

PROCESSO E TECNICHE DI ATTUAZIONE DEI DIRITTI

**Omaggio a Salvatore Mazzamuto
a trent'anni dal convegno palermitano**

a cura di
GIUSEPPE GRISI



JOVENE EDITORE 2019

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2019

ISBN 978-88-243-2599-8

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109

80134 NAPOLI - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19

Fax (+39) 081 552 06 87

website: www.jovene.it

email: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi.

Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248.

È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy

Stampato in Italia

ARMANDO PLAIA

PROFILI EVOLUTIVI
DELLA TUTELA CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della tutela contrattuale dal punto di vista del tipo di (disciplina del) contratto: contratto autoctono e contratto europeo. – 2. L'evoluzione della tutela contrattuale dal punto di vista del tipo di tutela: impugnazione del contratto invalido. – 2.1. (*Segue*) Tutele che costituiscono «effetto» della fattispecie contrattuale. – 3. Le tutele nel diritto europeo dei contratti: dai «fallimenti dell'autonomia privata» ai «fallimenti del mercato». – 4. L'arretramento della tutela nel contratto di diritto europeo conseguente alla dimensione seriale degli scambi: lo scopo della tutela «esterno» rispetto al contratto. – 5. L'arretramento della tutela nel contratto domestico: l'accordo come tecnica di tutela. – 6. Conclusioni.

1. *L'evoluzione della tutela contrattuale dal punto di vista del tipo di (disciplina del) contratto: contratto autoctono e contratto europeo*

È possibile individuare alcune ragioni per sostenere che le regole sulla tutela contrattuale hanno subito una metamorfosi e mutato il proprio ambito operativo nell'ultimo trentennio, quello in cui, per un'evoluzione in senso concorrenziale del capitalismo, il diritto dei contratti ha conosciuto il tramonto del principio dello scambio, e il definitivo consolidarsi del principio di concorrenza¹. L'itinerario si snoda inevitabilmente attraverso taluni passaggi già indagati e recensiti dalla dottrina e qui invece sommariamente ripresi. E muovendosi nella frammentarietà e «disorganicità»² di cui è intrisa la recente disciplina del contratto, tenta di tratteggiare le coordinate essenziali rinvenibili nel nuovo sistema delle tutele contrattuali³. Il tema imporrebbe ben più approfondita analisi ri-

¹ Sul mutamento di paradigma cfr. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, 82. Sugli equivoci presenti nell'approccio dei giuristi italiani al tema della concorrenza cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1429.

² Cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015.

³ Sembra preferibile parlare qui di «tutele» e non di «rimedi» per non cadere nel discorso anfibologico emerso nel recente dibattito sul tema. Per una critica del c.d. «rimediali-

spetto alla ricostruzione che in queste pagine si offre, così come la letteratura richiamata nelle note è volutamente essenziale.

Intanto, occorre premettere che questa trasformazione delle tutele contrattuali ha connotazioni assai diverse a seconda che si prenda in considerazione il contratto di diritto comune autoctono⁴ o invece il contratto europeo⁵ del consumatore o del professionista debole⁶. Nel primo caso, infatti, specie se si guarda alla tutela contrattuale di tipo risarcitorio *ex art. 1218 c.c.*, emerge (a monte) una evidente espansione della regola della responsabilità contrattuale, una dilatazione dei confini operativi cui si affianca peraltro un aggravamento della stessa regola risarcitoria, quanto meno in termini di onere probatorio per il debitore. Al contempo, a valle di questo fenomeno, la tutela esecutiva coattiva indietreggia, nel senso che cede il passo all'autotutela esecutiva consensuale, innescata e modulata dall'autonomia dei privati (ed è una vicenda domestica, solo in minima parte innescata dal diritto europeo). Nel secondo caso, invece, poiché il contratto disciplinato dal diritto europeo dei consumatori è funzionalizzato alla tutela del dell'integrità del mercato (o se si vuole del mercato concorrenziale)⁷, la regola risarcitoria risulta recessiva

smo radicale» e cioè «contro la fattispecie» cfr. A. PLAIA, *Giurisprudenza per principi ed effettività delle tutele*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016, 157.

⁴ Ovvero il contratto assoggettato ai principi e alle regole che definiscono il modello (di contratto) tenuto presente dal legislatore del codice civile: G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, 6.

⁵ A partire dalla Direttiva 93/13 sulle clausole abusive si approvano in sede comunitaria regole che incidono sulla disciplina generale del contratto: cfr. S. MAZZAMUTO, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 270 e A. PLAIA, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, cit., 865. Mentre la disciplina interna è generale o speciale, nel senso che può anche dettare norme per il contratto speciale o di settore e cioè non di diritto comune, la disciplina di derivazione comunitaria è sempre settoriale o speciale, nel senso che è volta a disciplinare il contratto del consumatore o del professionista debole.

⁶ Art. 9, l. 192/98 che vieta l'abuso della dipendenza economica di una impresa cliente o fornitrice, e più in particolare, per quanto qui interessa, l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie (art. 9, co. 2); l'art. 7, d.lgs. n. 231/2002 – che recepisce la Direttiva 2000/35/CE – sulla nullità dell'accordo gravemente iniquo in danno del creditore, avente ad oggetto la data del pagamento o le conseguenze del ritardato pagamento (cfr. AA.VV., *I ritardi nei pagamenti*, Milano, 2015, a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini; M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2005); l'art. 62, l. 221/2012 sulle relazioni commerciali tra i soggetti della filiera agroalimentare (cfr. F. BARTOLINI, A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, 641).

⁷ Cfr., volendo, A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003, I, 340 e A. PLAIA, *La ga-*

rispetto alla tutela «specificata»⁸, manutentiva dello scambio, e quest'ultima, la tutela specifica, può dirsi ormai tutela elettiva, in quanto categoria comprensiva, oltre che dell'azione di adempimento, anche della tutela invalidante, qui congegnata con caratteristiche di parzialità e relatività che assicurano la conservazione del contratto e delle sue utilità. Nel diritto europeo dei contratti risulta allora evidente il primato della tutela specifica, almeno per due ragioni: non soltanto nel senso di una preva-

ranza convenzionale nella vendita al consumo, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 166, e nt. 27, ove provavo a replicare a A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 552, il quale sostiene che la gerarchia dei rimedi tutela essenzialmente il valore d'uso del bene venduto. Un approccio marcatamente personalista ritorna con A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, 71, secondo cui il controllo sul contenuto dell'accordo «mira a realizzare un preciso obiettivo di giustizia contrattuale» (p. 71) e «la tutela del contraente debole non può ritenersi strumentale alla rimozione degli ostacoli che si frappongono al funzionamento concorrenziale del mercato, ma costituisce espressione di un principio immanente nella costituzione che afferma la preminenza dell'uomo sulla materia economica» (p. 76). Questa lettura «personalista» risulta poco convincente (così anche S. PAGLIANTINI, *Spigolature sulla c.d. svolta personalista della sentenza Messner ed il canone di ragionevolezza della tutela consumerista*, in AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, 193; S. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, 1285 e 1286, il quale, citando un passaggio della motivazione di Corte giust., 16 dicembre 2008, causa C-205/07 *Gysbrechts* (§ 53), parla di un diritto del consumatore «infeudato nella cornice di un mercato concorrenziale», eletto a soggetto indicativo, nel ventaglio delle tecniche protettive possibili, di quelle aventi la doppia caratura di essere ugualmente efficaci per la tutela dei consumatori e di ingenerare gli effetti meno restrittivi sul commercio intracomunitario). Spunti per una riconsiderazione colta e ambiziosa del diritto dei consumatori provengono ora da A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017. Una corretta lettura delle *rationes* sottese al diritto dei consumatori ha inevitabili ricadute in merito alla soluzione della questione circa i rapporti tra rimedi consumeristici e rimedi di diritto comune. Ecco perché non ci pare convincente la ricostruzione, che ritiene il cumulo elettivo tra rimedi del consumatore e rimedi civilistici dell'acquirente, di T. DALLA MASSARA, *La 'maggior tutela' dei diritti del consumatore. La Direttiva Consumer Rights e la disciplina di settore*, in AA.VV., *La Direttiva Consumer Rights*, a cura di C. Giustolisi, Roma, 2017, 29 e di P. SIRENA, *Art. 135 (Tutela in base ad altre disposizioni)*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di C.M. Bianca, Padova, 2006, 399; mentre ci persuade quella di A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore". Lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 136. Così anche F. OLIVIERO, *La riduzione del prezzo nel contratto di compravendita*, Napoli, 2015, 399. Nel senso della impossibilità di un cumulo elettivo dei rimedi, soluzione anche a nostro avviso piuttosto ingenua, G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 799.

⁸ Tradizionalmente la tutela si dice «specificata» quando assicura al titolare dell'interesse protetto dalla norma il bene della vita funzionale al soddisfacimento dell'interesse stesso. Più di recente si è proposto un diverso criterio ordinatorio rappresentato dal tipo di pregiudizio a cui il rimedio è chiamato a replicare: in questo senso anche la tutela risarcitoria sarebbe specifica o reale perché pensata per reagire ad uno specifico pregiudizio: L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015, 32 e 137.

lenza della stessa sulla tutela per equivalente⁹, ma altresì nel senso dell'espansione della categoria della «tutela specifica» e della conseguente riscrittura della tassonomia delle tutele. La tutela invalidante perde infatti la sua tradizionale connotazione restitutoria¹⁰, cioè caducatoria di un assetto di interessi già predisposto dalle parti, e condivide ora con la tutela «specifica» o reale la propensione «satisfattiva»¹¹, e cioè, come ci ha insegnato Adolfo di Majo, attuativa di un assetto di interessi atteso. Si badi, nel contratto di diritto europeo l'invalidità è «satisfattiva» nel senso che è funzionale alla conservazione del contratto e delle sue utilità, non già nel senso che assicura utilità maggiori di quelle ottenibili dal contratto (parzialmente) abusivo: non che ciò concretamente non possa verificarsi (si pensi all'espunzione della clausola penale abusiva in ragione del fatto che prevede interessi moratori eccessivi), ma in prima battuta la nullità parziale della clausola abusiva è garante dell'equilibrio normativo e non dell'equilibrio economico dello scambio.

2. *L'evoluzione della tutela contrattuale dal punto di vista del tipo di tutela: impugnazione del contratto invalido*

Una volta chiarito che i mutamenti che hanno interessato le tutele contrattuali non possono essere tratteggiati allo stesso modo per il contratto autoctono (di diritto comune) e per il contratto disciplinato dal diritto europeo, si rende opportuna un'ulteriore considerazione preliminare, questa volta non già dalla specola del tipo di (disciplina del) contratto, ma piuttosto del tipo di tutela: occorre fare riferimento, infatti, per un verso, alle tutele che costituiscono in senso stretto impugnazione del contratto (invalido), per altro verso, alle tutele che costituiscono «effetto» della fattispecie contrattuale¹².

Ebbene, con riferimento all'impugnazione del contratto (invalido), a seguito della violazione di una regola di validità – si allude alle «nullità di protezione»¹³ – il fenomeno evolutivo rimane fuori dalla disciplina del

⁹ Il che può dirsi anche per il diritto comune dei contratti: cfr. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità*, Torino, Napoli, 2011. E nella manualistica, volendo, A. PLAIA, in AA.VV., *Manuale del diritto privato*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2017. Cfr. più in generale le considerazioni di S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, 371; R. CALVO, *Diritto civile*, volume III, t. 1, *La vendita*, Bologna, 2016, 500 e nt. 388.

¹⁰ Sulla distinzione tra tutela restitutoria, satisfattiva e risarcitoria cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2013.

¹¹ Sulla tutela satisfattiva cfr. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 50.

¹² Cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 2.

¹³ Cfr. V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*,

contratto autoctono di diritto comune¹⁴, essendo circoscritto al c.d. «contratto asimmetrico»¹⁵ (il contratto del consumatore e del professionista debole) ed è una vicenda in cui, su spinta del diritto europeo, l'autonomia privata risulta orientata al fine della tutela del mercato concorrenziale e per questo compressa dal «paternalismo»¹⁶ del legislatore europeo. In deroga alla disciplina codicistica della nullità parziale del contratto di diritto comune (art. 1419 c.c.), nel Codice del consumo si prevede che la clausola che determina a carico del consumatore un «significativo squilibrio» normativo (art. 33) è nulla, «mentre il contratto rimane valido per il resto» (art. 36, co. 1). Inoltre, la nullità della clausola abusiva non può essere fatta valere da «chiunque vi ha interesse» (art. 1421 c.c.), poiché «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore» (art. 36, co. 3). La nullità di protezione è dunque parziale e relativa,

a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, cit., 465. E vedi altresì A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto*, in AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, 301.

¹⁴ E cioè, come si diceva nella nota *supra*, il contratto assoggettato alle regole che definiscono il modello (di contratto) tenuto presente dal legislatore del codice civile: D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, cit., 6. Come si dirà, una vicenda che interessa invece tutti i contratti è quella del regime processuale della (rilevabilità) nullità: cfr. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242.

¹⁵ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 85; A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012. Vincenzo Roppo propone una classificazione in cui il contratto del professionista con il consumatore e quello con il professionista debole stanno insieme nella formula «contratto asimmetrico». Mentre cioè nel contratto di diritto comune, in cui non esistono consumatori e professionisti, il legislatore interviene nei casi patologici e contingenti di «fallimento dell'autonomia privata» (annullamento, rescissione), nel «contratto asimmetrico» il legislatore interviene per un fallimento strutturale, e dunque fisiologico del mercato, che pregiudica l'agire razionale degli operatori (V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi, Roma, 2014, 25, 27). Peraltro, mentre il contratto del consumatore sarebbe sempre e comunque interessato da fallimenti del mercato, il contratto con il professionista debole conoscerebbe fallimenti circoscritti a vicende specifiche (es. abuso di dipendenza economica, ritardi nei pagamenti). I fautori della formula suggerita da Vincenzo Roppo ritengono che la norme disciplinanti taluni aspetti del contratto del consumatore o del contratto del professionista debole possano applicarsi analogicamente a casi simili comunque rinvenibili nell'ambito del perimetro della categoria del contratto asimmetrico. Per contro, con altra fortunata formula, quella del «terzo contratto», si ritiene che il secondo contratto (quello del consumatore) e il terzo contratto (quello del professionista debole) esibiscano *rationes* diverse, sicché non sarebbe possibile applicare la disciplina dell'uno all'altro. Cfr. AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008 nonché AA.VV., *I contratti per l'impresa*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, Bologna, 2012 (e in particolare il saggio di F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*).

¹⁶ Cfr. R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 771.

non genera la caducazione «restitutoria» del contratto né può essere azionata dal professionista. È allora (tendenzialmente) «satisfattiva»¹⁷ – come l'azione di adempimento – poiché mira ad assicurare al consumatore le utilità correlate all'assetto di interessi programmato nel contratto e, in questo senso, è anche tutela «specificata» (come l'azione di adempimento, la riparazione o la sostituzione del bene difettoso), proprio perché orientata alla conservazione delle utilità correlate al contratto e alla sua attuazione¹⁸. La caducazione parziale e relativa garantisce la conservazione del contratto, e dunque delle utilità acquisite dai contraenti, mentre la prevalenza dei rimedi ripristinatori su quello risolutivo – come si dirà più avanti – assicura l'attuazione satisfattiva delle obbligazioni contrattuali: in caso di difetto di conformità del bene¹⁹, il consumatore ha infatti diritto alla riparazione o sostituzione e, soltanto se queste ultime sono impossibili o eccessivamente onerose, è possibile richiedere la risoluzione del contratto (art. 130, co. 7).

Per questa via, dal combinato disposto della nullità parziale²⁰ e della gerarchizzazione dei rimedi ripristinatori e risolutivi, le utilità correlate all'assetto di interessi programmato vengono assicurate al consumatore, ancorché la protezione di quest'ultimo²¹, rimanga comunque solo «accidentale» e «occasionale»²².

¹⁷ Mi si consenta di rinviare ad A. PLAIA, *L'invalidità satisfattiva*, Studi in onore di Giovanni Iudica, Milano, 2014. Nonché A. PLAIA, *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 1015.

¹⁸ Cfr. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 32 e 137.

¹⁹ Cfr. F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 578; NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., 549.

²⁰ La nullità della clausola è rilevabile d'ufficio, ma ancorché rilevata, la nullità non può essere dichiarata quando il consumatore vi si oppone. Si consideri infatti quanto stabilito in due importanti decisioni della Corte di cassazione e della Corte di giustizia: Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 secondo cui il giudice ha l'obbligo di "rilevare" la nullità, indicare alle parti la sussistenza di una causa di nullità, instaurando sul punto il contraddittorio, e di "dichiarare" la nullità a meno che la parte debole "dichiari di non volersene avvalere"; e Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-243/08 *Pannon* che afferma il principio per cui il giudice non può disapplicare la clausola abusiva se il consumatore, informato in merito all'abusività della clausola, si opponga alla disapplicazione. Cfr. R. ALESSI, "Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di cassazione, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1168.

²¹ Come quella – sia consentita una similitudine un po' forzata – del titolare dell'interesse legittimo nella risalente prospettazione di Meucci e Ranelletti. Cfr. L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, 29, il quale parla poi di "interessi privati accidentalmente congiunti a quell'interesse pubblico che solo ed esclusivamente volle la legge proteggere". Vedi ora la ricostruzione di F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

²² L'accostamento tra le due vicende richiede alcune precisazioni. Nella (superata) dot-

2.1. (Segue) Tutele che costituiscono «effetto» della fattispecie contrattuale

Con riferimento invece alle tutele che costituiscono «effetto» della fattispecie contrattuale e che sono innescate dalla violazione di una regola di comportamento (inadempimento) che genera responsabilità (risarcimento *ex art. 1218 c.c.*), la metamorfosi può apprezzarsi su un duplice piano.

Uno indigeno in cui la disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione si espande in ragione di una «contrattualizzazione» di luoghi in precedenza appannaggio della tutela extracontrattuale. Ci si riferisce alla fortunata e nobile vicenda dell'*obbligazione senza prestazione*²³ e al riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale²⁴, quest'ultima peraltro ritenuta compatibile con la validità del contratto²⁵ secondo la teorica dei «vizi incompleti»²⁶: quest'ampliamento dell'ambito operativo della regola di responsabilità contrattuale coincide peraltro con il declino della distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato²⁷, entrambe ormai ricadenti nel cono d'ombra dell'art. 1218 c.c. e, per altro verso, con un aggravamento dell'onere probatorio del debitore, dovendo il creditore provare esclusivamente il titolo dell'obbligazione inadempita²⁸.

trina amministrativistica della “strumentalità”, l'interesse legittimo è tutelato solo nella misura in cui è protetto l'interesse pubblico, cosicché la tutela è solo indiretta, riflessa, occasionale. In altre parole, la tutela deriva dall'esercizio della potestà cui l'interesse legittimo è sempre correlato, ed in questo senso l'interesse legittimo è situazione soggettiva “non fine a se stessa”. Le norme che disciplinano l'attività amministrativa tutelano infatti congiuntamente interessi dell'amministrazione e del privato: e l'interesse legittimo serve, come si sarebbe più tardi sostenuto, a contenere l'esercizio della potestà (pubblica o privata) nei limiti della norma (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 77, 80, 81, 86).

²³ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 148. In giurisprudenza, cfr. Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

²⁴ Cass. 20 dicembre 2011 n. 27648, in *Europa dir. priv.*, 2012, 1227 con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*. Nonché ovviamente L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360.

²⁵ Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795. È noto che questo fenomeno riguarda soprattutto il diritto speciale dei mercati finanziari (autoctono o di derivazione europea) e il problema della risarcibilità dei danni subiti dal cliente investitore.

²⁶ M. MANTOVANI, *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

²⁷ Cass. 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa dir. priv.*, 2006, 781, con densa nota di A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*.

²⁸ Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533. Nonché il nesso di causalità: cfr. Cass. 26 luglio 2017, n. 18392. V. anche F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 399, 452, 468.

Non meno importanti, sempre con riferimento alle tutele che costituiscono «effetto» della fattispecie contrattuale, questa volta in relazione non già a fermenti autoctoni (del diritto comune o speciale dei contratti) ma alla legislazione di derivazione europea, le novità per i contraenti nel contratto del consumatore: qui a fronte di un difetto di conformità del bene di consumo, le tutele risultano ora gerarchizzate e la tutela risolutiva o modificativa posta in posizione subalterna rispetto alle tutele specifiche. Come si è anticipato, infatti, il Codice del consumatore prevede che in caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto alla riparazione o sostituzione del bene, inediti rimedi ripristinatori²⁹, mentre la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo sono possibili solo se il professionista non ha provveduto alla sostituzione o alla riparazione ovvero questi rimedi risultino eccessivamente onerosi o impossibili (art. 130, co. 7).

3. *Le tutele nel diritto europeo dei contratti: dai «fallimenti dell'autonomia privata» ai «fallimenti del mercato»*

Il diritto europeo dei contratti, dunque, si tratti di impugnare il contratto invalido o di reagire all'inadempimento – o comunque alla difformità del bene al contratto – propone nuovi dispositivi rimediali funzionali alla conservazione del contratto (nullità di protezione, riparazione e sostituzione); al contempo, nel contratto a distanza o nella negoziazione fuori dai locali commerciali, offre al contraente debole la possibilità di pentirsi della conclusione dell'affare. In entrambi i casi, il legislatore tiene in alta considerazione le asimmetrie informative³⁰ e le illusioni cognitive³¹ del

²⁹ Come è noto, nei contratti a prestazioni corrispettive, in caso di inadempimento il contraente non inadempiente può agire con l'azione di adempimento o con l'azione di risoluzione (art. 1453 c.c.). La disciplina codicistica della garanzia per i vizi nella vendita prevede altresì, ove il bene venduto e consegnato risulti viziato, che l'acquirente possa agire con l'azione di riduzione del prezzo o con l'azione di risoluzione. La nuova disciplina europea sulla vendita al consumatore introduce invece un nuovo rimedio, ignoto al codice civile, e cioè il diritto alla riparazione o alla sostituzione. Questo rimedio è posto in posizione di supremazia non solo rispetto al rimedio demolitorio del rapporto (risoluzione) ma anche rispetto al rimedio correttivo della riduzione del prezzo.

³⁰ Cfr. G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi, cit., 59; R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, cit., 391. Sulla effettiva utilità della disciplina dei doveri di informazione, comunque costruita sul paradigma del consumatore razionale, si vedano le osservazioni critiche di U. MORERA, *Irrazionalità del contraente investitore e regole di tutela*, in AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi, cit., 201.

³¹ Cfr. A. TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contratto e impr.*,

consumatore o del professionista debole (*bias*) nonché le strategie semplificate adottate dagli stessi (*heuristic*): non rifiuta aprioristicamente il paternalismo ma, consapevole della razionalità limitata del consumatore, risulta anzi mosso da una sorta di «paternalismo debole» giustificato da ragioni utilitaristiche³², e cioè dall'incapacità del contraente debole di compiere una scelta libera in grado di massimizzare le utilità. La nuova tutela del contratto reclama imperativamente una negoziazione meditata (*ius poenitendi*), uno scambio normativamente equilibrato in termini di diritti e obblighi (clausole abusive) e la conformità del bene al contratto (art. 129 Codice del Consumo). Essa è al contempo orientata in senso specifico o satisfattivo: *a*) i rimedi sono gerarchizzati (e viene data precedenza al nuovo rimedio «specifico» conservativo del rapporto contrattuale rispetto al rimedio risolutorio o a quello correttivo della riduzione del prezzo: art. 130 Codice del Consumo); *b*) le stesse tecniche di tutela invalidanti sono caratterizzate in senso relativo e parziale e non assoluto e totale (art. 36 Codice del consumo) sicché, a proposito della nullità di protezione della clausola abusiva che arreca un significativo squilibrio normativo, si è parlato di «invalidità satisfattiva»³³, perché orientata non già alla caducazione e demolizione dell'assetto di interessi delineato dal-

2017, 921 e R. NATOLI, *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, 21, 52, 57, 132.

³² Spunti molto interessanti negli studi raccolti nel volume AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi, cit. Cfr. anche S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di giustizia*, in *Contratti*, 2017, 24. Secondo l'Autore il potere di veto del consumatore rispetto al potere del giudice di dichiarare la nullità in motivazione (Corte giust., 4 giugno 2009, C-243/08 *Pannon* e Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243) non è indice di una *ratio* della legislazione consumeristica in termini di giustizia (e invece non utilitaristica e cioè di efficienza del mercato concorrenziale). È anzi un incentivo per il professionista a scrivere bene le clausole. Una legittimazione relativa che non viene esercitata pur potendo, osserva acutamente l'Autore, è una effettività che porta a «far sporgere la *consumer protection* ma sul sottinteso che una redazione più virtuosa dei contratti asimmetrici, abbattendo i costi di convenienza del singolo scambio, conduca a massimizzare l'efficienza del mercato».

³³ Sia consentito rinviare ad A. PLAIA, *L'invalidità satisfattiva*, Studi in onore di Giovanni Iudica, cit. Sul punto vedi la garbata critica di S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, II ed., Torino, 2015, 91, 92. Secondo l'Autore «ragionare di un'invalidità di protezione a caratura satisfattiva, perché coll'espunzione il consumatore si riappropria pienamente delle utilità abusivamente sottratte all'atto della stipula» è «pertinente», epperò l'impronta satisfattiva della nullità risulterebbe sfilacciata tutte le volte in cui l'intendimento del consumatore a liberarsi di un professionista inaffidabile non potrà ricevere attuazione. Secondo Pagliantini dovrebbe allora parlarsi di invalidità satisfattiva «a misura di legge» e non in ragione del canone di un massimo effetto utile per il consumatore.

l'esercizio del potere di autonomia dei privati ma alla conservazione del contratto e delle sue utilità, al netto dell'espunzione delle clausole che determinano un significativo squilibrio normativo tra le parti. In una situazione di asimmetria di potere, la tecnica invalidante della nullità (di protezione) – innescata da un comportamento contrario a buona fede tipizzato dal legislatore – è per il contraente debole uno «strumento di controllo dell'esercizio dell'autonomia privata»³⁴ da parte del contraente forte. In quest'ottica, sarebbe in teoria possibile immaginare una nozione di *invalidità* orientata a ricomprendere il deficit cognitivo e la conseguente illusione cognitiva del consumatore. Il contratto funzionalizzato (alla creazione e conservazione del mercato concorrenziale) è un contratto che, quantomeno in termini *astratti di ratio* della disciplina legale, include tra i suoi requisiti di validità un *accordo* depurato del deficit cognitivo del contraente³⁵: a quest'ultimo verrebbe riservata la possibilità di innescare la caducazione del contratto viziato da un'illusione cognitiva, e ciò anche quando siano taluni aspetti *economici* dell'oggetto del contratto ad essere poco trasparenti³⁶. In *concreto* occorre invece che il «requisito» in questione (e cioè la regola di comportamento) venga elevato dal legislatore al rango di requisito di fattispecie, come accade ad esempio per la nullità comminata in caso di mancata previsione del diritto di recesso per il cliente (art. 30, co. 7, TUF) o per la nullità del contratto di credito al consumo che non contenga il contenuto minimo indicato dal legislatore (all'art. 125, co. 8, TUB)³⁷. Quando invece ciò non accade, quando manchi

³⁴ Così come, nel diritto amministrativo, l'annullamento dell'atto amministrativo non è più soltanto caducazione dell'atto, ma strumento di controllo e conformazione dell'esercizio del potere pubblico (A. PLAIA, *L'invalidità satisfattiva*, Studi in onore di Giovanni Iudica, cit., 1111, cui si rinvia per l'indicazione della letteratura pubblicistica). Un controllo del potere pubblico in cui il rimedio risarcitorio svolge inevitabilmente un ruolo accessorio mentre il rimedio della nullità assoluta è confinato ad ipotesi eccezionali (cfr. M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, In difesa dello "istituzionalismo debole"*, in *Giur. comm.*, 2014, 669, il quale sottolinea come la tutela risarcitoria può essere strumento efficiente di correzione di disfunzioni in singoli atti di scambio e non è invece appropriata nella disciplina delle attività organizzate: conseguentemente, e più in generale, l'Autore ribadisce la primazia dei rimedi specifici nella disciplina dell'attività d'impresa).

³⁵ Come osserva A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, in AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, cit., 79, le tradizionali invalidità codicistiche si incaricavano invece di sindacare la scelta dei contraenti – considerati in grado di effettuare una scelta razionale idonea a perseguire la massima soddisfazione dei bisogni – soltanto ove vi fosse un deficit di volontà.

³⁶ Corte giust., 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15 *Cajasar Banco SAU*. Cfr. G. VERSACI, *Credito al consumo: obblighi formali ed effettività rimediabile nel canone della Corte di Giustizia*, in *I Contratti*, 2017, 432.

³⁷ Anche la decadenza del creditore dagli interessi rispetto alla violazione dell'obbligo di trasparenza nel TAEG è in sostanza una ipotesi di invalidità di una clausola correlata al-

cioè un'indicazione legislativa che preveda la sanzione della nullità per la violazione di una regola di comportamento, a quest'ultima l'ordinamento risponde con un rimedio di tipo risarcitorio³⁸.

Se questo è il panorama normativo e settoriale, tendenzialmente autonomo ancorché non autosufficiente³⁹, in cui si adagia il contratto congegnato dalle norme imperative ispirate dal legislatore europeo, permane comunque l'esigenza di un coordinamento della disciplina settoriale dei rimedi regolatrice del mercato con la disciplina generale dei rimedi di diritto comune. Residua in altri termini per l'interprete, per un verso, il problema dell'integrazione del regolamento contrattuale unilateralmente predisposto con il diritto dispositivo abusivamente derogato; per altro verso, il problema del coordinamento tra la disciplina "speciale" europea del contraente debole e la disciplina generale del contratto e dei contratti⁴⁰. Le due vicende, convergendo entrambe verso la disciplina generale del contratto e dei tipi contrattuali, inevitabilmente si intersecano, sino talora a sovrapporsi – quando la questione dell'applicazione residuale del diritto "generale" si pone rispetto ad una vicenda endocontrattuale – e si confrontano con un medesimo problema: si tratti di integrazione del contratto o di applicazione residuale del diritto generale, si insinua comunque e perniciosamente un atteggiamento interpretativo teleologicamente orientato del testo normativo europeo tenuto dalla Corte di Giustizia: un «modello decisorio ormai palesemente ispirato ad un obiettivo di massima dissuasività per il professionista scorretto»⁴¹, con un orientamento verso una disciplina applicabile

l'elevazione a requisito di fattispecie della intellegibilità di tale aspetto economico del contratto (Corte giust., 9 novembre 2016, causa C-42/15 *Home Credit Slovakia*); e la decadenza dagli interessi rispetto alla violazione dell'obbligo precontrattuale di verifica della solvibilità del consumatore (Corte giust., 27 marzo 2014, C-565/12 *Le crédit Lyonnais*) è anche essa un'ipotesi in cui una regola di comportamento è occasionalmente elevata a regola di validità sicché per l'ordinamento v'è un deficit rispetto ad un requisito di fattispecie.

³⁸ È l'ipotesi del risarcimento del danno da contratto valido: Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26725.

³⁹ Cfr. i contributi raccolti in AA.VV., *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di A. Plaia, Milano, 2008.

⁴⁰ Cfr. E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 425; CALVO, *Diritto civile*, volume III, t. 1, *La vendita*, cit., 500 e nt. 388; DALLA MASSARA, *La 'maggior tutela' dei diritti del consumatore. La Direttiva Consumer Rights e la disciplina di settore*, in AA.VV., *La Direttiva Consumer Rights*, a cura di C. Giustolisi, cit., 29; G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, *Mercati regolati*, V, Milano, 2014, 15; ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore"*. *Lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche*, cit., 136.

⁴¹ S. PAGLIANTINI, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazione su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*, in *Contratti*, 2015, 762.

«che ad essa appare tanto più effettiva quanta più responsabilità riesce a produrre»⁴² in capo al professionista⁴³.

4. *L'arretramento della tutela nel contratto di diritto europeo conseguente alla dimensione seriale degli scambi: lo scopo della tutela «esterno» rispetto al contratto*

In definitiva, l'analisi sin qui condotta ci consegna un contratto di diritto europeo caratterizzato dalla priorità della tutela specifica⁴⁴, nel duplice senso della prevalenza della tutela specifica sulla tutela per equivalente, e dell'assorbimento della tutela invalidante nella categoria della tutela satisfattiva o specifica. Nel diritto europeo dei contratti, le tutele contrattuali successive o *ex post* – e cioè i rimedi *individuali* nella dispo-

⁴² C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 236. Questo argomentare teleologicamente orientato condiziona ad es. la giurisprudenza dell'Arbitro Bancario e Finanziario, la quale, accertata la nullità per abusività della «clausola penale» (ABF Coll. Coord., 30 aprile 2014, n. 2666) che determina in misura manifestamente eccessiva il tasso degli interessi moratori, ammette l'applicazione dell'art. 1224, co. 1 c.c. e dunque che siano dovuti interessi moratori nella misura legale (ABF Coll. Coord., 24 giugno 2014, n. 3955, Est. Gambaro che non accoglie l'opposta tesi prospettata nell'ordinanza di rinvio al Collegio di coordinamento: cfr. ABF Coll. Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415, Est. Sirena, in *Contratti*, 2014, 741, con nota di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*). Ancora per l'integrazione a mezzo di norma suppletiva (art. 1224 c.c.) del contratto parzialmente nullo in ragione dell'abusività della clausola sugli interessi moratori, Coll. Roma, 16 gennaio 2015, n. 297, Rel. Gemma; per la qualificazione della clausola che prevede interessi moratori in termini di clausola penale: ABF Coll. Roma, 7 novembre 2016, n. 9857, Rel. Cherti. Sull'integrazione del contratto parzialmente nullo con il diritto dispositivo, oltre alla dottrina citata nelle altre note, si veda anche A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, 180, 192.

⁴³ Si vuol dire, con somma sintesi e approssimazione, che esistono due questioni, quella del rapporto tra diritto civile e normativa di settore e quella dell'apertura del contratto del consumatore alla disciplina di diritto comune. È agevole osservare, intanto, che la disciplina del contratto del consumatore non può dirsi autosufficiente, ma semmai tendenzialmente autonoma, già a partire dalla affermazione, non scontata, dell'applicazione della norma imperativa di cui all'art. 1374 c.c. alla disciplina di settore: nel momento in cui si ragiona di integrazione del contratto del consumatore, infatti, si accetta che alla disciplina di settore si applichi la norma imperativa di diritto comune di cui all'art. 1374 c.c. Tuttavia, tale congegno normativo integrativo, una volta "esportato" e investito di problemi non "comuni" – e cioè non propri del diritto comune – risente delle *rationes* proprie del "contesto" settoriale, risulta in altre parole problematizzato, e viene fatto oggetto di una interpretazione assiologicamente orientata che governa, caso per caso, l'apertura della disciplina di settore a disposizioni normative del diritto comune.

⁴⁴ Primato già rinvenibile nella CISG ma con un congegno opzionale e dunque meno conformativo dell'autonomia dei privati. Non a caso la CISG non riguarda il contratto del consumatore. In argomento cfr., volendo, A. PLAIA, *I rimedi nella vendita transfrontaliera*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 981.

nibilità dei contraenti⁴⁵ – esibiscono una struttura certamente piuttosto robusta⁴⁶ e determinano – una compressione, talora anche significativa, dell'autonomia privata del contraente forte, tanto da avere suscitato un dibattito importante, ma piuttosto ingenuo, volto a cogliere le ricadute sistematiche dei nuovi interventi legislativi sul sistema generale delle tutele; e tuttavia, al contempo, e questo appare il punto centrale che qui si intende evidenziare, non appena si estenda lo sguardo oltre il singolo scambio, le stesse tutele del contraente debole risultano strategicamente poco rilevanti e, in definitiva, svolgono un ruolo marginale sotto un duplice profilo, infatti: 1) nel panorama del sistema delle tutele approntate dall'ordinamento a protezione del consumatore, le tutele individuali sono sostanzialmente messe in ombra e soppiantate da tutele «collettive» di tipo preventivo, giudiziali o amministrative; 2) nel più ampio contesto delle tecniche di intervento legislativo anche non rimediali, è agevole osservare che, nell'ottica dell'eliminazione dei fallimenti del mercato, che pregiudicano l'agire razionale degli operatori, il diritto privato regolatorio privilegia strumenti pre-contrattuali, come i doveri di informazione o le c.d. tecniche di contrattazione “adeguata”⁴⁷.

Se cioè si mette da parte l'analisi strutturale delle fattispecie rimediali – che evidenzia congegni inediti volti a riequilibrare l'asimmetria di potere dei contraenti – e si guarda alla funzione delle tutele contrattuali e, più in generale, all'impianto complessivo della disciplina regolatoria, non può sfuggire che alle tutele individuali dei contraenti è riservato un ruolo strategico residuale.

Il fatto è che nel diritto privato «funzionalizzato», regolatorio di scambi seriali, viene meno la prospettiva tradizionale del codice civile, di un orizzonte normativo cioè strutturato per gli scambi individua-

⁴⁵ Col sintagma «tutela contrattuale» si intende infatti il sistema delle tutele – specifiche, risolutorie, risarcitorie, invalidanti – di cui dispone il contraente. Cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit.

⁴⁶ Si pensi, oltre che alla disciplina delle clausole abusive e agli inediti rimedi ripristinatori, ai rimedi invalidanti di cui agli artt. 30, co. 7, TUF e 125, co. 8, TUB, a talune sanzioni legislative o giurisprudenziali come la decadenza del creditore dagli interessi rispetto alla violazione dell'obbligo di trasparenza nel TAEG (Corte giust., 9 novembre 2016, causa C-42/15 *Home Credit Slovakia*) o la decadenza dagli interessi rispetto alla violazione dell'obbligo precontrattuale di verifica della solvibilità del consumatore (Corte giust., 27 marzo 2014, causa C-565/12 *Le crédit Lyonnais*).

⁴⁷ Più in generale, il passaggio dal principio dello scambio al principio della concorrenza esige ed esibisce un proliferare di norme di relazione, e dunque di obblighi di condotta, che mettono in ombra le originarie norme di azione: cfr. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit.

li⁴⁸: la dimensione seriale e standardizzata in cui operano gli attori del mercato marginalizza lo scambio individuale e conseguentemente anche i congegni rimediali operanti al suo interno. Questa perdita di rilevanza del singolo rapporto contrattuale è accentuata dalla circostanza che il contraente debole, che notoriamente opera in un mercato strutturalmente e fisiologicamente soggetto a fallimenti, non sarebbe altresì in grado di orientarsi verso scelte razionali idonee a soddisfare i propri bisogni, tanto da rendere opportuno un paternalismo libertario o debole, una «spinta gentile»⁴⁹ che lo orienti verso una scelta coerente con i propri interessi, a partire da un programma di educazione al consumo nei mercati regolati (educazione finanziaria).

In altre parole, mentre le norme che attribuiscono i rimedi del contratto autocnono di diritto comune (azione di annullamento, risoluzione ecc.) perseguono esclusivamente uno scopo «interno» alla singola fattispecie contrattuale ed ai suoi effetti (caducazione dell'atto, scioglimento del rapporto ecc.), le norme che attribuiscono i rimedi nel contratto asimmetrico di diritto europeo – nullità di protezione, riparazione o sostituzione, diritto di ripensamento – hanno uno scopo di *moral suasion*⁵⁰ essenzialmente «esterno» al singolo scambio (inserito in una dimensione seriale): sono infatti orientate alla razionalità del mercato e non del singolo rapporto contrattuale⁵¹, e dunque ad incentivare l'accesso a taluni mercati strategici altrimenti poco appetibili⁵², a spingere l'impresa a munirsi di formulari privi di clausole che arrecano un «significativo squili-

⁴⁸ A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1489.

⁴⁹ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile*, Milano, 2009. Il contraente non di rado effettuerebbe scelte irrazionali, incoerenti con i bisogni sottesi alla scelta. Quanto le soluzioni del diritto vigente siano state influenzate dalle acquisizioni degli studi di economia comportamentale è controverso, e ancor più dibattuto è il tema degli interventi che sarebbero auspicabili *de jure condendo*: per alcune interessanti considerazioni sul punto cfr. A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi, cit., 75.

⁵⁰ Considerazioni non dissimili mi sembra di rinvenire, per usare un'ipallage, nelle faticose pagine di S. PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2017, 15.

⁵¹ Conseguentemente, il consumatore è solo indirettamente e “occasionalmente” protetto, come si è *supra* evidenziato. Nel senso invece che il consumatore in quanto persona «deve essere considerato un fine e non un semplice mezzo del quale l'ordinamento strumentalmente si avvale per i propri scopi di governo dell'economia»: ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, cit., 135 (e vedi anche p. 138). Nello stesso senso NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., 556 nt. 57.

⁵² È l'obiettivo perseguito con la tecnica legislativa del diritto di pentimento: NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 12.

brio» normativo e ad attrezzarsi con un servizio post-vendita⁵³ al fine di rispondere in modo efficiente alle esigenze del consumatore per il quale, in ragione dell'asimmetria informativa e del deficit cognitivo, non è più risolutivo agire con la *diligenza del buon padre di famiglia*⁵⁴.

Valga l'esempio della tutela invalidante. Il potere di deroga unilaterale al diritto dispositivo a mezzo della predisposizione di condizioni generali del contratto è funzionale alla razionalità del mercato concorrenziale. Al consumatore è attribuito uno strumento di controllo dell'esercizio di tale potere consistente nella possibilità di chiedere che la clausola imposta unilateralmente e significativamente squilibrata venga dichiarata nulla. Lo scopo della nullità di protezione è allora quello di impedire un esercizio abusivo del potere di autonomia privata e dunque non funzionale alla razionalità del mercato⁵⁵.

Come dire che nella legislazione dell'odierno terzo capitalismo⁵⁶, in cui il mercato non è più un presupposto ma un obiettivo per il legislatore, l'*effettività* della norma attributiva di un rimedio individuale esibisce una marcata connotazione «sociale», risultando costitutivamente correlata alla concreta idoneità ad orientare il comportamento degli attori del mercato. L'obiettivo è spingere le imprese verso un «mercato fortemente integrato in senso verticale, caratterizzato da una distribuzione strettamente legata alla produzione»⁵⁷ per un «avvicinamento delle varie fasi in cui si articola il ciclo economico»⁵⁸. La tutela individuale risulta poi «modulata» e calibrata dalla Corte di Giustizia sullo scopo «esterno» – prefissato dal legislatore europeo – di dissuasione del professionista rispetto a comportamenti non convergenti verso la razionalità del mercato: e così, ad esempio, l'espunzione della clausola abusiva non essenziale non autorizza il giudice a rivedere la clausola⁵⁹, ma pone comunque un problema di integrazione del regolamento per il tramite del diritto dispositivo, risolto positivamente o negativamente dalla dottrina in ragione

⁵³ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 188 e NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 67.

⁵⁴ A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in AA.VV., *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi, cit.

⁵⁵ Cfr. G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, cit., 223

⁵⁶ NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., 29, 31, 36 e 44.

⁵⁷ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 188.

⁵⁸ NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 67.

⁵⁹ Corte giust., 14 giugno 2012, causa 618/10 *Banco Español de Crédito*. Questa decisione lascia aperta la questione dell'integrazione cogente che attinga al diritto dispositivo.

del criterio della maggiore dissuasività, e invece sempre positivamente ogni qual volta la clausola incriminata debba considerarsi essenziale (e allora sarà più dissuasivo mantenere il contratto per il tramite dell'integrazione cogente dispositiva)⁶⁰.

In definitiva, si assiste ad un arretramento per erosione della tutela contrattuale individuale, quale inevitabile corollario della connotazione «sociale» dell'effettività della norma attributiva del rimedio individuale. Un arretramento speculare al ruolo preminente di tecniche di intervento non rimediali (es. doveri di informazione, adeguatezza del contratto) o invece rimediali, ma di tipo preventivo e collettivo. Nel diritto privato funzionalizzato, in quanto *regolatorio* del mercato, il giudizio individuale svolge infatti, in conclusione, una funzione residuale e subalterna rispetto alle tutela collettiva, preventiva o successiva: si tratti della tutela preventiva giudiziale⁶¹ o della tutela amministrativa⁶²; o ancora della tutela successiva costituita dall'azione di classe⁶³.

⁶⁰ Emblematico, il caso della clausola abusiva che prevede interessi moratori eccessivi, la quale potrebbe essere sostituita dalla previsione dell'obbligo *ex art. 1224 c.c.* di corrispondere interessi corrispettivi. Il contratto può ben sopravvivere all'espunzione della clausola che prevede interessi moratori eccessivi, essendo la stessa non essenziale. Se invece la dichiarazione di nullità concerne la clausola «essenziale» che prevede la corresponsione di interessi corrispettivi, allora risulta maggiormente dissuasiva un'integrazione con norma suppletiva. Cfr. F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, cit., 737; D'AMICO, PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, cit., 43. A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, 16. Corte giust., 30 aprile 2014, causa 26/13 *Árpád Kásler*. Una prima riflessione sul tema dell'adeguatezza della sanzione interna si rinviene, ad esempio, in S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, cit., 758; e poi in S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 24.

⁶¹ Artt. 37 e 140 Codice del consumo.

⁶² Potere dell'antitrust di sanzionare il professionista che impieghi clausole abusive: art. 37-bis codice del consumo (E. BATTELLI, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 1093; BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, cit., 442, con riferimento all'art. 66, commi 2 e 3 del Codice del consumo); potere dell'antitrust di sanzionare le pratiche commerciali scorrette; potere conformativo della Banca d'Italia: art. 117, co. 8, TUB. Residua il problema della invalidità del contratto stipulato dal professionista sanzionato dall'Autorità garante della concorrenza e del Mercato per violazione della disciplina sulle Pratiche commerciali scorrette. Cfr. M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, 1516. Nonché C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, cit., 143. Più in generale, si pone la questione del margine operativo e del ruolo sussidiario dei rimedi civilistici rispetto a sanzioni del diritto della concorrenza. In argomento, cfr. E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008.

⁶³ Art. 140-bis codice del consumo. Cfr. E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto ita-*

5. *L'arretramento della tutela nel contratto domestico: l'accordo come tecnica di tutela*

Nel contratto autoctono occorre, infine, segnalare il nuovo rapporto che si è instaurato tra autonomia privata e tecniche di tutela e segnatamente tra autonomia privata ed esecuzione forzata, all'esito del quale emerge una nuova dimensione dell'*accordo* quale tecnica di tutela, un sorta di ibrido, un frammento di regolamento orientato alla tutela⁶⁴. In un certo senso, anche qui è possibile scorgere uno svuotamento della tutela contrattuale individuale – intesa nell'accezione classica del sintagma – e non perché la stessa risulti soppiantata da rimedi di natura diversa (come accade per il contratto asimmetrico europeo), ma piuttosto nel senso che la tutela è *già* nel regolamento contrattuale⁶⁵. Sul versante per così dire a valle dell'inadempimento e della responsabilità contrattuale, può registrarsi una apprezzabile e significativa metamorfosi della tutela contrattuale, la quale finisce per stravolgere e invertire il ruolo che la stessa (tutela) tradizionalmente riveste rispetto al contratto.

Si allude, come si diceva, al nuovo rapporto tra autonomia privata ed esecuzione forzata o tutela coattiva del credito, in passato piuttosto angusto e per ciò anche scarsamente indagato in dottrina: accade cioè sempre più spesso che debitore e creditore possano raggiungere un accordo comunque volto alla soddisfazione dell'interesse creditorio, ma con modalità alternative rispetto a quelle indicate dal legislatore nella disciplina dell'esecuzione coattiva. Una spinta verso l'esercizio più ampio ed *efficiente* dell'autonomia privata che fa sì che «nel diritto generale dei contratti politica della giustizia e politica dell'efficienza vanno intrecciandosi»⁶⁶ (ancorché la vicenda riguardi in realtà la disciplina domestica del

liano, Padova, 2012 e A.C. DI LANDRO, *Interessi dei consumatori e azioni di classe*, Napoli, 2012.

⁶⁴ Il codice del '42 conosce accordi orientati alla tutela contrattuale: si pensi alla clausola penale o alla clausola risolutiva espressa.

⁶⁵ Il secondo volume di *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Salvatore Mazzamuto, Jovene 1989, si apre con alcuni contributi in tema di esecuzione forzata, uno dei quali si sofferma in particolare sulle prospettive dell'esecuzione forzata in «autotutela». Nel contributo di Girolamo Bongiorno su *Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela* si tenta infatti un inquadramento sistematico dell'autotutela esecutiva e ci si interroga sui limiti entro cui ai privati è consentito di «apprestare liberamente forme e mezzi destinati alla prevenzione dell'inadempimento o alla soddisfazione di un credito per via di autotutela consensuale». Si pone in altri termini la questione della autotutela soddisfattoria e dei limiti in cui può ammettersi un «negozio soddisfattivo»

⁶⁶ GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit., 1497.

contratto, ma non di diritto comune, e dunque una disciplina per lo più già orientata alle ragioni dell'efficienza).

E così, dal tempo degli accordi prefallimentari, di ristrutturazione dei debiti (artt. 160 e 182-*bis* l.fall.), e del piano del consumatore⁶⁷, volti al superamento di una situazione di difficoltà finanziaria o addirittura di insolvenza, si è giunti, più di recente, e solo su iniziativa per lo più del legislatore interno, ai patti marciari tipici⁶⁸, che rendono il classico marciano atipico, di cui di recente si è predicata la liceità⁶⁹, fattispecie residuale e remota, una sorta di “osso di seppia”, come l'ha definita Stefano Pagliantini.

Vengono in considerazione la recente disciplina della convenzione di «pegno mobiliare non possessorio»⁷⁰; il contratto di finanziamento all'*impresa* garantito dalla previsione convenzionale del trasferimento al creditore della proprietà su un bene immobile al verificarsi dell'inadempimento del debitore⁷¹; il patto marciano correlato al contratto di credito al consumatore⁷²; il «prestito vitalizio ipotecario», contratto tra un pro-

⁶⁷ Cfr. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012; E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012.

⁶⁸ G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *I nuovi marciari*, Torino, 2017.

⁶⁹ Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625.

⁷⁰ «Gli imprenditori (...) possono costituire un pegno non possessorio per garantire i crediti concessi (...)». «Al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, il creditore (...) ha facoltà di procedere (...) alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di (...) restituire contestualmente l'eccedenza» o «(...) ove previsto nel contratto di pegno (...) all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita (...)» (art. 1, co. 1 e 7, d.l. 59/2016, conv. l. 119/2016).

⁷¹ «Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca (...) può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore (...) della proprietà di un immobile (...) sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore (...)». «In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1, purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento» (art. 48-*bis* del TUB).

⁷² «Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto al-

fessionista ed un consumatore, in cui l'autotutela marciana, come rilevato in dottrina, non è *oggetto* di una pattuizione ma piuttosto *effetto* della conclusione di un mutuo, denominato appunto prestito vitalizio ipotecario⁷³.

Ebbene, questi nuovi rimedi, in buona parte nati per iniziativa del legislatore italiano e però esterni al perimetro del contratto di diritto comune, altro non sono che accordi integrativi del regolamento contrattuale ed in questo senso l'*accordo* si candida a divenire tecnica di tutela consensuale alternativa alla tecnica di tutela coattiva, costituita dall'esecuzione forzata: risulta così stravolta la tradizionale prospettazione che guarda alla tutela contrattuale come vicenda altra e fisiologicamente successiva al contratto frustrato. All'inadempimento si rimedia con un *accordo* che è parte dell'originario regolamento contrattuale e al contempo strumento volto alla soddisfazione dell'interesse creditorio. L'accordo contrattuale, dunque, come tecnica di tutela che non subentra al contratto a seguito dell'inadempimento, ma si affianca allo stesso in un rapporto continuativo e di complementarità.

6. Conclusioni

Queste, in sintesi, le ragioni di una evoluzione. Il «contratto asimmetrico» europeo esibisce una perdita di centralità delle tutele individuali del contraente debole (“occasionalmente protetto”), le quali risultano strutturalmente più incisive rispetto ai rimedi del contratto di diritto comune e orientate in senso satisfattivo, ma rivestono un ruolo funzionale al perseguimento di un obiettivo «esterno» alla razionalità del singolo rapporto contrattuale⁷⁴ e comunque rivelano una minore idoneità, rispetto ai rimedi collettivi preventivi (privatistici o pubblicistici), ad orientare o a sanzionare i comportamenti degli attori del mercato (e conseguentemente, al raggiungimento dello scopo «esterno» prefissato dal

l'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120-*quater*» (art. 120-*quinquiesdecies* co. 3 TUB).

⁷³ Art. 11-*quaterdecies*, co. 12-*quater*, d.l. 203/2005.

⁷⁴ Come si è detto, l'obiettivo della razionalità e integrità del mercato è pervasivo e impone una dimensione seriale in cui il singolo contratto perde rilevanza o meglio rileva solo in quanto inserito in una serie indeterminata di rapporti. La rilevanza meramente seriale del contratto si riflette sulle tutele dei contraenti, anch'esse funzionalizzate all'obiettivo della razionalità (non già del singolo scambio ma piuttosto) del mercato.

legislatore europeo). Al contempo, il contratto domestico speciale e asimmetrico risulta piegato alle ragioni dell'efficienza del mercato, con un «arretramento» delle tutele classicamente poste a valle dell'inadempimento (tutela esecutiva), nel senso, questa volta, di un'anticipazione delle stesse, ora situate nel regolamento contrattuale.