossia la attuazione/realizzazione del regolamento negoziale, non la determinazione del suo contenuto (che si presuppone già avvenuta) – sembrerebbe che esso sia preposto a mitigare/“correggere” le conseguenze dello *strictum ius*, cui i contraenti (o uno di essi) dovessero appellarsi pretendendo di esercitare i diritti e/o di adempiere gli obblighi scaturenti dal contratto in maniera formalistica e pedissequa, e senza tenere in considerazione la realizzazione dell'interesse dell'altra parte (per lo meno sino al punto in cui questa realizzazione non richieda un apprezzabile sacrificio da parte del soggetto del cui comportamento si tratti). Il che – si ripete – dovrebbe significare che *la buona fede incide sulle modalità attuative di obblighi preesistenti* (quali risultano dall'accordo delle parti – che, oltre tutto, si suppone già interpretato alla luce del medesimo criterio di buona fede, in base all'art. 1366 c.c. – e quali risultano altresì dalle prescrizioni di legge, che quell'accordo completano), e non è deputata invece ad “integrare” il contratto (e gli effetti che da questo discendono) attraverso la creazione di *nuovi ed autonomi obblighi*, volti a colmare ipotetiche (e residue) “lacune” (originarie) dello stesso (ma v., in senso contrario, da ultimo, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010 I, p. 85 ss., seguita da Cass. 21 giugno 2011, n. 13583, in *www.diritto-in-rete.com*; pronunce che non solo affermano che la buona fede è una fonte di integrazione “suppletiva” del contratto, ma altresì che essa consente al giudice di «interventire anche in senso modificativo ... sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto»).

È bensì vero che quando il giudice qualifica come contrario a buona fede un determinato comportamento (del debitore nell'adempimento dell'obbligazione, o del creditore nell'esercizio del suo diritto di credito), egli presuppone un *diverso contegno* (che sarebbe stato, viceversa, conforme a lealtà e correttezza, e dunque *dovuto in base al canone di buona fede nell'esecuzione del contratto*), ma questo *diverso contegno* non dà vita (contrariamente a quanto induce – ambigualmente – a far credere l'idea di una «buona fede integrativa») ad obblighi “nuovi”, che già non gravassero sulle parti (si vedano comunque i rilievi sul punto, di D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 37), bensì soltanto *esplicita* (o, se si preferisce, “concretizza”) *modalità di adempimento delle obbligazioni e/o di esercizio dei diritti scaturenti dal contratto*, che non potrebbero essere (e non avrebbe senso che fossero) individuate in astratto ed *ex ante* dal legislatore, e che sono perciò “compendiate” nella direttiva “generale” (di comportamento) della “buona fede”.

Così dicendo non si sminuisce il ruolo e l'importanza della buona fede come strumento di “governo” dell'esecuzione del contratto; si evita, tuttavia, la prospettazione (eccessiva) di un potere giudiziale di *determinazione* (insieme alla fonte volontaria e a quella legale) del regolamento negoziale.

In definitiva, risultano ancor oggi pienamente condivisibili le affermazioni di una dottrina autorevolissima, che così riassumeva il ruolo della buona fede nel nostro or-

(solo) le norme “imperative”, e in particolare le norme aventi funzione “conformativa”¹⁰.

dinamento: «(...) La clausola della correttezza e buona fede si concreta in obblighi autonomi ordinati alla protezione dell'interesse di ciascun contraente a preservare la propria persona e i propri beni dai danni prodotti da comportamenti scorretti (sleali o neglienti) dell'altra, sia nella fase delle trattative e della formazione del contratto ... sia nella fase dell'esecuzione del contratto, del cui contenuto essi entrano a far parte come *obblighi accessori* (obblighi di correttezza, corrispondenti alle *Schutzpflichten* della dottrina tedesca). *In ordine invece alle prestazioni dedotte in contratto in funzione degli interessi perseguiti dalle parti, la buona fede secondo l'insegnamento corrente fondato su un argomento a contrario dalla lettera dell'art. 1374 c.c., non è fonte di integrazione del regolamento negoziale, ma soltanto un criterio ermeneutico di esplicitazione di doveri o condizioni impliciti nel contenuto dell'accordo (art. 1366 c.c.) oppure un criterio di determinazione delle modalità esecutive e quindi di valutazione dell'esattezza dell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)*» (così MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, I, pp. 2, 9; c.vo aggiunto).

⁹ La doppia qualifica serve ad indicare la (duplice) caratteristica delle norme di cui si compone tale diritto: ossia quella di essere derogabili dall'autonomia privata (che dunque mantiene una competenza a disporre della materia *de qua*), e quella di supplire alla medesima autonomia privata, qualora i contraenti non abbiano esercitato la facoltà di deroga loro attribuita (lasciando “vuota” questa parte del regolamento contrattuale).

¹⁰ Cfr. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 472, il quale distingue (ma si tratta di distinzione alquanto diffusa e risalente) – nell'ambito delle norme “imperative” – quelle aventi una funzione “*meramente proibitiva*”, alla cui violazione consegue la caducazione dell'intero contratto (sì che non si pone più alcun problema di “integrazione”), dalle norme con funzione “*conformativa*”, differenziando ulteriormente *queste ultime* a seconda che esse realizzino l’“integrazione” del contratto (che, in ipotesi, rimane in vita, determinando la violazione della norma imperativa una nullità solo “parziale”) *in modo indiretto* ovvero *in modo diretto*.

In particolare, secondo la dottrina in esame, l'integrazione (cogente/)⁹ “conformativa” avverrebbe *in modo indiretto* quando «la norma vieta un determinato contenuto contrattuale, senza che venga in gioco un contenuto alternativo» (in tal caso – aggiunge l'a. – «la norma rende nulla la clausola, e la cancella senz'altro dal regolamento senza sostituirla con un'altra regola che disciplini diversamente il punto toccato dalla clausola vietata bensì semplicemente *restituisce spazio al regime legale* che le parti avrebbero voluto disattendere»), mentre essa si realizzerebbe *in modo diretto* quando la norma imperativa conforma il regolamento contrattuale «non con la semplice cancellazione della clausola, bensì modificando la clausola stessa nei suoi contenuti».

Quest'ultima distinzione non è nitidissima (anche nelle esemplificazioni che vengono suggerite per illustrarla), e non sembra del tutto persuasiva laddove attribuisce carattere “conformativo” (in senso stretto) anche all'ipotesi in cui non si verifichi la

Più in dettaglio, l'integrazione cogente – connessa alla presenza di una norma imperativa “conformativa”¹¹ – può realizzarsi in due modi (arg. ex artt. 1339 e 1419 c.c.). Può darsi, anzitutto, che la norma “imperativa” – non derogabile dall'autonomia privata – venga osservata dai contraenti, che *si astengono* pertanto dal dettare una regola convenzionale¹²; e in tal caso c'è un fenomeno di integrazione *legale* (nella forma, specificamente, della *inserzione* automatica di clausole: v. art. 1339 c.c., ma anche art. 1374 c.c.), non dissimile da quello che si realizza (come poc'anzi abbiamo ricordato) attraverso l'inserimento (*in via suppletiva*) nel rapporto contrattuale delle regole del diritto dispositivo *non derogate* dalle parti (sebbene, in astratto, derogabili).

Ma può anche darsi che le parti non rinuncino a regolare la materia oggetto di disciplina cogente, e che il regolamento convenzionale da esse formulato *contrasti* con disciplina legale, e sia pertanto *nullo* (in ipotesi, solo *parzialmente*). È questo il caso in cui è percepibile *con maggiore evidenza* il funzionamento del meccanismo della «integrazione cogente». Purché si sia in presenza di una norma imperativa “conformativa” (e, quindi – come sopra ricordato – di una norma imperativa che non si limiti semplicemente a “proibire” un dato contenuto contrattuale, ma

“sostituzione” della clausola nulla con un diverso contenuto “imposto” dalla legge (v. anche *infra*, quanto chiariamo alla nota 14).

¹¹ Come già accennato, *secondo l'impostazione tradizionale*, l'integrazione “cogente” (o – come anche la si potrebbe, forse più efficacemente, chiamare – “*correttiva*”, in quanto si tratta di una integrazione del contratto con *regole che sostituiscono pattizioni convenzionali difformi*, come tali dichiarate nulle) può realizzarsi solo attraverso norme imperative. Non, dunque, attraverso il diritto dispositivo (la cui deroga, per definizione, non dà luogo ad un fenomeno di invalidità, e dunque *non pone* un problema di integrazione), e, tanto meno, attraverso *fonti di integrazione giudiziale* (ossia l'equità, e – almeno secondo alcuni – la buona fede), le quali potrebbero svolgere solo una funzione di integrazione *suppletiva*.

Su quest'ultimo punto (ossia, sul tema della *integrazione giudiziale correttiva*) si vedano anche le considerazioni che svolgiamo *infra*, alla fine del par. 4.

¹² O, al più, inseriscono nel contratto una previsione che *riproduce* il contenuto della regola legale.

Si noti che talora l'inderogabilità della norma è soltanto *relativa* (nel senso che il precetto è posto a tutela dell'interesse di uno solo dei contraenti), sicché la norma “imperativa” non può essere derogata in senso sfavorevole al contraente protetto, ma ammette una deroga *in melius*.

contenga anche l'indicazione di un contenuto al quale il contratto *si deve conformare*), la nullità della clausola¹³ apre le porte alla "integrazione" della lacuna contrattuale (determinatasi a seguito della invalidazione della clausola "illecita") mediante la regola legale (è il fenomeno della *sostituzione* automatica di clausole, di cui all'art. 1339 c.c.)¹⁴.

Orbene, secondo l'impostazione tradizionale (che si sta qui riassumendo) il meccanismo dell'integrazione "cogente" (intesa come integrazione che "impone" la regola legale *anche in presenza di una diversa volontà dei contraenti*) poteva realizzarsi solo quando la norma "deroga-

¹³ Tanto nell'ipotesi in cui la prescrizione imperativa riguardi un elemento "essenziale" del contratto (segnatamente, l'*oggetto*; si pensi a norme che regolino in maniera cogente la misura del corrispettivo contrattuale, come avviene – in forme varie – nel caso di prezzi c.d. "imposti", "amministrati", "regolati", ecc.), quanto se essa riguardi aspetti del rapporto che non incidono su un *essentiale negotii* (es.: norme che fissano *regole di responsabilità* non derogabili a carico di un contraente, norme che attribuiscono un diritto irrinunciabile di *recesso* dal contratto, ecc.).

¹⁴ In coerenza con il significato di «norma conformativa» sopra richiamato, proponiamo di riservare la nozione di "conformazione", nel senso stretto e rigoroso del termine, per indicare esclusivamente il fenomeno in cui si realizzi l'*inserimento* nel regolamento contrattuale della norma legale cogente (eventualmente anche *in sostituzione* della clausola convenzionale difforme).

Non ci sembra invece che possa parlarsi (in senso proprio) di (conformazione ed) "integrazione" del contratto con riferimento ad una *mera caducazione* delle clausole nulle: per l'affermazione secondo cui può aversi anche una «integrazione per sottrazione», oltre che *per addizione*, v. invece PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, pp. 406 ss., 408 e nota 11; e cfr. anche D'ADDA, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in BELLAVISTA e PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 374, il quale a sua volta indulge ad un uso non meno generico del concetto di «correzione del contratto», come quando scrive che «nel sistema è andata maturando ... la tendenza a vedere nella nullità *uno strumento che garantisce la correzione del contratto*», riferendosi tuttavia – come emerge dal contesto da cui è tratta la citazione – alla *tendenza alla conservazione del contratto* nonostante la nullità di singole sue clausole, conservazione che però, di per sé, può avvenire anche senza alcuna "integrazione" della lacuna così determinatasi, e dunque senza alcuna "correzione" – nel significato pregnante del termine – del contratto; più avanti – p. 376 i.a. – l'A. parla, anziché di "correzione", di un più generico «*adattamento* del regolamento negoziale» che si realizzerebbe attraverso la neutralizzazione della regola di cui all'art. 1419¹ c.c., e la conseguente sopravvivenza del contratto).

ta” fosse una norma imperativa (sì che la “deroga” fosse qualificabile, propriamente, come una “violazione” della norma, come tale *disapprovata* dall’ordinamento).

Viceversa un tale fenomeno non era nemmeno prospettabile in presenza di una “deroga” al diritto dispositivo, essendo quest’ultimo – per definizione – un diritto *derogabile dall’autonomia privata*, di modo che l’ipotesi di dover “sostituire” con regole legali “dispositive” clausole convenzionali che avessero portato deroga a dette regole *non era neanche logicamente configurabile*, proprio perché inconfigurabile appariva *in limine* il presupposto necessario per ipotizzare l’operare del meccanismo sostitutivo, ossia il determinarsi di una *lacuna successiva*, conseguente alla dichiarazione di *nullità* di una o più clausole contrattuali.

2. Il “nuovo diritto dei contratti” e il profilarsi di una nullità per deroga abusiva al diritto dispositivo. A) Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori

Il discorso cambia nel momento in cui si comincia a delineare la possibilità che anche la deroga al diritto dispositivo possa portare alla nullità.

Il tema viene sollevato – tra la fine degli anni Sessanta e l’inizio degli anni Settanta del secolo scorso – allorché una parte della dottrina pose il problema di costruire una tutela *sostanziale* (e non meramente *formale*, come era quella assicurata – attraverso il meccanismo della *doppia sottoscrizione* – dalla disciplina del comma 2 dell’art. 1341 c.c.) del “contraente debole” (secondo l’espressione allora in voga) di fronte al fenomeno della deroga sistematica al diritto dispositivo attuata dalle imprese mediante l’utilizzo di condizioni generali di contratto, e proposte di considerare (in certi casi) nulle le c.g.c. (ancorché specificamente approvate per iscritto), reputando la loro inserzione nel contratto come in contrasto con l’ordine pubblico (economico)¹⁵.

¹⁵ V. *retro*, la nota 3.

Da un punto di vista tecnico, la affermata possibilità di dichiarare nulle le c.g.c. (ancorché “legittimate” dalla esistenza di una specifica approvazione per iscritto, come richiesto dal comma 2 dell’art. 1341 c.c.) non passava (né sarebbe potuta passare) attraverso il comma 1 dell’art. 1418 c.c. (nullità virtuale), mancando qui il presuppo-

Ma – fatte salve queste coraggiose (e, se si vuole, ardite) elaborazioni, che non riuscirono comunque ad affermarsi – è solo con l'introduzione anche nel nostro ordinamento (a seguito del recepimento della direttiva 93/13/CEE) della tutela “sostanziale” del consumatore contro le *clausole vessatorie*, che il problema dell'integrazione contrattuale *cogente* (anche) *attraverso il diritto dispositivo* acquisisce evidenza problematica, e assume anzi via via sempre maggiore rilievo (sul piano pratico, oltre che su quello teorico).

Il punto merita di essere analizzato, svolgendo qualche ulteriore notazione.

E la prima osservazione che appare necessario fare è che proprio la (apparentemente singolare) possibilità che la nullità consegua alla deroga/ violazione di norme appartenenti al diritto “dispositivo” (quali sono, di per sé, le norme derogate attraverso c.g.c.)¹⁶ costituisce, forse, la novità più interessante (sul piano dogmatico) della nuova disciplina delle clausole vessatorie, posto che in precedenza la nullità era invece collegata (come già detto) al fenomeno della violazione *esclusivamente* di «norme imperative».

La spiegazione di questa (apparente) “stranezza” è individuabile abbastanza agevolmente¹⁷.

La “derogabilità” incondizionata del diritto dispositivo sussiste solo se la deroga è bilaterale (art. 1322 c.c. «*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto ...*»)¹⁸. Quando invece – come

sto fondamentale della contrarietà «a norma *imperativa*», ma veniva variamente costruita, per lo più configurando la deroga *sistemica* al diritto dispositivo come ipotesi di contrarietà *all'ordine pubblico*.

¹⁶ Il che, naturalmente, vale quando esista una disciplina legale cui le c.g.c. portano deroga (disciplina che, appunto, non potrà che essere una disciplina “dispositiva”, perché se si trattasse di una disciplina “cogente”, la deroga ad essa sarebbe in partenza esclusa, e ciò precluderebbe la possibilità stessa di instaurare un giudizio di vessatorietà della clausola).

Non può escludersi, peraltro, che la regolamentazione realizzata attraverso le c.g.c. intervenga su profili che *non sono stati* previsti e regolati (specificamente) dal legislatore (v. anche *infra* nel testo).

¹⁷ Riassumiamo qui di seguito quanto più ampiamente illustrato in D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, pp. 625 ss., spec. 646 ss. (saggio riprodotto anche in questo volume: v. 1 ss.).

¹⁸ Principio che è ribadito dalla stessa disciplina delle clausole vessatorie, che sot-

avviene nel caso dei contratti stipulati mediante il ricorso a condizioni generali di contratto – la determinazione del contenuto contrattuale è (sostanzialmente) unilaterale, la derogabilità del diritto dispositivo cessa di essere incondizionata, e viene subordinata alla “condizione” (per essere precisi, si tratta di un elemento richiesto per la validità) che la deroga stessa non determini a sfavore del consumatore un significativo squilibrio (contrario a buona fede) nella regolamentazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal contratto¹⁹. Detto altrimenti: il diritto dispositivo continua ad essere un diritto “derogabile” (*anche per decisione unilaterale*), ma solo sino al punto in cui la deroga non comporti una (notevole) alterazione di quell’equilibrata composizione degli interessi dei contraenti (in vista, in particolare, della tutela del contraente debole), che – nei contratti con i consumatori – viene in tal modo assunta come esigenza comunque da soddisfare (se pure in una misura che potrebbe non rivelarsi particolarmente elevata, considerato che – come appena detto – non un qualsiasi squilibrio prodotto dall’inserzione della clausola, ma solo uno squilibrio che appaia “significativo”, e dunque di una certa consistenza, legittima la dichiarazione di nullità).

La formula del «significativo squilibrio» (contrario a buona fede) lascia naturalmente un ampio margine di valutazione all’interprete, anche se il lungo elenco (esemplificativo) di clausole di cui il legislatore presume (*iuris tantum*) la vessatorietà (inserito nell’art. 33, comma 2, cod. cons.), circoscrive alquanto la discrezionalità giudiziaria, destinata cionondimeno a riespandersi in presenza – nell’elenco suddetto – di espressioni [descrittive del contenuto di tali clausole] alquanto indeterminate, quali quelle ad es. in cui si parla di clausole che hanno per oggetto o per effetto di consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato «senza un *ragionevole preavviso*», oppure di stabilire un «termine *eccessivamente anticipato* rispetto alla scadenza del contratto

trae al giudizio di abusività (e, comunque, esclude la nullità di) quelle clausole *che abbiano formato oggetto di trattativa individuale*, e la cui presenza nel contratto costituisca dunque il risultato di una scelta “bilaterale” dei contraenti.

¹⁹ Parlano di un «giudizio di meritevolezza, e come tale di legittimità assiologia della deroga, ammessa purché non confligga con valori inderogabili», BENEDETTI e GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, I, 1077 ss., 1080 e nota 9 (dove si discorre altresì di una «derogabilità funzionalmente orientata»).

per comunicare la disdetta», oppure ancora di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è «*eccessivamente elevato* rispetto a quello originariamente convenuto»; e così via)²⁰.

Non sempre, in corrispondenza di una clausola suscettibile di essere qualificata come “vessatoria” (facciamo qui riferimento in particolare all’elenco di clausole già richiamato) è dato individuare una regola dispositiva/ suppletiva²¹ (sebbene una simile regola si possa – almeno in alcuni casi – costruire *a contrario* proprio attraverso la descrizione che il legislatore fornisce del contenuto di clausole che egli indica come presuntivamente vessatorie²²).

²⁰ È bene precisare (per quanto ovvia possa apparire la precisazione) che quando il giudice – in sede di giudizio sulla vessatorietà di una clausola – perviene alla conclusione che un termine di recesso (fissato dalle parti) è “*ragionevole*”, oppure che il termine (sempre fissato dalle parti) per comunicare la disdetta non è “*eccessivamente anticipato*”, oppure ancora che il margine entro il quale il professionista può variare il prezzo finale senza che il consumatore possa recedere dal contratto non è “*eccessivamente elevato*”, non si verifica nessuna “integrazione” contrattuale: né legale né giudiziale. Infatti in questo caso opererà senz’altro la regola “*convenzionale*” (sia pure a seguito di un vaglio, conclusosi con esito positivo, circa la sua “non vessatorietà”).

Come diciamo nel testo, il problema della integrazione si pone invece quando la clausola convenzionale venga riconosciuta come vessatoria, e quindi dichiarata nulla.

²¹ Cfr. anche PAGLIANTINI, *L’integrazione del contratto*, cit., 413, ove si legge che «non sempre una clausola abusiva è tale perché in deroga al diritto dispositivo». L’affermazione è corretta, e si spiega col fatto che l’*abuso* che determina la nullità delle clausole vessatorie riguarda l’*esercizio del potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale*, regolamento che non è composto soltanto da clausole che derogano a norme legali (dispositive), ma comprende più in generale tutte le clausole destinate a disciplinare convenzionalmente il rapporto tra le parti.

²² Come diciamo nel testo, questo è possibile solo in alcuni casi. In altri casi, invece, dalla descrizione della clausola considerata presuntivamente come “vessatoria” non è dato ricavare *a contrario* un contenuto che possa ascrivere al diritto “dispositivo” (e del quale la clausola costituisca deroga): ad es., la lett. *f*) dell’art. 33, cod. cons. presume come vessatoria la clausola che preveda una penale «di importo manifestamente eccessivo», ma è evidente che da questa regola non si può ricavare che appartenga al diritto “dispositivo” la *previsione di una penale* (ovviamente: di importo *non eccessivo*); oppure, la lett. *g* considera vessatoria la clausola che riconosca al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, ma è evidente che da questa regola non si può ricavare che appartenga al diritto dispositivo la facoltà di recesso per entrambi i contraenti; e così via.

Ma quando una regola “dispositiva” vi sia, e la nullità della clausola dipenda dalla deroga abusiva ad essa, sorge il problema – sconosciuto al diritto tradizionale dei contratti (che non prevedeva il fenomeno della nullità per deroga abusiva al diritto dispositivo) – se l’integrazione della lacuna contrattuale (determinatasi in base alla caducazione della clausola) possa avvenire a mezzo della norma dispositiva indebitamente derogata, e, inoltre, se questa forma di integrazione (legale) sia *esclusiva*, se invece siano ipotizzabili anche altri meccanismi di integrazione (in particolare meccanismi di integrazione *giudiziale*).

3. *Le alternative di integrazione del contratto, prospettabili in astratto a seguito della dichiarazione di nullità di una clausola vessatoria (in part. in ipotesi di deroga abusiva al diritto dispositivo)*

Cominciando dall’ultimo dei quesiti enunciati alla fine del paragrafo precedente, e allo scopo di esemplificare le diverse alternative che (in astratto) possono porsi a seguito della dichiarazione di nullità di una clausola per vessatorietà, si consideri la seguente ipotesi.

Si supponga che la clausola dichiarata vessatoria riguardi la individuazione del termine entro il quale debba effettuarsi una dichiarazione di “disdetta” (cfr. art. 33, comma 2, lett. *i*), cod. cons., che presume la vessatorietà di una clausola che stabilisca «un termine *eccessivamente anticipato* rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o la rinnovazione»).

Si supponga, ancora, che esista una regola legale dispositiva che fissi questo termine in sei mesi (salva la possibilità delle parti di convenire un termine maggiore), e che nel contratto il medesimo termine sia stato concretamente stabilito in diciotto mesi (su una durata contrattuale complessiva – poniamo – di cinque anni).

Si ipotizzi, infine, che il giudice ritenga *eccessivamente anticipato* (e, pertanto, vessatorio) il termine di diciotto mesi, fissato dai contraenti.

Quale sarà la conseguenza della dichiarata nullità della clausola giudicata come vessatoria?²³. Dovrà ritenersi che la disdetta possa – a que-

²³ Le possibili alternative sono – in via generale – enunciate con chiarezza da D’ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*,

sto punto – essere data *in qualsiasi momento* (purché, ovviamente, prima della scadenza del contratto)?²⁴. O che essa dovrà essere data entro il termine stabilito (in via dispositiva) dalla legge, ossia (almeno) sei mesi prima della scadenza? Oppure il giudice considererà (= *potrà considerare*) anche la possibilità di “conservare” la clausola, “riducendo” ad es. a dodici mesi²⁵ il termine fissato dalle parti?

Prescindendo dai “condizionamenti” che la scelta tra le soluzioni in questione potrebbe subire in relazione alle concrete circostanze che possono caratterizzare il singolo caso da decidere²⁶, si può provare ad

2013, pp. 16 ss., 23, laddove si legge: “(...) Insomma, si tratta di intendere quali siano gli effetti della “disapplicazione” della clausola abusiva: se se ne dia la mera caducazione ovvero si determini l’integrazione della lacuna mediante il ricorso alla disciplina dispositiva abusivamente derogata, ovvero ad altra regola di costruzione giudiziale».

²⁴ È bene precisare che questa prima alternativa (espunzione *sic et simpliciter* della clausola nulla) non costituisce – propriamente – una “integrazione” del contratto (almeno nell’esempio che prendiamo in considerazione).

PAGLIANTINI, *L’integrazione del contratto*, cit., 407 (riferendosi specificamente, alla sentenza della Corte di giustizia *Banco español de Crédito*, sulla quale ci soffermeremo più avanti, e che riguardava una clausola determinativa del tasso degli interessi moratori, in misura eccessiva e largamente superiore al tasso di interesse legale) afferma, perentoriamente, che «una nuda espunzione, questo in realtà l’equivoco nel quale incorre la Corte, non esiste. Quando infatti il legislatore, come nel caso dell’art.1815, c. 2 c.c., sancisce che nulla è dovuto, in realtà un’integrazione opera: epperò per il tramite di norme imperative di sostituzione speciale, alternative alle regole di una integrazione ex art. 1374 c.»; e, per una osservazione analoga, v. già D’ADDA, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., p. 27 e nota 20).

Senonché l’affermazione, per quanto possa forse considerarsi esatta con riferimento all’esempio a cui viene specificamente riferita, rischia di essere fuorviante qualora pretenda di essere generalizzata (come P. sembrerebbe ritenere possibile). Se nel caso degli interessi usurari il “*nulla è dovuto*” concreta una «norma imperativa di sostituzione (speciale)», ciò non toglie che vi siano altri casi (come – ad es. – quello che consideriamo nel testo, della nullità di una clausola che fissi un termine eccessivamente anticipato per la dichiarazione di disdetta) in cui la “lacuna” che consegue all’espunzione della clausola illecita si risolve esattamente (*ove si escluda – in ipotesi – anche l’esistenza di un diritto dispositivo*) in una «nuda espunzione» (per dirla con le parole dell’A.), perché non esiste in questo caso alcuna «norma di sostituzione» (né “generale”, né “speciale”).

²⁵ O a un diverso (maggiore o minore) termine ritenuto congruo (*id est.*: *non eccessivamente anticipato*) in base alle circostanze che connotano il caso di specie.

²⁶ Al riguardo sembra possibile prospettare due situazioni-tipo (supponendo – con riferimento ad entrambe – che la controversia sorga *dopo la scadenza del contratto*):

individuare alcune delle ragioni che possono essere invocate a sostegno di ciascuna delle alternative or ora prospettate.

A sostegno della soluzione della “mera caducazione” potrebbe argomentarsi, anzitutto, che – adottando le altre soluzioni – si rischierebbe in alcuni casi di non tutelare il consumatore (o di tutelarlo solo parzialmente), e in particolare di lasciare inattuato il precetto (della direttiva) secondo cui le clausole “vessorie” *non sono* (= *non devono essere*) *vincolanti per il consumatore*.

A questo argomento potrebbe tuttavia replicarsi che, applicando la seconda alternativa (integrazione del contratto attraverso la regola legale “dispositiva”) – e ritenendo pertanto che il consumatore (non vincolato dalla clausola convenzionale vessatoria) sia gravato comunque (per restare all'esempio fatto) dell'onere di effettuare la disdetta nel termine previsto dalla legge (diritto dispositivo) – non tanto si darebbe efficacia (parziale) alla clausola vessatoria, quanto piuttosto si darebbe attuazione ad un *effetto legale*.

Sempre a ragionare (ancora) in astratto, nemmeno la terza soluzione (quella della integrazione del contratto attraverso una regola di costru-

a) può darsi che il consumatore sollevi la questione della vessatorietà della clausola *senza aver in concreto formulato alcuna disdetta prima della scadenza del contratto* (ad es. perché – non avendo rispettato il termine convenzionale – egli aveva ritenuto di non poter più effettuare alcuna disdetta); oppure (variante di questa prima alternativa);

a₁) (può darsi che) il consumatore abbia effettuato la disdetta, ma senza rispettare (non solo il termine convenzionale, ma) neanche il termine “legale” (ad es.: abbia effettuato la disdetta solo due mesi prima della scadenza del contratto);

b) può darsi, infine, che il consumatore (che ha sollevato la questione della vessatorietà della clausola) *abbia comunque (e quanto meno) effettuato la disdetta nel termine “legale”* (e chieda, dunque, che sia accertata la efficacia di tale disdetta, “disapplicando” il maggior termine previsto dalla clausola convenzionale).

Nell'ipotesi *sub a)* (ivi compresa la “variante” *a₁)* è evidente che la dichiarazione di nullità della clausola convenzionale che stabilisce il termine per la formulazione della disdetta, tutelerà effettivamente il consumatore *solo se* si immagina che la “lacuna” contrattuale (che si determina in conseguenza della nullità della clausola) *non* venga “integrata” (neanche con l'applicazione del diritto dispositivo); in altre parole, se – caduta la clausola pattizia – si ritenga che la disdetta potesse effettuarsi in qualsiasi momento (o, forse, che essa non sia più nemmeno necessaria, in quanto ad essere esclusa – a seguito della dichiarazione di nullità della clausola – sarebbe la stessa previsione convenzionale della tacita proroga del contratto).

zione giudiziale) potrebbe essere esclusa *a priori*, potendo anch'essa invocare a suo sostegno più di un argomento.

E, invero, quest'ultima soluzione sembrerebbe trovare un fondamento (tutt'altro che debole) nella stessa *ratio* della normativa sulle clausole vessatorie, che (come osservavamo in altra occasione)²⁷ non è tanto quella di trasformare il diritto dispositivo in diritto cogente²⁸ quanto piuttosto di reprimere il possibile *abuso* che può conseguire all'esercizio *unilaterale* del potere di deroga ad esso (=al diritto dispositivo)²⁹. "Abuso" che *non* consiste, poi, nella deroga *in sé* al diritto legale (proprio perché si tratta in ipotesi di un diritto – per sua natura – "derogabile"), ma risiede piuttosto nel "vizio" che affetta nella specie l'esercizio del potere ("eccezionale") di derogare in via unilaterale al diritto dispositivo (e – più in generale – di formulare unilateralmente il contenuto contrattuale), quando tale esercizio si traduca nella imposizione a controparte di un regolamento "squilibrato".

Stando così le cose, il rimedio (più appropriato) all'abuso – e alla *ratio* della sua repressione (che non è certo – si ripete – quella di "imporre" l'applicazione del diritto dispositivo, ciò che trasformerebbe quest'ultimo in diritto "cogente") – potrebbe allora ravvisarsi appunto non tanto nella cancellazione *sic et simpliciter* della clausola che produce lo squilibrio (anzi per essere precisi: uno squilibrio *notevole*), quanto piuttosto nella eliminazione da essa di quell'*eccesso* che ne determina la "ves-

²⁷ Sia consentito il rinvio a D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., *supra*, p. 34.

²⁸ Operazione che sarebbe priva di senso, anche a voler ipotizzare una tutela "estrema" del consumatore.

Comunque, che così non sia è provato dal fatto (già sopra ricordato) che anche clausole aventi il contenuto di quelle di cui all'art. 33² cod. cons., *purché fatte oggetto di "trattativa individuale"*, possono essere valide (e, anzi, lo sono senz'altro, in quanto vengono sottratte al giudizio di vessatorietà), e dunque sono (considerate) pienamente idonee a "derogare" alla normativa (eventualmente) prevista sul punto dal legislatore.

²⁹ Quando, ovviamente, una regolamentazione «dispositiva» esista. La fattispecie della «clausola vessatoria» – come abbiamo già evidenziato – può sussistere anche in assenza di un «diritto dispositivo» abusivamente derogato. Nel testo svolgiamo comunque (per comodità) il ragionamento, supponendo che la clausola vessatoria abbia derogato ad una regola dispositiva.

satorietà”³⁰, cercando di ipotizzare quale sarebbe stato (non tanto – si badi – il regolamento cui sarebbero pervenute le parti se avessero contratto *in condizioni di parità*, quanto piuttosto) il regolamento che avrebbe razionalmente accettato un contraente che avesse potuto “negoziare” il contratto secondo standards di mercato e con una controparte che si fosse comportata in maniera “corretta”³¹.

Alla luce di quanto appena detto potrebbe – allora – non essere affatto irragionevole ipotizzare che la nullità della clausola vessatoria sia, per così dire, una (sorta di) nullità ... *parziale*³², nel senso che essa col-

³⁰ *Eccesso* – lo si ribadisce – che non risiede nella deroga in sé al diritto dispositivo (deroga, anzi, espressamente consentita).

Dal che scaturisce un’ulteriore, importante, precisazione. Quando – con riferimento alla normativa sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori (ma analogo discorso – come vedremo più avanti – si può svolgere per i contratti “asimmetrici” *tra imprese*) – si afferma che l’*equità* (intesa come *equilibrata composizione degli interessi dei contraenti*) è assunta a parametro della validità del regolamento contrattuale (sia consentito – in proposito, e per un più ampio svolgimento – il rinvio a D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento*, cit., p. 50 ss.) non si fa riferimento ad una misura “astratta” – che esprima (per così dire “*in assoluto*”) la «giustizia dello scambio» (quale, poniamo, si potrebbe pensare di ottenere all’esito di una contrattazione tra *parti aventi la stessa forza contrattuale*) – quanto piuttosto ci si riferisce ad una sorta di “equità *relativa*” (se ci si passa l’espressione), ossia a quella composizione degli interessi dei contraenti che è suscettibile di determinarsi *nel mercato (concretamente rilevante, e) in base alla diversa forza contrattuale dei contraenti* (che viene dunque data per presupposta), seppur senza quei fattori “distorsivi” *che hanno operato nella singola contrattazione*.

Il che significa ulteriormente che *non* è il (contenuto del) «diritto dispositivo» a fornire il parametro alla cui stregua valutare l’abusività del regolamento contrattuale, proprio perché la normativa in esame non ha come finalità quella di assicurare la «giustizia dello scambio» (ammesso che il diritto dispositivo possa considerarsi ispirato – nei suoi contenuti – a questo criterio *assoluto*).

³¹ Detto altrimenti: la ipotizzata “integrazione giudiziale” (o, se si preferisce, la “riduzione conservativa”, che – ipoteticamente – si immagina che il giudice possa compiere) non tanto deve “simulare” una (impossibile) contrattazione “*in condizioni di parità*”, quanto piuttosto deve assumere come parametro una contrattazione condotta (“*in buona fede*” e) “*secondo condizioni (normali) di mercato*”.

³² È appena il caso di evidenziare che la formula «nullità parziale della clausola» è atecnica (l’ordinamento conosce, infatti, la nullità parziale *del contratto*), e meramente descrittiva. Essa serve semplicemente per esprimere il concetto secondo il quale la tutela contro la vessatorietà di una clausola potrebbe, almeno in astratto, non comporta-

pisca solo quella parte del contenuto *della clausola* che realizza l'abuso³³, "parte" che spetterà naturalmente al giudice determinare (e così, per restare all'esempio sopra proposto, il giudice – ritenuto che il termine per comunicare la disdetta fissato dai contraenti in diciotto mesi sia *irragionevolmente lungo* – potrebbe stabilire che detto termine si "riduca" a dodici mesi, oppure a nove mesi, e così via)³⁴.

4. *Le sentenze della Corte di giustizia Banco Español (2012) e Asbeek Brusse (2013). L'esclusione della soluzione della integrazione giudiziale*

La discussione svolta nel paragrafo precedente deve tuttavia misurarsi con quanto ha avuto modo di statuire la Corte di giustizia dell'Unione europea in due importanti pronunce, che hanno affrontato il problema che stiamo esaminando³⁵.

re la caducazione *dell'intera clausola*, bensì di quella sola "parte" di essa che determina lo "squilibrio" (e, dunque, l'abusività).

Di una «nullità che faccia cadere la clausola solo nella parte in cui essa risulta vessatoria» parla anche FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 194, e nota 197.

³³ Con l'avvertenza, ovviamente, che non sempre è possibile *eliminare l'abuso* con una operazione di semplice "riduzione *quantitativa*", che è quella che maggiormente asseconda l'idea (enunciata nel testo) di una nullità "*parziale*" della clausola.

³⁴ Quanto scritto nel testo avvicina il modo di funzionamento del rimedio in esame (la c.d. "riduzione conservativa") a quell'idea di "conversione" del regolamento negoziale nullo, che l'art. 1424 c.c. riferisce alla fattispecie contrattuale nella sua interezza, e che qui si tratterebbe di applicare invece alle singole clausole (nulle, perché abusive).

³⁵ Il riferimento è a Corte giust. UE, 14 giugno 2012, n. C-618/10 (Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino), sentenza pubblicata in *Contratti*, 2013, 16 ss. con Commento di D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto* (sulla medesima sentenza si sofferma ampiamente anche il già citato contributo di PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 406 ss.), e alla più recente Corte di giust. UE, 30 maggio 2013 – *Asbeek Brusse c. Jabani BV* (causa C-488/11), su cui si veda il contributo di R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in *www.juscivile.it*, 2013, fasc. 7, spec. p. 400 ss.

Nel primo caso la questione pregiudiziale era stata sollevata da un giudice spagno-

Va subito detto che i giudici di Lussemburgo escludono inequivocabilmente – nel campo dei contratti dei consumatori – la possibilità di integrazione del regolamento contrattuale (divenuto lacunoso a seguito della dichiarazione di vessatorietà di una o più clausole) attraverso una regola di costruzione giudiziale (applicata, ad es., attraverso quella tecnica della c.d. “riduzione conservativa”, cui abbiamo fatto cenno alla fine del paragrafo precedente).

Questo perentorio *fin de non recevoir* è stato già (anche vivacemente) stigmatizzato in dottrina³⁶, e suscita certamente qualche motivo di perplessità, specie se guardato alla luce delle considerazioni che abbiamo

lo, in sede di appello avverso una pronuncia di primo grado che – ritenuta la vessatorietà di una clausola contrattuale che (in un contratto di mutuo) fissava nel 29% il tasso degli interessi moratori (a fronte di un tasso legale pari, in quel momento, al 9%) – aveva dichiarato la nullità di detta clausola e “rideterminato” il tasso di interesse “equo” nella misura del 19%, in applicazione dell’art. 83 del Real Decreto Legislativo n. 1/2007 (*Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), rubricato *Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato*, il quale – dopo aver stabilito al comma 1 che «le clausole abusive sono nulle di pieno diritto e si considerano non apposte» – al comma 2 dispone che «*La parte del contratto colpita da nullità è integrata conformemente all’art. 1258 del codice civile e al principio di buona fede oggettiva ...*». Ai giudici di Lussemburgo veniva posta dal giudice remittente la questione della compatibilità di tale norma con la direttiva europea in materia di clausole vessatorie, questione risolta dalla Corte di giustizia con la statuizione secondo cui «L’art. 6, par. 1, della direttiva 93/2013 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro ... che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola».

Il principio fissato nella sentenza *Banesto* viene ribadito, a distanza di un anno, nella sentenza *Asbeek Brusse*, pronunciata in relazione ad una fattispecie ancora più significativa. Nella specie, infatti, era stato chiesto alla Corte di giustizia di stabilire la compatibilità con il diritto europeo di una norma del codice olandese che consentiva al giudice di ridurre equitativamente l’importo di una clausola penale ritenuta manifestamente eccessiva. I giudici di Lussemburgo rispondono ribadendo che «L’art. 6, par. 1, della direttiva 93/2013 deve essere interpretato nel senso che non consente al giudice nazionale, qualora quest’ultimo abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di limitarsi, come lo autorizza il diritto nazionale, a ridurre l’importo della penale imposta da tale clausola a carico di detto consumatore, ma gli impone la pura e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore».

³⁶ Ci si riferisce alla posizione espressa da PAGLIANTINI nello scritto citato nella nota precedente.

svolto nel paragrafo precedente (considerazioni che indicherebbero una tendenziale *coerenza* di questa tecnica con la *ratio* della normativa sulle clausole vessatorie). La perplessità – chiaramente esplicitata dalle direttive richiamate³⁷ – è che si sia in tal modo adottato un atteggiamento “punitivo” nei confronti del professionista, atteggiamento che va oltre il limite che il legislatore effettivamente intende porre in questo caso all’autonomia privata.

Senonché, pur ritenendo (per le ragioni appena ricordate) in parte fondata la critica, deve aggiungersi che esistono anche alcune (non secondarie) obiezioni alle quali in effetti la prospettiva di una “correzione giudiziale” del contratto presta (indubbiamente) il fianco; obiezioni che non è azzardato immaginare siano state considerate (*inter alia*) dalla Corte di giustizia, nell’adottare le decisioni su richiamate, assieme a quella che si presenta come la motivazione più diretta ed esplicita della soluzione cui pervengono le pronunce in esame³⁸.

A parte, infatti, il dubbio (già ricordato) che assicurando una efficacia, sia pure dimidiata, alla clausola vessatoria si possa finire per violare

³⁷ Cfr. ancora PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*

³⁸ Tale motivazione è contenuta al punto 69 della *sentenza Banesto* (al quale fa rinvio anche il punto 58 della *sentenza Asbeek Brusse*), ove si legge che «se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell’obiettivo di lungo termine di cui all’art. 7 della direttiva 93/2013. Infatti tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l’effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive (v. in tal senso ordinanza *Pobotovost’*, *cit.*, punto 41 e giurisprudenza *ivi citata*) dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand’anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario dal giudice nazionale, in modo tale quindi da garantire l’interesse di detti professionisti».

Come osserva D’ADDA, *op. ult. cit.*, p. 26 – chiosando questo brano della sentenza – ammettere una “riduzione equitativa” della clausola vessatoria «annullerebbe l’interesse del professionista ad astenersi dall’introdurre clausole abusive nel regolamento negoziale; perché egli sarebbe consapevole che l’accertamento della natura vessatoria della clausola determinerebbe l’applicazione di regole create dal giudice in una logica, teme la Corte, di mera riduzione del patto sotto la soglia dell’abusività; o, al più, di regole “ordinarie” – che non desterebbero troppe preoccupazioni nel professionista, che ben si assume il rischio della loro reviviscenza pur di ottenere da subito un regolamento a sé più nettamente (ed abusivamente) favorevole – come quelle contemplate dalla disciplina dispositiva».

il precetto (della direttiva) secondo il quale le clausole vessatorie *non sono vincolanti per il consumatore*³⁹, non può tacersi che un potere correttivo del giudice, riferito non ad ipotesi circoscritte di singole fattispecie contrattuali⁴⁰, bensì a contratti (come quelli con i consumatori) che vengono normalmente conclusi “in serie” (ciò che implica che la clausola “nulla” sia virtualmente presente in una serie indeterminata di atti negoziali, che – in caso di contestazione – sarebbero sottoposti alla valutazione di un altrettanto indeterminato numero di giudici diversi), potrebbe rivelarsi un fattore (generatore) di grande incertezza sul (contenuto del)le contrattazioni; argomento che già di per sé potrebbe essere considerato decisivo per indurre ad accantonare una tale soluzione (nonostante le concorrenti ragioni che – in astratto – potrebbero, come visto, militare a suo favore).

Del resto, c'è da aggiungere che – a meno che la Corte di giustizia non l'avesse prospettata come una soluzione “imposta” dal diritto europeo – la strada di una integrazione giudiziale (esercitando un potere di “riduzione equitativa” del contenuto della clausola) sarebbe stata comunque impraticabile nel nostro ordinamento, almeno in presenza di una disciplina di legge (dispositiva).

E, invero, la integrazione giudiziale (in particolare, a mezzo dell'*equità*) – ammesso pure che essa possa configurarsi, oltre che nella forma della integrazione “suppletiva”, anche in quella, che qui verrebbe in rilievo, della integrazione “correttiva” (o “cogente”)⁴¹ – è, secondo il di-

³⁹ La “non vincolatività” – tanto più se declinata nella forma della “nullità” – sembrerebbe escludere la *validità* (e, comunque, l'efficacia) della clausola, che invece parrebbe presupposta in altri casi in cui al giudice è accordato un (eccezionale) potere di correzione del contratto (si pensi all'ipotesi della riduzione della clausola penale *manifestamente eccessiva*).

Per l'osservazione secondo cui «la riduzione conservativa, a stretto rigore, non postula la nullità della clausola: anzi, in luogo della nullità, dovrebbe assumersi che la clausola da ridurre sia valida» cfr. anche PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 409 e nota 19, il quale però aggiunge che «tuttavia, sia pure in modo meno pregnante, può anche immaginarsi una riduzione conservativa *ope iudicis* che, alla stregua del sistema spagnolo, segue e non precede la declaratoria di nullità».

⁴⁰ Come avveniva – sulla base, peraltro, di una previsione normativa *espressa* – in materia di contratti tra imprese, giusta la disciplina originariamente contenuta nell'art. 7, d.lgs. n. 231/2002 (anteriormente alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 192/2012). Su tale disciplina v. *infra*.

⁴¹ Per una discussione della questione v. subito *infra*, nel testo.

sposto del nostro art. 1374 c.c., subordinata all'assenza di una regola (integrativa) legale, Il che significa che, ove una norma dispositiva sia presente (secondo l'ipotesi che stiamo – in questo momento – considerando), sarà comunque questa a dover fungere da fonte di integrazione del contratto, e non già l'equità, salvo che il legislatore non ponga una norma di integrazione *speciale*⁴², che – discostandosi dall'art. 1374 c.c. – consenta di invertire questo ordine.

⁴² Quale era prevista – come abbiamo già ricordato (v. penultima nota) – in materia di ritardi di pagamento (secondo la disposizione dell'art. 3, comma 3, della direttiva 2000/35/CE, ripresa – nel nostro ordinamento – dall'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002, che nella sua originaria stesura si poneva pertanto come una *norma di integrazione speciale* rispetto all'art. 1374 c.c.).

Un'altra ipotesi in cui il legislatore sembrerebbe (se non espressamente, almeno implicitamente) aver autorizzato una integrazione giudiziale del contratto, “correttiva” della regolamentazione prevista dalle parti, *ma distinta anche dalla previsione di legge*, ricorre nell'art. 3, comma 3, della l. n. 129/2004, in materia di *franchising*. Tale disposizione – come è noto – stabilisce che «qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento, e comunque non inferiore a tre anni». Orbene – esclusa l'ipotesi della pattuizione di un termine inferiore a quello minimo legale di tre anni (pattuizione che sarebbe nulla per violazione di una norma imperativa) – il caso che si può immaginare come più frequente è quello di contratti che, in punto di durata, riproducano la prescrizione di legge (ossia stabiliscano che il contratto abbia una durata di tre anni), magari in ipotesi in cui il tempo necessario all'ammortamento dell'investimento sarebbe maggiore (ad es.: cinque anni); e, in questa ipotesi, per l'appunto, è immaginabile l'operare di un potere equitativo giudiziale (*implicitamente riconosciuto dalla norma in esame*; e non tanto fondato – come opina G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 763 – sull'art. 1374 c.c., sia perché è dubbio che quest'ultima norma si riferisca oltre che al fenomeno dell'integrazione “suppletiva” anche a quello della integrazione “cogente”, sia perché comunque l'art. 1374 c.c. subordina l'operare dell'equità giudiziale alla mancanza di una regola legale) volto a determinare la durata del contratto (in misura superiore a quella minima fissata dal legislatore).

Osserviamo, comunque, che l'ipotesi prevista dall'art. 3, l. *franchising* si differenzia, almeno in parte, da quella che era prevista dall'art. 3, comma 3, della direttiva 2000/35/CE in materia di ritardi di pagamento, in quanto mentre quest'ultima normativa si basava su una disciplina “dispositiva” (e, dunque, derogabile dai contraenti, sia pure con il limite *dell'abuso*) e prevedeva l'operare dell'integrazione giudiziale in presenza di una deroga convenzionale concretamente esercitata, la normativa in materia di (durata del contratto di) *franchising* si fonda su una previsione “imperativa” (durata “minima” del contratto, a tutela del *franchisee*), e prevede(rebbe) l'intervento “correttivo”

Va, del resto, aggiunto – per concludere su questo punto – che la strada della “correzione giudiziale” del contratto incontrerebbe nel nostro ordinamento ostacoli abbastanza seri, *anche in situazioni nelle quali manchi una regola legale*, e quindi non sussista l’ostacolo frapposto dalla “gerarchia” (delle fonti di integrazione del contratto) fissata dall’art. 1374 c.c.

Sebbene in quest’ultima ipotesi l’idea di ammettere una integrazione giudiziale possa – almeno nei casi in cui l’elemento da “integrare” sia un elemento (oggettivamente) “essenziale”⁴³ – invocare a suo favore la esigenza di mantenere in vita il contratto⁴⁴ (che – in difetto di quella in-

del giudice anche nell’ipotesi in cui i contraenti si siano attenuti al limite legale dei tre anni (ma in una situazione che avrebbe reso necessaria la fissazione di un termine più ampio).

⁴³ C’è da ricordare peraltro che la gran parte delle clausole vessatorie (secondo la disciplina degli artt. 33 ss. cod. cons.) non attiene al «contenuto minimo *essenziale* del regolamento» (così, esattamente, D’ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., p. 376), onde rispetto ad esse può venire in gioco al più una “essenzialità” *soggettiva* (*id est*: tale *per uno dei contraenti*), che è quella che specificamente viene resa irrilevante dalla regola della «necessaria parzialità» della nullità.

Ipotesi di essenzialità «oggettiva» (si pensi ad una clausola relativa al corrispettivo, o, più in generale, all’oggetto del contratto) possono venire in gioco – nell’area dei contratti dei consumatori – in presenza di clausole che non siano formulate «in modo chiaro e trasparente» (art. 34² cod. cons.).

⁴⁴ Ammesso ma non concesso che il mantenimento in vita del contratto costituisca soluzione in ogni caso da preferire: ciò di cui si può dubitare, per lo meno quando le parti operino in un *mercato concorrenziale*.

All’argomento della necessità di mantenere in vita il contratto (per non vanificare la tutela del contraente debole) si appella l’opinione, invero prevalente, che individua un’ulteriore ipotesi (oltre quelle già viste, in materia di ritardi di pagamento e di contratto di *franchising*) di ammissione (sia pure solo *implicita*) di un potere giudiziale di integrazione “correttiva” del contratto, nell’art. 9 della legge n. 192/1998 sulla subfornitura. In particolare si ritiene che quando il giudice dichiara la nullità del patto che imponga «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose», egli possa procedere ad una “riconduzione ad equità” del patto *iniquo* (cfr. ad es. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 179 ss., la quale fonda, nella specie, il potere di integrazione giudiziale sul disposto dell’art. 1339; nonché ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1194, per il quale invece sarebbe proprio l’art. 9 – quale norma integrativa speciale – a fondare il potere giudiziale di correzione del prezzo ingiusto; e v. anche M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell’orizzonte europeo*, cit., 2008, p. 54).

tegrazione – sarebbe infatti destinato a cadere), e sebbene non manchino suggestivi argomenti che possono essere adottati a sostegno della tesi in esame⁴⁵, non si può nascondere che l'idea di ammettere (come «rego-

Ci sembra tuttavia difficile immaginare di poter ricostruire (attraverso queste sparse disposizioni: (l'ultima, or ora ricordata, e quelle considerate in precedenza) una (nuova) «regola di sistema» che preveda un *generale* potere giudiziale di correzione del contratto destinato a riequilibrare i rapporti asimmetrici tra imprese (ma v. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, a cura di Gitti-Maugeri-Notari, Bologna, 2012, I, p. 65), tanto più che una delle poche ipotesi *espressamente* previste dal legislatore (ossia, quella di cui alla normativa sui ritardi di pagamento) è stata oggetto di un ripensamento (cfr., comunque, per una posizione decisamente meno “prudente”, PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, *supra*, in questo volume, pp. 67 ss., spec. 94-95, il quale parla di una «logica sistematica» che sorreggerebbe, già oggi, l'idea di una integrazione giudiziale correttiva, basata sull'equità di cui all'art. 1374 c.c.; mentre la cautela riaffiora nelle parole di BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, pp. 394 ss., 419, dove – discutendo della disposizione, originariamente contenuta nell'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 231 – si osserva che «si tratta di previsioni senza dubbio significative, ma che non presuppongono né legittimano una dilatazione indiscriminata della fonte giudiziale nella direzione di un riequilibrio equitativo dei contenuti contrattuali»).

⁴⁵ Salvo a tornare più ampiamente sul tema più avanti (allorché si esaminerà qualcuna delle ipotesi di «nullità per abuso» nel campo dei rapporti contrattuali tra imprese: v. par. 6), osserviamo sin d'ora che, ancorché dotato *prima facie* di una indubbia carica suggestiva, l'argomento secondo il quale, se l'*equità* è elevata dal nuovo diritto dei contratti a “criterio di validità” in determinati rapporti, allora si giustifica (ed è – per così dire – *naturale*) che la stessa “equità” possa poi consentire al giudice di “integrare” il regolamento contrattuale con una regola che si sostituisca a quella (invalida) posta in essere dai privati (cfr. ad es. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699, nota 105), non è a ben vedere completamente persuasivo. Come è stato, infatti, perspicuamente osservato «non si può fare discendere dalla attribuzione al giudice della facoltà di giudicare patti iniqui altresì un potere di correzione del contratto» perché «un conto sono le scelte dell'ordinamento quanto alla disapprovazione di un patto, altro conto quelle scelte che – imponendo regole e non limitandosi a caducare contratti – sono ben più “intrusive” rispetto all'autonomia privata» (così D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., p. 392; contrario all'idea che sia possibile ricorrere all'equità per colmare le lacune determinate dalla caducazione delle clausole abusive è anche MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole generali*, Napoli, 1999, p. 154 ss.; diversamente orientato, invece, FEDERICO, *Profili dell'integrazione*, cit., pp. 195, 203, sul presupposto che l'art. 1374 c.c. preveda anche un ruolo di “integrazione correttiva” dell'equità).

la di sistema», e dunque dotata di valenza generale⁴⁶⁾ una «equità *correttiva*» del giudice (decisamente esclusa nella impostazione tradizionale)⁴⁷⁾, suscita ancor oggi molteplici (e non infondate) perplessità⁴⁸⁾.

Perplessità che sussistono anche con riferimento all'altra fonte di integrazione giudiziale "correttiva", che – secondo un orientamento oggi sempre più diffuso – avrebbe cittadinanza nel nostro ordinamento: ossia la *buona fede* (in part., la buona fede nell'esecuzione del contratto, di cui all'art. 1375 c.c.).

⁴⁶⁾ Il che non esclude – naturalmente – che, in relazione a singole specifiche fattispecie (es.: art. 1384, riduzione della penale eccessiva; art. 1468, riconduzione ad equità della prestazione divenuta eccessivamente onerosa nei contratti con obbligazione di una sola parte) sia rimessa all'equità giudiziale la possibilità di "correggere" determinazioni pattizie che (*ab origine* o per circostanze sopravvenute) risultino inique. Ma proprio la necessità di espresse previsioni in tal senso conferma l'inesistenza di un generale potere "equitativo" del giudice di "correggere" il regolamento negoziale, che trovi fondamento e legittimazione nell'art. 1374 c.c.

⁴⁷⁾ Che arriva a confermare, ancor oggi, una posizione contraria ad una «correzione» del contratto financo attraverso il diritto dispositivo (e dunque, una fonte *legale*) probabilmente proprio per il timore che si possa aprire in tal modo una breccia attraverso la quale analoga funzione correttiva finisca per essere riconosciuta a tutte le (altre) fonti di integrazione del contratto previste dall'art. 1374 c.c., e in particolare all'equità giudiziale (cfr. ad es. G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 11 ss.).

⁴⁸⁾ Si veda, ancora, la equilibrata posizione di D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 393 ss., dove fra l'altro si evidenzia come l'art. 6, direttiva n. 93/2013 in tema di clausole abusive, disponendo la salvezza per il resto del contratto «*sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive*», costituisca argomento significativo per ritenere escluso (dal legislatore europeo) un potere giudiziale di integrazione "equitativa" del contratto, che evidentemente (ove ammesso) consentirebbe *sempre* di mantenere in vita il contratto.

A ciò si aggiunga – per riprendere un'altra osservazione dello stesso a. (riferita questa volta all'ordinamento "interno") – che «l'idea che *solo una disciplina predeterminata – e di norma dal legislatore* – possa prestarsi ad inserirsi nel regolamento negoziale correggendolo, sembra rappresentare non una scelta occasionale, ma il punto di equilibrio, a fatica guadagnato, tra i valori dell'autonomia privata e quelli ispirati ad un intervento stringente dell'ordinamento nelle scelte economiche dei privati a scopi di "giustizia"», con l'ulteriore rilievo secondo cui «punto di equilibrio» in questione «di certo verrebbe alterato qualora si ritenga sufficiente, ad attivare il congegno dell'inserzione automatica, che il legislatore indichi in qualche modo all'interprete un criterio per ricostruire la regola approvata: la quale sarebbe così in grado di sostituirsi alle pattuizioni delle parti» (così D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 380; corsivo aggiunto).

Il ragionamento che sta alla base di tale orientamento ripropone l'argomentazione poc'anzi esaminata a proposito dell'equità. Premesso, infatti che – secondo l'opinione in discorso – anche la buona fede (in quanto enunciata in norme aventi carattere “imperativo”, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1418, comma 1, c.c.) può fungere da *criterio di validità* delle clausole negoziali⁴⁹, se ne ricava la possibilità (reputata come *logicamente* conseguente a quella premessa) che la medesima buona fede possa svolgere il ruolo di fonte di integrazione “correttiva”, con la funzione di colmare la lacuna contrattuale determinata dalla caducazione della clausola.

Sennonché, tanto la premessa quanto la conseguenza che da essa vorrebbe trarsi, si espongono a molteplici rilievi.

In ordine alla premessa, può invero osservarsi che:

a) l'opinione in esame non distingue (come invece – a nostro avviso – dovrebbe farsi) tra violazione *delle disposizioni legali che prescrivono l'obbligo di comportarsi secondo buona fede* (es.: art. 1337 c.c., art. 1375 c.c.) e violazione *delle “regole di buona fede”* (ossia delle regole di comportamento che si ricavano dalla concretizzazione del canone di buona fede). Nel primo caso (si pensi – ad es. – ad una pattuizione in virtù della quale le parti escludano che i loro comportamenti siano soggetti alla valutazione “di buona fede” prescritta dall'art. 1375 c.c.) la clausola contrattuale è certamente nulla, ed inidonea (naturalmente) a “derogare” all'obbligo di legge (*id est*: all'obbligo di comportarsi secondo buona fede); nel secondo caso (ossia, con riferimento alla concreta e specifica “regola di comportamento corretto”, individuata dal giudice) invece la violazione darà luogo al risarcimento del danno (per responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, ovvero per responsabilità contrattuale *ex art. 1375 c.c.*), salva comunque – se pertinente – *l'inefficacia* (in quanto illecito) del comportamento tenuto in contrasto con la regola di buona fede (ad es.: un diritto di recesso esercitato scorrettamente), “i-

⁴⁹ Cfr., ad es., GALGANO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 21 (ove si legge che «la clausola generale di buona fede tende ormai ad essere intesa non solo come fonte di integrazione del contratto, ma anche e soprattutto quale limite generale all'autonomia privata, quale strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto»).

nefficacia” che – va da sé – è predicabile, nel caso in cui il comportamento “scorretto” sia stato posto in essere in base ad una clausola contrattuale che pretendeva di considerarlo lecito, *non diversamente* da quanto avverrebbe se lo stesso comportamento fosse tenuto indipendentemente da una previsione contrattuale mirante a “legittimarlo”;

b) peraltro, pur ad ammettere che, a parte gli altri rimedi appena appena indicati e *relativi al comportamento “esecutivo”*, sia predicabile altresì la nullità della clausola (“a monte” di tale comportamento) la quale – diversamente da quanto ipotizzato *sub a* – non si sia limitata a prevedere una deroga *generica* al dovere di comportarsi secondo buona fede, bensì abbia “autorizzato” il contraente ad una *specificata e già individuata condotta* “scorretta”⁵⁰ – ad es. consentendo a questa “parte” di non subire comunque gli effetti di una determinata eccezione che a lei potesse essere opposta, o di esercitare anche arbitrariamente una data prerogativa contrattuale (ad es. un diritto di recesso) a lei spettante –, la (ipotetica) nullità in questione non cesserebbe (a ben vedere) di sussistere pur sempre per violazione *della norma di legge* che impone *inderogabilmente* di comportarsi secondo buona fede (ad es.: il già cit. art. 1375 c.c.), con la conseguenza – si badi – che *questa norma* (in quanto non validamente derogata, trattandosi di norma cogente) *continuerà ad essere applicabile* nel rapporto tra le parti, onde sarà *in base ad essa* che il giudice stabilirà (*con valutazione attinente pur sempre al momento “esecutivo”*), e avente ad oggetto – di nuovo – *non la clausola, bensì il comportamento*) se ad es. il contraente poteva o no impedire a controparte di sollevare l’eccezione, ovvero poteva o no esercitare con certe modalità il diritto di recesso, salvo sempre – qualora il comportamento (in ipotesi qualificato come scorretto, e quindi in violazione dell’obbligo di

⁵⁰ La nullità di una clausola siffatta può forse essere assimilata (o addirittura essere senz’altro ricondotta) alla nullità delle clausole di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave, ovvero – e più probabilmente – alla nullità del patto preventivo di esonero di responsabilità «per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico» (rispettivamente previste dai comma 1 e 2 dell’art. 1229 c.c.).

E, in effetti, nella misura in cui una clausola pretenda di “legittimare” comportamenti che, se posti in essere, contrasterebbero con l’obbligo di eseguire il contratto secondo correttezza, tale clausola si risolve nella previsione di un *esonero da responsabilità per un comportamento illecito* (in particolare, nella specie, un comportamento di *inadempimento* di un obbligo che la legge pone a carico dei contraenti).

comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto) abbia comunque causato dei danni – l'obbligo di risarcimento degli stessi.

Del resto, se anche si ammettesse che la buona fede (nella specie: la b.f. *in executivis*) possa fungere da “criterio di validità”, ciò non implicherebbe affatto (per lo meno non in via di conseguenza “logica”) la possibilità di “integrare” il contratto (privato delle clausole dichiarate nulle per contrarietà a quel criterio). Analogamente a quanto si è detto a proposito dell'equità, una cosa – infatti – è ammettere che il giudice possa sindacare la validità di un patto alla stregua della regola di buona fede, altra cosa è ritenere che (oltre a dichiarare la nullità della clausola) egli possa anche “integrare” il contratto⁵¹. Con la precisazione – per fugare possibili equivoci – che (a nostro avviso) non si può e non si deve parlare di “integrazione” (nel senso stretto del termine, ossia, nel senso della imposizione alle parti o ad una di esse di obblighi “*nuovi*”, non previsti dalla convenzione né dalle norme di legge) fintantoché il giudice – individuate le modalità (corrette) con le quali si sarebbe dovuto adempiere agli obblighi o esercitare i diritti scaturenti dal contratto – si limiti a trarre da questa valutazione le (già indicate) pertinenti conseguenze in ordine al comportamento che risulti contrario a b.f. (inefficacia dell'atto in tal modo posto in essere, risarcimento del danno, ecc.)⁵².

⁵¹ Cfr. l'opinione di D'Adda, già ricordata *retro*, nella nota 45.

⁵² L'impressione è invece che molti autori intendano la funzione c.d. “integrativa” della buona fede sul presupposto che possano qualificarsi come obblighi “integrativi” (nuovi) proprio quelle che sono semplici “modalità” individuate dal giudice quali forme “corrette” di esercizio dei diritti e di adempimento degli obblighi (già scaturenti dal contratto).

Ci rendiamo conto, peraltro, che l'osservazione appena formulata può essere – in qualche modo – ribaltata, come emerge dalle considerazioni che da un fautore della funzione integrativa della buona fede vengono svolte (peraltro in forma – apprezzabilmente – problematica) nel brano che qui di seguito riportiamo: «(...) L'orientamento avverso al riconoscimento della funzione integrativa muove dalla critica alla tendenza a ricostruire, alla stregua della buona fede, posizioni soggettive d'obbligo ulteriori e distinte rispetto all'obbligazione di prestazione, stigmatizzandosi l'artificialità della moltiplicazione delle figure soggettive ed il rischio di atomizzazione del “contenuto unitario” della prestazione. Se tali rilievi svelano la precarietà del tentativo di connettere alla funzione integrativa la moltiplicazione delle figure giuridiche, non sembrano valere ad escludere il riconoscimento che dalla buona fede si desumono regole ulteriori rispetto a quelle direttamente desumibili dall'enunciato della convenzione o da sin-

Per concludere, infine, non può tacersi che sarebbe ben strano – dal punto di vista sistematico – immaginare che il legislatore abbia da un lato circondato di grandi cautele (e, anzi, abbia sostanzialmente escluso) la possibilità di considerare *in via generale* (e fatte salve – ovviamente – *specifiche* diverse previsioni, da considerarsi tendenzialmente eccezionali) l'equità come criterio di validità del contratto e fonte di integrazione “correttiva” dello stesso⁵³, e, al contempo, abbia riservato una funzione siffatta alla buona fede (per la quale, oltre tutto, non varrebbe la clausola di “sussidiarietà” contenuta nell'art. 1374 c.c.)⁵⁴.

5. (Segue). *L'integrazione a mezzo del diritto dispositivo; sua ammissibilità. Significato e differenze rispetto alla tradizionale «integrazione cogente»*

Mentre le pronunce della Corte di giustizia sopra richiamate sono abbastanza chiare nell'escludere qualsiasi forma di *integrazione giudiziale* del contratto dal quale sia stata espunta una clausola vessatoria, non altrettanto può dirsi per quel che riguarda il problema della “integrabilità” dell'atto attraverso il diritto dispositivo⁵⁵.

gole norme di legge che disciplinano i rapporti. *In tal senso la stessa qualificazione dell'intervento del giudice come valutativo a posteriori ed in concreto della condotta delle parti non comporta forse la presupposizione di regole violate, di elementi di doverosità non assolti? Che tali regole siano ricostruite dal giudice a posteriori, siano specifiche e concrete e non corrispondenti all'enunciato di precetti generali e astratti di legge o a quello di clausole contrattuali, esclude davvero che un intervento siffatto e le regole di cui è portatore siano integrativi del contratto? ...» (così D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 37; corsivo nostro).*

⁵³ V. *supra*, testo e note 45 e 47.

⁵⁴ E v., infatti, PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione*, *supra*, p. 97, laddove l'a. – con riferimento all'art. 7, d.lgs. n. 192/2012 – afferma che «... non si vede ... per quale ragione il giudice, se delle documentate circostanze impiedenti rendono il diritto dispositivo *troppo premiale*, non dovrebbe procedere ad emendare la clausola abusiva secondo buona fede ...» (considerando, dunque, il diritto dispositivo e la regola di integrazione giudiziale fondata sulla buona fede come strumenti di integrazione della lacuna contrattuale sostanzialmente “fungibili”, o, meglio, *alternativamente utilizzabili al di fuori di qualsiasi “gerarchia”*).

⁵⁵ Opina che i giudici di Lussemburgo (nella sentenza *Banco Español*) abbiano non

La integrazione attraverso il diritto dispositivo non può certamente dirsi “imposta” dal diritto europeo⁵⁶; ma il problema vero non è questo, quanto piuttosto quello di accertare se essa sia stata (anche solo implicitamente) *esclusa* come possibile “séguito” della caducazione delle clausole vessatorie?

solo respinto senz’altro la soluzione che prevede un potere correttivo del giudice (quale era riconosciuto dalla norma dell’ordinamento spagnolo che aveva ocasionato la rimessione della questione pregiudiziale al giudice europeo), *ma (implicitamente) escluso anche la soluzione dell’operare del diritto dispositivo*, D’ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”*, cit., p. 23.

Più “possibilista” è invece la posizione di PAGLIANTINI, *L’integrazione del contratto*, cit., p. 413, il quale prospetta anche la possibilità di leggere la pronuncia della Corte di giustizia nel senso che essa avrebbe sancito una posizione “neutrale” del legislatore europeo della direttiva 93/13, che rimetterebbe alle regole e ai principi propri dei singoli ordinamenti nazionali l’ammissibilità (o meno) di una integrazione a mezzo del diritto dispositivo (soluzione, dunque, che non sarebbe – come assumiamo nel testo, adottando implicitamente proprio questa ipotesi di lettura delle sentenze dei giudici di Lussemburgo – certamente da considerare “imposta” dal diritto europeo, ma nemmeno da esso esclusa).

Anche la ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice*, cit., p. 399, afferma che è «plausibile l’idea che sia al ruolo del giudice più che all’innesto della disciplina legale che la giurisprudenza comunitaria intenda sbarrare la strada».

⁵⁶ Il che – è appena il caso di sottolinearlo – non vuol dire che tale soluzione sia stata dal giudice europeo *esclusa* (*recte*: ritenuta contrastante con la direttiva), sul presupposto che essa comporti *una minore tutela* per il consumatore rispetto a quella rappresentata da una caducazione “secca” delle clausole vessatorie.

Puntuale è – al riguardo – il rilievo di D’ADDA, *op. ult. cit.*, pp. 23-24, ove si legge: “(...) Sul piano degli interessi in gioco, la Corte ha buon gioco nel rilevare, descrittivamente, che la “nuda” caducazione della clausola abusiva può rivelarsi più favorevole al consumatore rispetto ad una correzione dispositiva o giudiziale della medesima. Ma così sempre non è. E, soprattutto, la descrizione certo non suggerisce se le scelte del legislatore impongono realmente di accedere alla soluzione più favorevole al consumatore anche quando tale opzione si profili di fatto assorbente delle scelte dell’autonomia privata (che lungi dall’essere ricondotte nei limiti dell’abuso sono *tout court* obliterate. Ovvero se, al contrario, prediliga soluzioni che “si limitino” a correggere la porzione abusiva del patto per “restituire” alle parti un regolamento equilibrato.»; corsivo aggiunto).

La verità è che la direttiva 93/13 non si occupa del problema, e lascia sostanzialmente agli ordinamenti nazionali (sia pure nei limiti ora chiariti dalla sentenza della Corte di giustizia) la scelta se prevedere o meno un’integrazione (a mezzo del diritto dispositivo) della lacuna contrattuale determinatasi a seguito della nullità della clausola vessatoria.

Orbene, per quanto in qualche punto delle rispettive motivazioni le sentenze *Banco Español* e *Asbeek Brusse* possano indurre a pensare che il pensiero dei giudici di Lussemburgo sia nel senso di *non ammettere alcuna "integrazione"* (anche quella a mezzo del diritto legale dispositivo)⁵⁷, la considerazione cionondimeno, da un lato, che solo l'esclusione di una integrazione "giudiziale" sia esplicitamente affermata dalla Corte di giustizia⁵⁸, e dall'altro che la caducazione "secca" delle clausole abusive non corrisponda neanche (se sono fondate le osservazioni sopra svolte) alla *ratio* sottesa alla nullità di dette clausole, rende non arbitrario assumere che le pronunce del giudice europeo siano sul punto "neutre", nel senso che esse lascino aperta la possibilità che la lacuna determinata dalla caducazione di una clausola "vessatoria" sia colmata attraverso il ricorso al diritto dispositivo, naturalmente ove ciò sia previsto⁵⁹ e/o consentito dai singoli ordinamenti nazionali.

⁵⁷ Che il dubbio sia più che legittimo è provato dal fatto che il giudice ungherese ha, qualche mese fa, sollevato domanda di pronuncia pregiudiziale al fine di sapere «se l'art. 6, paragrafo 1, della direttiva e il punto 73 della sentenza della Corte di giustizia nella causa *Banco Espanol de Crédito*, C-618-10, debbano essere interpretati nel senso che il giudice nazionale non può rimuovere a vantaggio del consumatore le cause di inefficacia di una clausola abusiva inclusa tra le condizioni generali di contratto di mutuo stipulato con un consumatore, modificando la clausola contrattuale di cui trattasi e integrando il contratto, nemmeno qualora, in caso di rimozione di detta clausola, il contratto non possa essere eseguito in base alle clausole restanti. *Se a tal riguardo rilevi la circostanza che il diritto nazionale contiene una norma dispositiva che, in caso di omissione della clausola inefficace, disciplina [in luogo della stessa] la questione giuridica controversa*» (*Kásler Árpád v. OTP Jelzálogbank Zrt*, causa C-26/13, pubblicata in *G.U.U.E.* del 1° giugno 2013).

⁵⁸ Del resto la disposizione della direttiva invocata è quella che stabilisce la "non vincolatività" delle clausole vessatorie; e – come abbiamo già evidenziato – mentre l'ammissione di una integrazione giudiziale (in particolare realizzata attraverso la tecnica della c.d. "riduzione conservativa") potrebbe in effetti tradursi in un meccanismo che mantiene (sia pur ridotta) una efficacia della clausola, lo stesso non potrebbe dirsi per una integrazione che avvenisse a mezzo dell'applicazione al rapporto della disciplina legale (abusivamente derogata).

⁵⁹ Come avviene ad es., esplicitamente, in Germania, dove il § 306 Abs. 2 *B.G.B.* stabilisce che, a seguito della non inclusione (nel contratto) e della inefficacia della clausola vessatoria, il contenuto del contratto si rimodelli secondo le disposizioni di legge (ossia secondo il diritto dispositivo).

Da noi, all'indomani del recepimento della direttiva n. 93/13/CEE, era stato pure

Quest'ultima situazione deve – a nostro avviso – ritenersi sussistente per quanto riguarda l'ordinamento italiano⁶⁰, dove essa trova fondamento adeguato nella disposizione dell'art. 1374 c.c., sebbene con la necessità di fornire una interpretazione “*evolutiva*” di detta disposizione⁶¹.

Giova, in proposito, aprire una breve parentesi.

Come è noto, secondo un'opinione diffusa⁶² – sebbene non incontrata⁶³ – l'art. 1374 c.c. comprenderebbe non solo il fenomeno della integrazione suppletiva ma anche quello della integrazione cogente⁶⁴. Riteniamo condivisibile tale opinione, ma precisando subito che essa (è stata formulata e) si lasciava sino ad ora intendere entro la cornice del quadro concettuale ricordato all'inizio di queste pagine: ossia in un con-

suggerito al legislatore di individuare (espressamente) le fonti di integrazione a cui ricorrere per colmare le lacune del regolamento contrattuale conseguenti alla inefficacia/nullità delle clausole abusive (cfr. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 48), ma il suggerimento non è stato seguito.

⁶⁰ A favore della possibilità di una integrazione a mezzo del diritto dispositivo cfr., ad es., CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie*, cioè abusive, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 39.

⁶¹ La necessità di una riconsiderazione della portata dell'art. 1374 c.c. (in particolare allo scopo di tener conto della normativa di derivazione comunitaria) è, in altro contesto e con altre argomentazioni, evidenziata ad es. da LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 227.

⁶² Vedila autorevolmente avallata, ad es., da G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, pp. 481 ss. e 485-86 (richiamato adesivamente da GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, p. 269).

⁶³ Cfr., ad es. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 45, il quale afferma che l'art. 1374 c.c. si riferisce esclusivamente all'integrazione realizzata attraverso l'inserzione nel contratto del diritto dispositivo/ suppletivo, mentre l'integrazione “cogente” troverebbe la propria disciplina (esclusivamente) negli artt. 1339 e 1419 cpv. c.c.

Sembra propendere per la tesi secondo cui il fenomeno della integrazione “correttiva” sia del tutto estraneo alla previsione di cui all'art. 1374 c.c. anche D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., pp. 381-82; diversamente, invece, FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 96.

⁶⁴ Nella forma, evidentemente, della “inserzione” di clausole legali “imperative” in assenza di clausole convenzionali difformi (la quale ultima ipotesi dà invece luogo al fenomeno della “sostituzione” cogente).

testo in cui, da un lato, per “integrazione suppletiva” si considerava (come si considera ancor oggi) essenzialmente quella realizzata attraverso il diritto dispositivo⁶⁵ (e diretta a colmare le lacune “originarie” del contratto, e dunque gli “spazi” lasciati dai contraenti non regolamentati), mentre dal canto suo “integrazione cogente” era (solo) quella che si realizzava con la inserzione nel contratto di norme “imperative” (eventualmente anche in sostituzione di clausole difformi pattuite tra le parti, e dichiarate nulle).

È chiaro, allora, che quando oggi affermiamo la possibilità di una integrazione “cogente” del contratto *attraverso il diritto dispositivo*⁶⁶, e poniamo a fondamento di tale meccanismo l’art. 1374 c.c., interpretiamo quest’ultima norma *evolutive*, ossia tenendo conto dell’*evoluzione* dell’ordinamento che ha portato alla configurabilità (inimmaginabile – come già evidenziato – secondo le categorie del codice del 1942) di una «deroga abusiva» al diritto dispositivo, e di una nullità della clausola convenzionale che tale deroga realizzi. Con la conseguenza ulteriore del prospettarsi altresì della possibilità di integrare la “lacuna sopravvenuta” attraverso il diritto «dispositivo» (illegittimamente derogato), il quale viene così chiamato a svolgere – in luogo della sua *normale* funzione *suppletiva* – una funzione (anche) *correttiva* dell’autonomia privata⁶⁷.

⁶⁵ Abbiamo visto, peraltro, che può ben concepirsi che una integrazione “*suppletiva*” possa realizzarsi anche attraverso l’inserzione nel contratto di una regola “cogente”, quando i contraenti – magari proprio in considerazione della inderogabilità della norma – si siano astenuti dal disciplinare convenzionalmente quell’aspetto del loro rapporto.

⁶⁶ Sottolinea, opportunamente, la delicatezza di una tale conclusione (peraltro non condividendo la tesi che essa possa essere fondata sull’art. 1374 c.c.: v. la nota seguente) D’ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., p. 379, laddove l’a. osserva che «solo quando il legislatore si spinge a delineare contenuti negoziali imposti, scegliendo di intervenire così in modo incisivo sull’autonomia privata, si può ipotizzare con certezza – mediante l’applicazione del congegno di sostituzione dei patti difformi di cui all’art. 1339 c.c. – una correzione del regolamento dei privati con regole legali».

⁶⁷ Ritiene, invece, che l’integrazione “correttiva” a mezzo di norme appartenenti al diritto dispositivo non possa trovare fondamento nell’art. 1374 c.c. D’ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., p. 384 ss. (il quale peraltro non considera l’ipotesi di una interpretazione “evolutive” della disposizione in esame, quale prospettiamo nel testo).

Ciò chiarito, va subito aggiunto che il descritto fenomeno – cui si assiste in materia di clausole vessatorie nei rapporti contrattuali con i consumatori – della integrazione cogente del contratto attraverso il diritto dispositivo, non dimostra affatto il profilarsi di una *inedita* “funzione conformativa”⁶⁸, che possa dirsi caratteristica della nullità (c.d. *di prote-*

Secondo la tesi di questo a., l’integrazione (correttiva) a mezzo del diritto dispositivo – da ammettersi peraltro nei soli casi in cui «senza la sostituzione dispositiva, la lacuna creatasi nel contratto non consentirebbe la sopravvivenza dell’atto negoziale», e da distinguere comunque dal fenomeno della «mera (automatica) riespansione» delle regole dispositive che talora consegue alla abusiva deroga a talune di esse – può piuttosto trovare fondamento in una «regola di sistema» secondo la quale «ogni qualvolta la invalidità, causa della lacuna, si determini in ragione di un conflitto tra “porzioni” di regolamento negoziale e una norma legale che, non limitandosi a vietare, formuli “in positivo” regole atte a disciplinare i rapporti tra le parti», allora la norma in questione appare naturaliter idonea a inserirsi nel contratto (così D’ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., p. 388).

Orbene, pur prescindendo dall’osservazione secondo cui anche questa tesi finisce a ben vedere per risolversi in una interpretazione estensivo/evolutiva delle disposizioni degli artt. 1339, 1419, e 1374 c.c. (da dove mai, infatti, se non da queste disposizioni, si ricaverebbe il “principio” – o, per usare le parole di questo a., la «regola di sistema» – che si ritiene di formulare?), può ad essa obiettarsi che non è il *contrasto* (*in sé considerato*) con il *diritto dispositivo* a determinare (nei casi che stiamo esaminando) la nullità (che dipende, invece, di volta in volta, dal “significativo squilibrio” del regolamento o dal suo discostarsi ingiustificato da *standards* di mercato), e dunque non è in tale contrasto/conflitto che può farsi risiedere il *fondamento* dell’integrazione “correttiva” (proprio perché *non* è la regola dispositiva «il “metro” per la valutazione dell’esercizio non abusivo dell’autonomia privata», diversamente da quanto opina la dottrina in esame).

⁶⁸ Afferma invece che «il vero e qualificante tratto distintivo» della nullità di protezione è «contribuire alla ristrutturazione e conformazione delle regole contrattuali e del connesso rapporto», SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità. Le nullità conformative*, in AA.VV., *Le tutele contrattuali e il diritto europeo-Scritti per Adolfo Di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, p. 649 (il quale – probabilmente – fa questa affermazione con riferimento ad un supposta possibilità di integrazione “giudiziale” del contratto, che è stata però del tutto esclusa – quanto meno nella materia dei contratti dei consumatori – dalle pronunce della Corte di giustizia), seguito da FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in BELLAVISTA e PLAIA (cur.), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, pp. 329 ss., 333.

La formula della «nullità conformativa» – quale carattere che contraddistinguerebbe le nullità di protezione – ricorre con una certa frequenza nella più recente dottrina: si veda, ad es., AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 451 ss.

zione) prevista dalla normativa in questione⁶⁹, ed estranea invece alla nullità “tradizionale” (bastano a dimostrare il contrario gli artt. 1339 e 1419 c.c., disposizioni che contemplano *da tempo* una “correzione” del contratto mediante sostituzione con regole legali, collegata ad ipotesi di nullità di clausole dichiarata in virtù di cause di invalidità affatto “tradizionali”).

La novità vera non è, dunque, questa, ma è piuttosto un'altra; e se ne è già fatto cenno. Essa risiede proprio nella circostanza che (adesso) anche il diritto dispositivo sia diventato fonte (e materia) della integrazione “coigente” del contratto (nei casi in cui la deroga ad esso possa considerarsi “abusiva”)⁷⁰.

Invece – con riferimento alle sentenze della Corte di giustizia sopra richiamate – afferma decisamente che «il richiamo al rispetto dei termini originari del contratto (...) smentisce (...) l'idea – peraltro priva di solido aggancio normativo e sistematico – che in presenza di regole di controllo sulla vessatorietà della clausola, e in generale tutte le volte in cui si discorra di nullità funzionale, il potere di dichiararla porti con sé anche quello di una correzione *tout court* per via giudiziale del contratto, volta a ricondurre l'equilibrio della posizione di ciascuna parte al rispetto di parametri esterni (il contratto equo, giusto, eccetera)», la ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice*, cit.

⁶⁹ Non più, almeno, di quanto questa funzione “conformativa” sia ben nota da tempo con riferimento alla nullità per violazione di norme imperative, o meglio di quelle particolari norme imperative che prendono appunto il nome di «norme conformative» (v. *supra*).

⁷⁰ La dottrina sopra richiamata (D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., p. 385) evidenzia che già nel codice civile la tecnica dell'integrazione coigente attraverso il diritto dispositivo era conosciuta, e menziona al riguardo sia l'art. 1815² (nel testo originario, antecedente alla modifica introdotta dalla l. n. 108/1996) sia l'art. 1284, u.c., c.c.

Senonché, quanto a quest'ultima norma, non ci sembra che il richiamo possa considerarsi appropriato, dato che non ci si trova di fronte ad una nullità che discenda dalla deroga (“abusiva”) alla norma legale “dispositiva” (che, nella specie, è la norma che fissa la misura degli interessi), quanto piuttosto ad una invalidità che deriva dalla violazione dell'onere di forma (a sua volta previsto da disposizioni di legge, alle quali poco si addice la dicotomia “norme cogenti/norme dispositive”, dicotomia che ha senso solo in quanto riferita a disposizioni che riguardino il *contenuto* del contratto).

Appropriato è invece il richiamo all'art. 1815² c.c. (nel testo originario, ormai superato) che sanciva – com'è noto – l'inserzione nel contratto della misura legale degli interessi in sostituzione di quelli convenzionali invalidamente pattuiti (in quanto usurari). Ma questa disposizione finiva per porsi (nel contesto del codice civile del 1942) co-

Un tempo – come abbiamo già ricordato – la deroga al diritto dispositivo sarebbe stata *comunque valida ed efficace*, come del resto essa va qualificata ancor oggi *se proviene da entrambe le parti* (ossia se le clausole di deroga risultino essere state oggetto di trattativa tra i contraenti). Non lo è più, invece, qualora si ponga come deroga *unilaterale* (ossia prevista da una parte, senza alcun “negoziato” sul punto con la controparte), e tramite essa il professionista tenti di squilibrare (a suo vantaggio, e a svantaggio del consumatore) il contratto.

Ciò ribadito, va adesso aggiunto che la deroga (unilaterale) *abusiva* deve considerarsi *tamquam non esset*⁷¹. Essa non ha (avuto) la forza di

me una “norma di integrazione *speciale*”, confermativa (proprio per il suo carattere “eccezionale”) della applicabilità – in via di regola generale – dell’art. 1374 c.c. *alle sole lacune “originarie”* (sul presupposto che attribuiva al diritto dispositivo una funzione meramente “suppletiva”, e non anche una funzione “correttiva” dell’autonomia privata). Ben diversa è invece la dimensione del fenomeno della (possibile) integrazione “correttiva” del contratto a mezzo del diritto dispositivo, che emerge in relazione alla disciplina delle clausole vessatorie nel “nuovo” diritto contrattuale dei consumatori. Il che determina un mutamento “qualitativo” (secondo la nota formula hegeliana, della quantità che si trasforma in qualità), e giustifica la considerazione del fenomeno in termini di autentica “novità”.

⁷¹ Affermazione – si noti *per incidens* – che si accorda piuttosto con l’idea di una *inefficacia originaria* delle clausole “vessatorie” (come avviene, tipicamente, nelle ipotesi di nullità), anziché con l’idea (per la quale v., ad es., POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 180; ma anche SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., 507) che le nullità “di protezione” si riferiscono ad atti pur sempre idonei a produrre effetti, sebbene non stabili e permanenti; per una critica di questo orientamento ci permettiamo di rinviare a D’AMICO, *Nullità virtuale. Nullità di protezione – Variazioni sulla nullità*, in *I contratti*, 2009, pp. 732 ss., spec. 741 ss.).

A quest’ultima idea sembrerebbe indulgere anche PAGLIANTINI, *L’integrazione*, cit., p. 410, laddove l’a. discorre di un «*riespandersi* della disciplina di legge derogata in quanto è venuto meno il fatto impeditivo – cioè la clausola abusiva – schermante l’operare originario di norme sì suppletive ma soltanto sotto la condizione di una disapplicazione non abusiva». Il “riespandersi” presuppone che la clausola “abusiva” sia stata idonea (prima che ne venisse dichiarata la nullità) a “derogare” al diritto dispositivo; ma di questo – come detto – può in realtà dubitarsi. Non deve trarre in inganno la circostanza che la vessatorietà (e dunque la nullità) della clausola non può affermarsi *a priori*, ma è soggetta ad un accertamento giudiziale (all’esito del quale potrebbe anche risultare che la clausola *non* è vessatoria, e dunque ha prodotto i suoi effetti). Il punto è che, se tale verifica condurrà al riconoscimento della vessatorietà, la clausola dovrà sin dall’inizio considerarsi inidonea a produrre effetti (e dunque, anche, a dero-

escludere l'applicazione del regolamento legale, che dunque si inserisce nel contratto, come sarebbe avvenuto se nessuna regolamentazione "pattizia" fosse stata sul punto formulata⁷².

C'è, peraltro, una differenza che permane tra questa ipotesi di "inserzione" nel contratto del diritto dispositivo e l'inserimento delle norme "imperative" secondo il (tradizionale) meccanismo dell'art. 1339 c.c. (che era sin qui l'unica forma di integrazione sostitutiva "cogente" – ossia realizzabile *contro la volontà dei contraenti* – ammessa nel nostro ordinamento).

Quest'ultima ipotesi dà vita ad un fenomeno di "conformazione" del contratto *nel senso pieno del termine*. La prima, invece, è una "conformazione" (se si vuole continuare ad usare questo termine) *in senso debole*. Essa non esprime un regolamento "imposto" (sempre e comunque) all'autonomia privata, e nemmeno un regolamento "preferito" (dall'ordinamento)⁷³. Si tratta, semplicemente, di un regolamento *di default*⁷⁴, che si inserisce (nel contratto) per non lasciare scoperto un aspetto del rapporto ritenuto meritevole di considerazione (e di disciplina), e sul presupposto che l'autonomia privata (del contraente che ha predisposto il regolamento negoziale) *non sia stata in grado* di formulare una disciplina alternativa (che pure *avrebbe potuto essere formulata*⁷⁵) che potesse/possa aspirare ad essere considerata come meritevole di tutela⁷⁶.

gare al diritto dispositivo). Del resto, anche con riferimento ad alcune ipotesi di nullità "ordinaria" (si pensi alla nullità per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume), la nullità può essere dichiarata solo a seguito di un accertamento giudiziale; ma nessuno dubita che essa dia luogo ad un fenomeno di inefficacia *originaria*.

⁷² In alcuni ordinamenti il precetto della direttiva n. 13/93, secondo il quale le clausole vessatorie *non sono vincolanti per il consumatore*, ha ricevuto attuazione attraverso il ricorso a formule in base alle quali tali clausole «*si considerano come non apposte*» (si veda, ad es., il già richiamato art. 83 del *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* spagnolo).

⁷³ Per usare la terminologia cui ricorre una nota dottrina a proposito delle nullità di protezione (cfr. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459, e ora in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011).

⁷⁴ Che è la funzione *normale* del diritto dispositivo.

⁷⁵ A differenza di quanto avviene quando si sia in presenza di una norma (conformativa) imperativa.

⁷⁶ Quanto il diritto dispositivo colma, invece, una *lacuna originaria* del contratto, il

6. B) *L'integrazione "cogente" del contratto nei rapporti contrattuali tra imprese: a) la normativa sui ritardi di pagamento*

L'esito cui è approdata – come abbiamo visto nei paragrafi precedenti – la Corte di giustizia UE, escludendo una integrazione *giudiziale* dei contratti dei consumatori a seguito della dichiarazione di nullità di clausole vessatorie in essi contenute, trova riscontro – nell'ambito tutt'affatto diverso dei rapporti contrattuali tra professionisti – nella modifica che il legislatore europeo ha introdotto in materia di "sostituzione" delle clausole di tali contratti che abbiano derogato "abusivamente" alla disciplina legale sulle conseguenze dei ritardi di pagamento.

L'esame anche di questa normativa è interessante, in quanto consente di trovare significativa conferma (anche in questo settore) alla ricostruzione che abbiamo sopra proposto in materia di contratti dei consumatori (pur non sottacendo alcune differenze che permangono tra i due ambiti, differenze che – con riferimento al tema qui trattato – si palesano cionondimeno come secondarie).

Come è noto, la direttiva 2000/35/CE aveva introdotto nell'art. 3, comma 3, una previsione che, se da un lato rendeva "derogabile" (dalle pattuizioni dei contraenti) la disciplina in materia di termine del pagamento e di conseguenze del ritardo, dall'altro stabiliva che l'accordo in deroga non potesse essere fatto valere «se, considerate le circostanze del caso, ivi compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, *risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore*», con l'aggiunta che una volta accertata la grave iniquità (dell'accordo) dovessero applicarsi «i termini legali, *a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità*»⁷⁷.

La previsione aveva sollevato non poche perplessità, non tanto sotto il profilo della ipotizzata sostituzione della/e clausola/e nulla/e con il diritto "dispositivo" (sostituzione che – come vedremo – viene confer-

presupposto è che l'autonomia privata *non abbia voluto* (piuttosto che: *non sia stata in grado di*) formulare una regolamentazione alternativa.

⁷⁷ Il legislatore italiano aveva – dal canto suo – dato attuazione alla disposizione della direttiva, prevedendo al comma 3 dell'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002, che «Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo».

mata anche nella più recente versione della normativa in esame), quanto per la possibilità che – in alternativa a tale “sostituzione” – il giudice adottasse un provvedimento di “*riconduzione ad equità*” del contratto, ossia operasse una modifica della clausola “illecita” tale da riportarne il contenuto entro i limiti di una deroga “ammissibile” (in quanto, appunto, qualificabile come “*non iniqua*”) alla regolamentazione legale.

È, probabilmente, in considerazione di tali motivi di perplessità⁷⁸

⁷⁸ In parte alimentati – a dire il vero – da ricostruzioni discutibili del “potere di correzione giudiziale” previsto dal citato art. 3, comma 3, direttiva 2000/35/CE.

Non pochi autori, infatti, avevano legato il carattere (suppostamente) “eversivo” – o, comunque, fortemente “deviante” rispetto ai principi – del previsto potere giudiziale di “correzione” del regolamento contrattuale, all’idea che il giudice dovesse/potesse esercitare tale potere alla stregua di un ipotetico modello di “equilibrio” e/o di “giustizia” contrattuale, che si sarebbe pertanto “sovrapposto” alle logiche del mercato e della specifica convenzione (cfr., in questa prospettiva, ad es., PERRONE, *L'accordo gravemente iniquo nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, p. 67, nonché G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, p. 5).

A questa lettura, se ne è (era) contrapposta – tuttavia – una diversa, la quale contesta(va) che la tecnica adoperata sia (fosse) volta a veicolare nel contratto «valori altri ... [e] confliggenti», secondo una strategia neoconformativa «dell'atto di autonomia privata al dovere di solidarietà consacrato nell'art. 2 Cost.» (così PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, cit., supra, p. 71 1 nota 11 il quale richiama sul punto l'analisi di R. ALESSI, *Transazioni commerciali e redistribuzione tra le parti del costo del ritardato pagamento: per una lettura del D.Lgs. n. 231/2002 al riparo dall'ambiguo richiamo all'“equità”*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, III, p. 6).

A supporto di quest'ultima interpretazione (che anche a chi scrive sembra quella maggiormente aderente alla lettera e alla *ratio* della normativa in esame) basti evidenziare che l'intervento del giudice (secondo il meccanismo della c.d. “riduzione conservativa”) si sarebbe dovuto muovere in definitiva nella prospettiva di un “riaccostamento” del concreto regolamento contrattuale alle “(corrette) prassi di mercato”, dalle quali i contraenti si erano (in ipotesi) indebitamente allontanati. Detto altrimenti, il pensiero del legislatore sembra essere (stato) nel senso che è “*equo*” ciò che risulta conforme al mercato. Ed è proprio in considerazione di ciò – si noti – che tale normativa poteva prospettare la possibile “*iniquità*” dello stesso “diritto dispositivo” (in quanto quest'ultimo prefigura – com'è ovvio – una soluzione “equilibrata” solo *in astratto*, e con riferimento – necessariamente – al momento in cui la regola dispositiva è stata formulata), ipotizzando la (altrimenti incomprensibile) alternativa che l'art. 3, comma 3, dir. 2000/35/CE pone(va) al giudice: applicare “i termini di legge” ovvero “riconduurre ad equità” il contratto (con il sottinteso – appunto – che quest'ultima soluzione a-

che – intervenendo in sede di modifica della direttiva del 2000 – il legislatore europeo ha variato, fra l'altro, anche la formulazione che era contenuta nel precitato art. 3, comma 3.

La normativa che interessa si trova adesso nell'art. 7 della (nuova) direttiva 2011/7/UE⁷⁹, nel quale è scomparsa la previsione di un potere “correttivo” del giudice, in alternativa all'inserimento nel contratto della disciplina (dispositiva) di legge⁸⁰.

vrebbe potuto/dovuto essere adottata nell'ipotesi in cui la regolamentazione suggerita dal diritto dispositivo apparisse *nelle circostanze concrete*, anch'essa – al pari della determinazione convenzionale abusiva, se pur in direzione opposta – troppo lontana dai dati di mercato attuali, e, dunque – per quanto detto – dall'equità).

Parlano di «una tutela del mercato e del contratto che agisce *all'interno di essi*», BENEDETTI e GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, cit., 1079, pur aggiungendo che si tratta di «un ordine giuridico del mercato e del contratto, che va *costruito* (sempre più minuziosamente) dal legislatore, con l'obiettivo dell'efficienza (sostituendo in tutto o in parte l'ordine spontaneo del mercato); con il che si apre il problema del rapporto tra libertà e autorità, che certamente l'approccio ordoliberalo risolve in senso autoritario, cioè intervenendo direttamente sulla struttura e sulla funzione del mercato e del contratto» (ma v. anche l'affermazione che si legge nel § 3, dove gli aa. osservano che «appunto perché l'ordoliberalismo si prefigge di produrre un mercato efficiente a mezzo di un contratto efficiente, l'autonomia privata è sempre incoraggiata, *salvo che sia funzionalmente orientata in senso contrario al mercato*, e come tale sia un fattore di fallimento del mercato ...»: corsivo aggiunto).

⁷⁹ Su cui v., per intanto, G. SPOTO, *La nuova direttiva contro i ritardi di pagamento della P.A.*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 443 ss.; PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 912*, Torino, 2013, e T. PASQUINO, *D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (come modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, nel *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2013.

⁸⁰ Con ampia ed articolata argomentazione, una acuta dottrina ha esperito il tentativo (sin qui isolato) di dimostrare che – a dispetto delle apparenze – il potere di “correzione giudiziale” (nella forma della c.d. “riduzione conservativa” della clausola abusiva) non sarebbe venuto meno, quale possibile alternativa alla applicazione (in sostituzione della clausola nulla) del diritto dispositivo (v. in questo senso la posizione di S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, cit., 406 ss., e, ora, ID. *Profili sull'integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, cit., p. 67 ss., *supra* in questo volume).

Senonché, anche a ritenere (come assume l'a. in esame) che – nonostante il richiamo esplicito (e – sembrerebbe – *esclusivo*) agli artt. 1339 e 1419 cpv., e dunque ad una forma di integrazione “legale” – il nuovo testo dell'art. 7 d.lgs. n. 231/2012 sia

L'impressione è, dunque, che si sia voluta escludere la possibilità di

«*neutro* quanto alle conseguenze originarie dal caducarsi della clausola gravemente iniqua», non si vede come ciò possa aprire la strada all'ammissione di un perdurante (sebbene non più espressamente previsto) potere di "integrazione equitativa" del contratto ad opera del giudice.

Una simile tesi si scontra, infatti, con due obiezioni difficilmente superabili: *a*) la prima è che essa suppone l'esistenza di un *generale* "potere correttivo" del giudice (che, pertanto, non abbisognerebbe di una specifica previsione legislativa), esistenza che però è tutt'altro che pacifica (cfr. *supra*, e v. anche ad es. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di 'abuso dell'autonomia contrattuale'*, in *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, p. 234), e che – se fosse vera – avrebbe reso superflua la stessa originaria previsione di cui all'art. 3, comma 3, della direttiva (articolo che, invece, è stato generalmente percepito come una disposizione che dettava una regola *assolutamente inedita e "dirompente"*); *b*) la seconda è che l'unica norma nella quale potrebbe individuarsi il fondamento di un siffatto potere (che non potrebbe che essere un potere di integrazione "equitativa") è l'art. 1374 c.c., che però subordina l'integrazione del contratto a mezzo dell'equità all'assenza di una norma(tiva) di legge (con la conseguenza che – in mancanza di una esplicita statuizione del legislatore, quale era contenuta nell'art. 3, comma 3, direttiva 2000/35/CE e nel testo originario dell'art. 7, d.lgs. n. 231/2002 – il potere correttivo del giudice non può più esplicitarsi, quanto meno tutte le volte in cui esista un diritto legale dispositivo al quale far riferimento per colmare la lacuna contrattuale).

Per la verità, la dottrina in esame ritiene che – nel caso in questione – sia la *buona fede* (e non l'equità) a svolgere tanto il ruolo di criterio "invalidante" della pattuizione inammissibilmente svantaggiosa per il creditore, quanto la funzione di (costituire) fondamento e misura dell'integrazione del contratto affidata alla determinazione giudiziale (ma su quest'ultimo punto il pensiero di P. non è univoco, perché in qualche passaggio l'a. parla anche di "equità giudiziale che integra il contratto ove la situazione complessiva lo lasci trasparire come necessario»: cfr. *Profili sull'integrazione*, cit., *supra*, p. 91). Entrambe queste premesse sono tuttavia contestabili.

Quanto alla prima deve ritenersi che – analogamente a quanto avviene per le clausole "vessatorie" nei contratti dei consumatori – sia propriamente l'*iniquità* della pattuizione in deroga la ragione che giustifica la nullità della clausola (il che non esclude che il giudizio di iniquità passi *anche* attraverso la valutazione della correttezza del comportamento del contraente-debitore) (sul punto v. anche quanto diciamo *infra*, testo e nota 87 ss.).

Relativamente poi all'attribuzione in generale alla buona fede del ruolo di fonte/criterio di integrazione "correttiva" del contratto, va osservato – anche a prescindere dai rilievi già sopra svolti (v. *supra*, par. 4, i.f.) – che, ancora una volta, sarebbe comunque difficile immaginare, quanto meno allorché si sia in presenza di una disciplina *specificata* posta dal legislatore, che il giudice possa (senza che a ciò esplicitamente lo autorizzi il legislatore) integrare il contratto facendo ricorso al criterio *indeterminato e generico* della buona fede, anziché alla normativa di legge.

un intervento sul contenuto del contratto, che affidi (come avveniva in precedenza) *al giudice* il potere (eventualmente) di determinare (sostituendosi ai contraenti, che hanno evidentemente “fallito” nel loro tentativo di modifica della disciplina “dispositiva”) una regola – *diversa (anche) da quella legale* (sul presupposto, evidentemente, della presenza comunque di “motivi oggettivi” che giustificavano il discostarsi dalla misura legale degli interessi di mora, e/o al periodo di pagamento) – che possa dirsi “equa”, in quanto idonea a tener conto dell’interesse del debitore a modificare (*in considerazione dei suddetti “motivi oggettivi”*) la disciplina legale, senza tuttavia sacrificare in maniera eccessiva l’interesse del creditore.

Se si volessero individuare le ragioni di questo *révirement* (del legislatore europeo)⁸¹ si potrebbe anzitutto supporre che si sia in tal modo voluta scongiurare la (inevitabile) “variabilità” delle decisioni giudiziali emesse in applicazione della suddetta disposizione, sebbene una tale variabilità si possa (in realtà) considerare almeno in parte giustificata dalla necessità (esplicitamente, del resto, richiamata dalla stessa disciplina in esame) di tener conto delle specifiche circostanze che accompagnano ciascun singolo caso concreto.

Ancor più persuasiva è, piuttosto, la supposizione che il legislatore abbia (accanto a quella “variabilità”) considerato altresì – e soprattutto – la complessità e la difficoltà del compito che, secondo la previsione ora soppressa, veniva ad essere fatto gravare sui giudici. Già è difficile accertare quali sono – in un dato mercato, e nel particolare momento temporale considerato – le «corrette prassi commerciali», e quali i «motivi» suscettibili di essere ritenuti “oggettivamente” tali da giustificare (eventualmente) uno scostamento da tali prassi. Se, poi, il giudice – accertata la sussistenza di siffatti “motivi” – viene chiamato a decidere anche *la misura* dello “scostamento” (dalle prassi commerciali) *compatibi-*

⁸¹ Come già detto (v. la penultima nota), non si condivide qui la lettura (dell’art. 3, comma 3, della direttiva 2000/35/CE) secondo la quale la correzione giudiziale del contratto ipotizzata da tale disposizione fosse preordinata all’attuazione di un modello di “equilibrio” e/o di “giustizia contrattuale” *antagonista* rispetto alla “logica del mercato”. Conseguentemente non riteniamo che il legislatore europeo sia stato sensibile alla critica della direttiva del 2000 fondata su quella lettura, mentre ipotizziamo che egli abbia tenuto conto di *altre* possibili *obiezioni* alla “correzione giudiziale” del contratto nelle fattispecie in esame.

le con un canone di correttezza e buona fede nei rapporti tra i contraenti (in particolare quelli coinvolti nella controversia in esame), si comprende bene come l'insieme di elementi che devono (essere disponibili ed) essere tenuti presenti per effettuare siffatte valutazioni secondo criteri che si vogliano non meramente "soggettivi" (e, quindi, in qualche misura, arbitrari), sia notevole, e tale – come si diceva poc' anzi – da onerare il giudice di un compito particolarmente gravoso⁸².

Sta probabilmente in ciò – lo si ripete – una delle ragioni per le quali si è deciso di non prevedere più un potere di correzione giudiziale delle clausole contrattuali in esame, lasciando residuare – quale unico strumento di integrazione della lacuna conseguente alla caducazione delle clausole "abusive" – il ricorso al diritto dispositivo.

⁸² Ma, per un punto di vista che tende a "ridimensionare" – con riferimento alla fattispecie in esame – l'impatto sul regolamento negoziale dell'intervento "correttivo" del giudice (nella ipotizzata forma di una «riduzione conservativa» della pattuizione abusiva), v. ancora PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, cit., *supra*, pp. 81-82, posizione che porta l'a. ad enfatizzare invece – quale supposta, ma criticabile, *ratio* di una esclusione del potere di correzione giudiziale della clausola – una finalità "punitivo/sanzionatoria" affidata alla normativa in esame.

Senonché, il problema vero non è tanto quello di una maggiore o minore "invasività" (a sua volta valutabile – secondo le prospettive da cui si muova – come più o meno "opportuna" e/o compatibile con i principi del nostro ordinamento) dell'intervento del giudice rispetto all'atto di "autonomia privata", quanto piuttosto quello – sul quale insistiamo nel testo – della "praticabilità" (se si vuole usare questo termine) di valutazioni giudiziali che risulterebbero alquanto complesse (e certamente difficili da compiere), e, soprattutto, non potrebbero non apparire comunque "arbitrarie" ove ad effettuarle siano non già le parti "interessate", bensì un terzo estraneo. Né è a dire (come sembra supporre dalla dottrina in esame) che il compito in questione è semplificato dalla possibilità (e, anzi, dalla necessità) di far riferimento ai "valori di mercato", che fornirebbero un punto di riferimento "oggettivo" e "certo", al quale ancorare le suddette valutazioni. Gli è che – anche ad ammettere (senza però concederla) la correttezza di un mero *rinvio* alle condizioni di mercato (senza tener conto, insomma – come pur sembrerebbe corretto fare – delle circostanze del caso concreto) – non è chi non veda come sia illusorio immaginare che ciò semplifichi il compito del giudice. Come insegna la vicenda dei cc.dd. «interessi uso piazza», non è affatto facile – anche in settori come quello bancario, nei quali esistono molteplici strumenti (a vari fini) preordinati alla rilevazione del livello degli interessi (e a maggior ragione – deve supporre – in ambiti che non conoscono forme di regolamentazione e di controllo analoghi) – individuare i cc.dd. "valori di mercato", ai quali poi nella specie il giudice dovrebbe far riferimento per stabilire la misura "equa" (o, se si preferisce, *non iniqua*) entro cui i contraenti avrebbero potuto derogare alla regolamentazione legale.

Che tutto questo – di fatto – finisca per connotare (in alcuni casi, almeno)⁸³ in senso “punitivo/sanzionatorio” il trattamento dell’abuso della libertà contrattuale nella materia in esame è probabilmente vero.

Tuttavia, c’è da considerare: *a)* anzitutto, che quest’effetto punitivo/sanzionatorio non si verifica sempre (e, in particolare, che esso *non* sussiste allorché il contenuto della regolamentazione legale *non* si discosti – o, non si discosti *significativamente* – dai valori di mercato, e non vi sono *altri* “motivi oggettivi” che giustifichino la deroga ad essa); *b)* che, nelle restanti ipotesi (ossia nelle ipotesi in cui l’applicazione del diritto dispositivo possa risultare, invece, “punitiva” per il debitore), l’effetto sanzionatorio può anche ritenersi giustificato, posto che tali ipotesi saranno verisimilmente caratterizzate dall’assenza di “motivi oggettivi” per derogare al diritto dispositivo e/o comunque dalla “gravità” dello scostamento dalla prassi commerciale (che – non si dimentichi – deve altresì risultare realizzato «*in contrasto con il principio di buona fede e correttezza*»)⁸⁴.

⁸³ Ossia, nei casi in cui risultano (congiuntamente) le seguenti due condizioni: *a)* esistono “motivi oggettivi” che giustificavano la deroga al diritto dispositivo; e, soprattutto, *b)* il contenuto della regolamentazione legale è significativamente distante (per difetto) dai valori di mercato (ossia da quei “valori” che – ove osservati dai contraenti – avrebbero, *de plano*, sancito la piena legittimità della clausola di deroga (al diritto dispositivo), posto che premessa del sindacato della soluzione convenzionale è che questa si sia discostata – anzi: gravemente discostata – dalle corrette prassi commerciali).

⁸⁴ Distaccandoci dalla corrente opinione, che considera (anche nel contesto normativo in esame) la formula «*buona fede e correttezza*» come un’endiadi (sostanzialmente assumendo che “buona fede” e “correttezza” siano termini sinonimi), non ci sembra azzardato ipotizzare che, almeno nella specie, risulti maggiormente plausibile un’interpretazione che assegni alle due nozioni significati diversi, e che in particolare assuma che la “buona fede” rilevi qui nell’accezione *soggettiva* del termine (ossia come ignoranza di ledere l’altrui diritto).

Con il che, mentre per un verso si “restringe” l’ambito di applicazione della fattispecie (benché solo *apparentemente*, perché se è vero che in tal modo si aggiunge un ulteriore requisito – la *mala fede in senso soggettivo* del debitore –, è vero anche che nei casi rilevanti sarà possibile considerare tale requisito, se non proprio come sussistente *in re ipsa*, comunque come agevolmente provabile, anche a mezzo di presunzioni), per altro verso si ha la possibilità di *giustificare* il carattere “punitivo/sanzionatorio” che la disciplina in esame (almeno in parte) certamente possiede.

Si aggiunga che la *consapevolezza* (del debitore) di ledere l’interesse della controparte (e dunque il carattere *doloso* del suo comportamento) costituisce un elemento

Epperò, come già detto – e a dispetto dell'enfasi che alcuni *Considerando* della direttiva 2011/7/UE pongono sulla necessità di combattere i ritardi dei pagamenti⁸⁵ – rimane comunque vero, a nostro avviso, che *non* è la volontà di *accentuare* il carattere “sanzionatorio” (e, dunque, la funzione di dissuasione preventiva) della disciplina in esame la ragione principale (e, tanto meno, quella esclusiva) che sta alla base del mutato avviso del legislatore europeo, il quale è stato a ciò indotto piuttosto dalle altre ragioni cui si è sopra accennato, ossia in particolare dalle indubbie difficoltà connesse ad una “integrazione/correzione” *giudiziale* del contratto nella materia in questione.

(soggettivo) della fattispecie *coerente* con la sua qualificazione in termini di “abuso” (della libertà contrattuale). A quest'ultimo riguardo, giova osservare che – sebbene il comportamento illecito sanzionato dalla normativa in esame sia (formalmente) un comportamento *bilaterale* (ossia un “accordo” di deroga al diritto dispositivo) – in realtà è ben chiaro che quel che il legislatore “punisce” è l'*abuso del debitore* (lo si ricava – *ça va sans dire* – dalla circostanza che l'«accordo gravemente iniquo» è tale in quanto *in danno del creditore*; si noti poi come il testo della direttiva 2011/7/UE parli esplicitamente – all'art. 7 – di «motivi oggettivi *del debitore*» per derogare alla regolamentazione legale, formula che sarebbe financo contraddittoria se non la si intendesse come evocativa della circostanza che è il debitore, in vista del proprio interesse, ad *imporre* all'altra parte l'inserimento nel contratto di determinate clausole).

⁸⁵ Cfr., ad es., il *Considerando* n. 12: «I ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori nella maggior parte degli Stati membri dai bassi livelli dei tassi degli interessi di mora applicati o dalla loro assenza e/o dalla lentezza nelle procedure di recupero. È necessario un passaggio deciso verso una cultura dei pagamenti rapidi ...»; oppure il *Considerando* n. 28: «La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale a danno del creditore. Di conseguenza, quando una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non sia giustificata sulla base delle condizioni concesse al debitore, o abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, si può ritenere che si configuri un siffatto abuso. A tale riguardo e conformemente al progetto accademico di quadro comune di riferimento, qualsiasi clausola contrattuale o prassi che si discosti gravemente dalla corretta prassi commerciale e sia in contrasto con il principio della buona fede e della correttezza dovrebbe essere considerata iniqua per il creditore. In particolare, l'esclusione esplicita del diritto di applicare interessi di mora dovrebbe essere sempre considerata come gravemente iniqua, mentre l'esclusione del diritto al risarcimento dei costi di recupero dovrebbe essere presunta tale. La presente direttiva non dovrebbe incidere sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali inique nei confronti del debitore».

Tanto premesso, merita a questo punto di essere svolta qualche considerazione conclusiva sul meccanismo di integrazione residuo (in via esclusiva) dopo l'eliminazione della possibilità di "riduzione conservativa" ad opera del giudice, ossia quello della "inserzione" nel contratto – in sostituzione delle clausole "abusivamente" derogatorie (e, come tali, "nulle", secondo la declinazione del legislatore domestico) – delle regole "dispositive" legali (*l'applicazione dei "termini legali"*, per usare la formula della direttiva 2011/7/UE).

Prima, però, è opportuno un (sia pur) rapido cenno al problema del fondamento della nullità (delle clausole) disposta dal legislatore nella normativa in esame.

A quest'ultimo riguardo non sembra condivisibile la tesi – cui si è già accennato – secondo la quale sarebbe la *buona fede* il criterio alla cui stregua si determinerebbe (secondo l'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 231/2002) l'invalidità della clausola in quanto «*non giustificata* (perché sproporzionatamente svantaggiosa in danno del creditore)»⁸⁶. A nostro avviso, infatti, non diversamente da quanto accade nella fattispecie delle clausole "vessatorie" contenute nei contratti dei consumatori, è l'*equità*

⁸⁶ Così PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, cit., *supra*, p. 91.

A questa tesi – che richiama la "buona fede" quale criterio per reprimere lo "squilibrio" economico insito in determinate pattuizioni – può fra l'altro obiettersi che ci si allontana, così ragionando, da quella "nozione" di buona fede che sino ad oggi è stata accreditata dalla dottrina e dalla giurisprudenza (almeno con riferimento alla b.f. come fonte di obblighi "integrativi") nei termini di un comportamento che tenga in considerazione, anche al di là di specifici obblighi gravanti sulla parte, gli interessi e le esigenze dell'altro contraente, *nei limiti in cui ciò non comporti un (apprezzabile) sacrificio dell'interesse proprio* (cfr., tra le tante, Cass., 22 novembre 2000, n. 15066, in *Banca borsa*, 2002, II, p. 109 ss.).

Si può anche convenire che quest'ultima formula sia espressiva di una valenza (se si vuole) "debole" assegnata al precetto di buona fede con riferimento alla sua effettiva incidenza sul contenuto del regolamento negoziale, ma bisognerà d'altro canto riconoscere che – se si vogliono assegnare alla buona fede altre e più pregnanti funzioni – allora sarà giocoforza modificare quella "nozione", e costruire un concetto (di buona fede) diverso (che valga, ad es., ad individuare una nozione di b.f. cui far riferimento quando tale canone venga utilizzato come "criterio di validità" – anziché come fonte di integrazione" – del regolamento contrattuale).

Sui limiti del ruolo della b.f. quale criterio di governo della fase dell'esecuzione del contratto si veda comunque, ancora, la citazione di Mengoni, riportata *supra* alla nota 8.

– intesa appunto come *equilibrata composizione degli interessi dei contraenti* (arg. ex art. 1371 c.c.) alla luce delle circostanze concrete – ad assumere il ruolo (anche per essa, in verità, inedito)⁸⁷ di criterio “materiale”⁸⁸ sulla base del quale valutare la *liceità* (= non abusività) della *misura* della deroga al diritto dispositivo prevista nel contratto⁸⁹; con la

⁸⁷ Se si prescinde – appunto – dal “precedente” costituito dalla nullità delle clausole “vessorie” nei contratti dei consumatori (nullità, difatti, anch’essa derivante dallo “*squilibrio*” significativo che tali clausole producono nei diritti e obblighi scaturenti dal contratto).

V. anche la nota seguente.

⁸⁸ Laddove la *buona fede* esprime semplicemente una regola generale di *comportamento corretto*, e come tale non prescrive alcun “contenuto” (materiale) particolare, alla cui stregua possa sindacarsi il contratto (o le singole clausole) posto in essere dalle parti. V. anche la nota precedente.

⁸⁹ La tesi sostenuta nel testo riecheggia quella (ben nota) che è stata formulata da MENGONI (cfr. *Problemi di integrazione della disciplina dei ‘contratti del consumatore’ nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, pp. 535 ss., 541, nota 10, e ora in *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castronovo-Albanese-Nicolussi, Milano, 2011, p. ...), per spiegare la nullità delle clausole “vessorie” nei contratti dei consumatori (v. anche *supra*).

Secondo questa autorevolissima opinione (che si è posta, sul punto, in posizione divergente rispetto alla tesi prevalente), «fondamento della sanzione di inefficacia della clausola (giudicata) vessatoria non è un abuso di potere contrattuale imputato al professionista, ma l'*iniquità* della clausola in sé considerata, verificata dal giudice alla stregua di una “valutazione globale degli interessi in causa”».

In altre parole, la normativa sulle clausole vessatorie non avrebbe sancito l’ingresso nel nostro sistema dell’idea (propria di altri ordinamenti, e in particolare di quello tedesco) di un controllo affidato alla buona fede in funzione (caducatoria e) correttiva dell’atto di autonomia, dovendosi piuttosto (e più correttamente) vedere nel controllo sul contratto introdotto dalla nuova normativa un’espressione del criterio dell’equità, che non è – a differenza della buona fede – una clausola generale («non individua parametri per la formazione giudiziale di regole di decisione»), ma è piuttosto «un criterio di giudizio rapportato a circostanze di fatto irriducibili a tipologie generali, delle quali il giudice è tuttavia autorizzato a tenere conto ai fini dell’integrazione delle lacune del contratto secondo esigenze di giustizia del caso concreto».

Di qui la conclusione, secondo la quale “... La novità introdotta nel sistema dall’art. 1469-bis [ora art. 33 cod. cons.] non tocca il principio di correttezza-buona fede ... La novità riguarda l’art. 1374: nella disciplina dei contratti del consumatore l’*equità* allarga i poteri del giudice non solo in funzione integrativa (delle lacune) del contratto, ma anche in funzione correttiva del suo contenuto mediante *caducazione delle clausole giudicate vessatorie*» (corsivo aggiunto). Più in particolare – secondo l’opinio-

buona fede/correttezza chiamata piuttosto (unicamente) ad *integrare* il giudizio, arricchendo gli elementi valutativi di cui il giudice dovrà tener conto con la considerazione anche del *comportamento del soggetto* (debitore), e dunque delle *modalità* attraverso le quali è maturata la deroga al diritto dispositivo⁹⁰.

Ciò chiarito, si può tornare adesso al tema (che interessa in particolare, visto l'oggetto del presente saggio) del meccanismo, ormai unico, di integrazione del contratto dal quale sia stata espunta la pattuizione "iniqua" in materia di fissazione dei termini di pagamento e di determinazione degli interessi di mora.

L'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002 – nel testo attualmente vigente – dispone (come si è già ricordato) che, a seguito della dichiarazione di nullità, «*si applicano gli artt. 1339 e 1419, comma 2, del codice civile*».

La formulazione della norma appare concettualmente imprecisa, se non – addirittura – fuorviante. Come abbiamo sopra visto, infatti, gli artt. 1339 e 1419, cpv. c.c. riguardano il fenomeno dell'inserzione nel con-

ne qui riassunta – la normativa sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sottoporrebbe le clausole contrattuali ad un *test di ragionevolezza* («intesa quale criterio di bilanciamento degli interessi in causa, nel che consiste l'essenza pragmatica dell'equità»), investendo il giudice di un potere (equitativo) di «correzione» del contratto, nel quale egli non deve far capo a «standard etico-sociali di valutazione» (del comportamento del professionista nella formazione del contratto), ma deve invece valutare la *giustificatezza, secondo criteri di razionalità materiale* (sembra qui alludersi – da parte di Mengoni – all'esistenza di un valido "interesse economico, di razionalità imprenditoriale") della deroga portata al diritto dispositivo e al criterio di giustizia ad esso sottostante (per una convinta adesione alla tesi di Mengoni, cfr. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella conclusione del contratto*, in *Riv. dir.civ.*, 2002, pp. 37 ss., spec. 49 ss.).

Riteniamo che queste considerazioni si ataglino anche alle «clausole *inique*» in materia di ritardi di pagamento (e di loro conseguenze), potendosi vedere in queste clausole un'ipotesi di "vessatorietà"/abuso (eccezionalmente) rilevante anche in materia di *rapporti contrattuali tra professionisti*, e non essendoci ragione per ricostruire diversamente (dal punto di vista concettuale) i due fenomeni.

⁹⁰ Cfr. anche SCODITTI, *La responsabilità per danni da clausola abusiva*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, pp. 1 ss., spec. 17-18, laddove l'a. vede nel fenomeno (della repressione) delle clausole abusive la sanzione conseguente al difetto di una «condizione di validità» (costituita dall'equità) al quale si accompagni (come "requisito ulteriore") il «dato comportamentale» costituito dalla *mala fede* (che l'A. fa consistere nella condotta di "imposizione" al consumatore del regolamento contrattuale unilateralmente predisposto).

tratto (anche in sostituzione di eventuali clausole pattizie difformi) di regole legali *imperative* (ossia di contenuti “*imposti*” dalla legge, secondo quanto recita esplicitamente l’art. 1339 c.c.)⁹¹, mentre le norme sui termini di pagamento e sulle conseguenze del ritardo sono configurate dal legislatore come norme *derogabili* (e dunque non possono che essere considerate estranee all’ambito di “applicazione” delle due disposizioni in questione)⁹².

E, siccome non si può pensare che esse *si trasformino* in norme “cogenti” *a seguito della deroga “abusiva”* posta in essere dagli accordi dei contraenti⁹³, è evidente che il fondamento normativo della inserzione nel contratto delle norme legali pertinenti (in sostituzione delle clausole dichiarate nulle) non può che essere ricercato in disposizioni diverse dagli artt. 1339 e 1419 c.c.

Come abbiamo già sostenuto a proposito dell’analogo meccanismo di integrazione operante nei contratti dei consumatori, tale fondamento

⁹¹ V., in senso conforme, D’ADDA, *La correzione del contratto “abusivo”*, cit., pp. 379-80.

⁹² Quand’anche si volesse ragionare mantenendo fermo il riferimento agli artt. 1339 e 1419 cpv., è chiaro che non si sfugge alla seguente alternativa: o queste norme sono suscettibili di essere interpretate come riferentesi anche al fenomeno della sostituzione di clausole (nulle) mediante norme di legge “dispositive”, e allora il richiamo ad esse operato dall’art. 7, d.lgs. n. 231/2002 (nuovo testo) risulterebbe sostanzialmente superfluo, in quanto al medesimo risultato si sarebbe potuti pervenire anche in via interpretativa; oppure (come riteniamo) il tenore letterale e la *ratio* delle disposizioni in questione non consentono di intenderle come riferite anche al diritto «dispositivo», e allora risulta confermata la necessità di una espressa “estensione” operata dal legislatore (come avrebbe fatto l’art. 7 cit.), ma sarebbe altresì chiaro che l’attribuzione al diritto dispositivo di questa inedita funzione integrativa discenderebbe non già dagli artt. 1339 e 1419 cpv. (norme *di per sé* inidonee a supportare un tale esito, per quanto latamente interpretate), bensì proprio dalla espressa (ed ulteriore) previsione del legislatore.

⁹³ E cfr. PAGLIANTINI, *Profili sull’integrazione del contratto asimmetrico parzialmente nullo*, cit., *supra*, pp. 73-74 il quale pone giustamente in rilievo che la natura (cogente o dispositiva) di una norma giuridica non può essere *variabile*, e, comunque, deve (poter) essere stabilita *a priori*.

Afferma invece che, nelle ipotesi considerate, sebbene non vi siano specifiche norme inderogabili, è «l’intera disciplina che lo diventa nel momento in cui l’esercizio abusivo del potere contrattuale della parte forte piega la clausola a raggiungere l’effetto vietato», VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 71.

normativo va, per l'esattezza, individuato nell'art. 1374 c.c., sia pure con la necessità di precisare – come già sappiamo – che ad un tale risultato si perviene in virtù di una interpretazione “*evolutiva*”, che oggi deve darsi (ed è possibile dare) della disposizione in esame⁹⁴.

E proprio perché ricostruibile *in via interpretativa*, un tale risultato (integrazione a mezzo del diritto dispositivo) non richiede(va) alcuna espressa previsione da parte del legislatore. Il che – conclusivamente – consente di ritenere che l’“improprietà” (secondo quanto si è sopra sostenuto) del richiamo operato dall'art. 7 (nuovo testo) del d.lgs. n. 231/2002 agli artt. 1339 e 1419 cpv. c.c. non lascia comunque privo di risposta il problema della integrazione dei contratti di cui risultino caducate clausole che abbiano “abusivamente” derogato alla regolamentazione legale in materia di termini di pagamento e di conseguenze del ritardo.

⁹⁴ Nella logica del codice civile (e quindi anche dell'art. 1374 c.c., interpretato secondo il contesto originario in cui tale norma si inseriva) il diritto dispositivo era (è) destinato ad integrare il contratto solo in caso di lacuna “originaria”, non essendo immaginabile una lacuna “sopravvenuta”, in quanto la deroga al diritto dispositivo ad opera delle clausole convenzionali non avrebbe giammai – e per definizione – potuto dar luogo ad una ipotesi di invalidità delle clausole medesime.

È il fenomeno della “*derogabilità condizionata*”, che caratterizza alcune previsioni normative del “nuovo diritto dei contratti” (e il connesso fenomeno, che si è convenuto – anche in questo contributo – di indicare con la formula della «*nullità per abuso*»), che consente (e – in certo senso – impone) oggi di leggere *estensivamente* (recte: *evolutive*) l'art. 1374 c.c., allargando l'operatività della integrazione “legale” prevista da tale disposizione anche alla ipotesi di lacuna “sopravvenuta”.