

Corso di Laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Privato II

**Recenti sviluppi della tutela del consumatore nei
contratti di massa: sui poteri del giudice nei
procedimenti monitori.**

Prof. Silvio Martuccelli

RELATORE

Prof. Attilio Zimatore

CORRELATORE

Adele Chinè

Matr.168643

CANDIDATA

Anno Accademico 2024/2025

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I	5
CONTRATTI DI MASSA E TUTELA DEL CONSUMATORE	5
1.1 IL CONSUMERISM E LO SVILUPPO DEL DIRITTO EUROPEO A TUTELA DEL CONSUMATORE.	5
1.2 I VARI SETTORI DI INTERVENTO DELLA NORMATIVA COMUNITARIA A TUTELA DEL CONSUMATORE	7
1.3 LA NOZIONE DI CONSUMATORE NEL DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE	9
1.4 IL CONSUMATORE È SOLO LA PERSONA FISICA O PUÒ ESSERE UN ENTE?	14
1.5 IL REGIME DEI C.D. ATTI MISTI DEL CONSUMATORE, COMPIUTI PER SCOPI PROFESSIONALI E PERSONALI	16
1.6 LA NOZIONE GENERALE DI CONSUMATORE NEL CODICE DEL CONSUMO	18
1.7 LA NOZIONE DI <<CONSUMATORE MEDIO>>	19
CAPITOLO II	22
LA DIRETTIVA N. 93/13/CEE SULLE CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI STIPULATI CON I CONSUMATORI E LA NORMATIVA DI RECEPIMENTO DEL CODICE DEL CONSUMO	22
2.1 LA DIRETTIVA NUMERO 93/13 SULLE CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI CON I CONSUMATORI	22
2.2 I PRECEDENTI DEI PRINCIPALI PAESI EUROPEI E DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE	25
2.2.1 <i>La legge svedese del 1971 sulle clausole abusive</i>	25
2.2.2 <i>La legge tedesca del 1976 (AGB-Gesetz)</i>	26
2.2.3 <i>L'Unfair Contract Terms Act del 1977 (Regno Unito)</i>	26
2.2.4 <i>La Loi Scrivener francese del 1978</i>	27
2.2.5 <i>L'esperienza italiana tra tutela formale e sostanziale del consumatore</i>	27
2.3 GLI ATTI DI IMPULSO DELLE ISTITUZIONI EUROPEE	31
2.4 I CONSIDERANDO DELLA DIRETTIVA: PRINCIPI GENERALI ISPIRATORI DELLE DISCIPLINE NAZIONALI DI RECEPIMENTO E STRUMENTI FONDAMENTALI DI INDIRIZZO ERMENEUTICO	32
2.5. STRUTTURA E CONTENUTO DELLA DIRETTIVA TRA OBIETTIVI DI ARMONIZZAZIONE E DI TUTELA DEL CONTRAENTE «DEBOLE»	35
2.6 IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA N. 93/13/CEE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: ART. 25 DELLA LEGGE 6 FEBBRAIO 1996, N. 52	38
2.7 L'APPROVAZIONE DEL CODICE DEL CONSUMO DI CUI AL D. LGS. 6 SETTEMBRE 2005, N. 206	40
2.8 TRASLAZIONE DELLA DISCIPLINA DI ATTUAZIONE DELLA DIR. N. 93/13/CEE NEL CODICE DEL CONSUMO	44
2.8.1 <i>Controllo giudiziale sulle clausole vessatorie e regime della nullità di protezione</i>	45
2.8.2 <i>Ambito applicativo temporale della disciplina del Codice del Consumo</i>	50
2.9 CRITERI OGGETTIVI E SOGGETTIVI PER L'APPLICAZIONE DELLA NOVELLA SULLE CLAUSOLE VESSATORIE	51
2.10 IL PENETRANTE SINDACATO DI MERITO DEL GIUDICE SULLE CLAUSOLE VESSATORIE	52
2.11 L'ELENCO DI CLAUSOLE CHE SI PRESUMONO VESSATORIE AI SENSI DELL'ALLEGATO ALLA DIR. N. 93/13/CEE	57
2.12 REGIME GIURIDICO, ONERE DELLA PROVA E POTERI DEL GIUDICE	57
2.12.1 <i>La sopravvivenza alla novella comunitaria della disciplina degli artt. 1341 – 1342 c.c.</i>	59
CAPITOLO III	62
LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEI PROCEDIMENTI MONITORI ED ESECUTIVI	62
3.1 IL CONTROLLO GIUDIZIALE SULLE CLAUSOLE VESSATORIE NEI PROCEDIMENTI MONITORI	62
3.2 DIRITTO EUROPEO E INTANGIBILITÀ DEL GIUDICATO: CASS. 23 DICEMBRE 2024, N. 34107	65

3.3 I TERMINI DEL PROBLEMA: IL PRINCIPIO DI INTANGIBILITÀ DEL GIUDICATO OSTA AL CONTROLLO GIUDIZIALE DI VESSATORIETÀ?	68
3.4 LA GIURISPRUDENZA EUROPEA: LE QUATTRO SENTENZE DELLA CGUE, GRANDE SEZIONE, 17 MAGGIO 2022, C-600/19, CAUSE RIUNITE C-693/19 E C-831/19, C-725/19 E C-869/19	72
3.5 L'INTERVENTO NOMOFILATTICO DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE: CASS. S.U. 6 APRILE 2023, N. 9479	76
3.5.1 <i>Il controllo giudiziale officioso sulla vessatorietà delle clausole nel giudizio monitorio, prima della emissione del decreto ingiuntivo</i>	81
3.5.1.1. <i>La tutela del consumatore nel procedimento esecutivo</i>	85
3.5.1.2. <i>Le singole fasi in cui articola la tutela del consumatore nel procedimento monitorio secondo l'indirizzo nomofilattico delle Sezioni Unite</i>	93
3.6 TUTELA DEL CONSUMATORE E INTEGRITA' DELL'ORDINAMENTO PROCESSUALE NAZIONALE: LE RADICI DI UNA DIFFICILE (MA NECESSARIA) ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE	95
3.7 L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE SUCCESSIVA: LA NUOVA FRONTIERA DELLA TUTELA DEL CONSUMATORE NEL PROCESSO ESECUTIVO	100
3.8 NUOVI DUBBI DI LEGITTIMITÀ COMUNITARIA E QUESTIONI PREGIUDIZIALI PENDENTI DINANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE	102
CONCLUSIONI	108
BIBLIOGRAFIA	115

INTRODUZIONE

La tutela del consumatore costituisce una delle principali politiche delle istituzioni europee, da cui è scaturito, in virtù di numerosi interventi normativi sovranazionali compiuti con fonti eterogenee, ma soprattutto direttive recepite nell'ordinamento nazionale, un innovativo filone legislativo che ha rivoluzionato il diritto privato nazionale e forgiato, nell'ambito del neonato diritto privato europeo (i.e.: diritto privato di matrice europea, scaturente da politiche comunitarie delle istituzioni sovranazionali), la branca del diritto dei consumi.

Si tratta di una innovativa branca del diritto la cui applicazione ruota intorno a una figura soggettiva, quella del consumatore, più che su altri parametri oggettivi: la rottura rispetto al tradizionale diritto dei rapporti interprivati è apparsa subito evidente, giacché l'ambito applicativo delle norme di matrice sovranazionale non veniva tracciata su elementi sostanziali della fattispecie regolamentata, bensì sulla partecipazione all'atto o al rapporto di un soggetto, persona fisica, fortemente connotato da determinati tratti distintivi tipici espressamente e direttamente indicati nella norma europea.

Si spiega allora perché il principale problema posto agli interpreti dal diritto dei consumi è stato quello di perimetrare la figura soggettiva di "consumatore", la cui definizione è stata enunciata dal legislatore sovranazionale, ma non in modo sufficientemente preciso da evitare querelle interpretative e lacune in sede attuativa. Ciò anche, e soprattutto, perché nel diritto nazionale dei rapporti interprivati fondato sul codice civile del 1942 il consumatore, quanto meno nella innovativa nozione europea, non era conosciuto, né su di esso si era sviluppato un qualche significativo dibattito dottrinario o giurisprudenziale. Di qui le inevitabili incertezze scaturite, dapprima tra gli studiosi del diritto privato europeo e del diritto dei consumi, successivamente nella pertinente sede pretoria, per delimitare la figura del consumatore.

Nel primo capitolo, dopo la sintetica ricostruzione dei movimenti europei a tutela del consumatore e delle politiche varate dalle istituzioni comunitarie in tale settore, nonché degli scopi per detta via perseguiti, si esaminano le principali questioni ermeneutiche e applicative sorte in dottrina e giurisprudenza in relazione alla nozione di consumatore, dando atto delle conclusioni ad oggi ormai sedimentate nel diritto europeo e nazionale.

Su questa via si affrontano, tra gli altri, il tema ad oggi ancora dibattuto della estensibilità agli enti, personificati e non, della nozione di consumatore, quello della qualificabilità come consumatore del condominio negli edifici e della nozione di "consumatore medio" presente in alcune direttive europee.

Nel secondo capitolo, in primo luogo si focalizza l'attenzione sulla direttiva n. 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori, costituente uno degli

interventi sovranazionali più importanti a tutela del consumatore, del quale si esaminano gli elementi caratterizzanti, i presupposti applicativi e l'impatto sulla disciplina nazionale previgente. Trattandosi di intervento dedicato alla particolare categoria dei contratti di massa, nella quale sono ascrivibili la maggior parte dei contratti quotidianamente stipulati dalle persone fisiche qualificabili come consumatori in quanto contrattazioni a cui è estranea una trattativa tra contraenti sul contenuto delle singole clausole, esso ha innovato sensibilmente, sia in punto di tecniche di tutela sostanziale, sia sul piano numerico e quantitativo, la previgente disciplina contenuta negli artt. 1341 – 1342 c.c., ad essa affiancando quella che si concentra sul controllo giudiziale, anche officioso, del contenuto delle clausole aventi i caratteri della "abusività".

In secondo luogo, si esamina il complicato iter seguito dal legislatore nazionale per il recepimento della direttiva n. 93/13/CEE nell'ordinamento italiano, dapprima con art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, con il quale è stato novellato il codice civile del 1942, inserendovi i nuovi artt. 1469-bis – 1469 – *sexies*, dedicati ai <<Contratti del consumatore>>; successivamente, traslando tale disciplina nel nuovo Codice del consumo approvato con il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 71 della legge 29 luglio 2003 n. 229 (*«Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001»*).

In terzo luogo, dopo avere illustrato le questioni di diritto intertemporale scaturenti dal passaggio dalla novella del codice civile alla sua traslazione nel Codice del consumo, si focalizza l'attenzione sul controllo giudiziale delle clausole abusive (i.e.: vessatorie), sulla sanzione della nullità c.d. di protezione, nonché sulla tecnica di tutela concernente l'elenco di clausole che si presumono vessatorie ai sensi dell'Allegato alla direttiva 93/13/CEE.

Il terzo capitolo, nel quale inevitabilmente si intrecciano profili di diritto sostanziale e di diritto processuale civile, si affronta il tema della apparente antinomia tra una tecnica di tutela fondata sul controllo giudiziale, anche officioso, del contenuto delle clausole vessatorie inserite nei contratti di massa stipulati tra professionista e consumatore e il giudicato formatosi, per mancata opposizione nei termini di legge, sul decreto ingiuntivo emesso per obbligazioni scaturenti dai contratti stessi.

Qui viene alla luce quello che è apparso ai più un "buco nero" della innovativa tecnica di tutela posta a protezione del consumatore e consistente nell'esame contenutistico e sostanziale delle clausole abusive imposte al soggetto debole del rapporto contrattuale: se il professionista richiede e ottiene a carico del consumatore l'emissione di un decreto ingiuntivo, allegando e documentando l'inadempimento del contratto, ove il destinatario del provvedimento monitorio non proponga tempestiva opposizione nei termini previsti dal codice di rito, il giudicato conseguentemente formatosi sul decreto costituisce ostacolo insuperabile

all'esercizio del potere giurisdizionale di controllo sulla abusività delle clausole nei contratti con i consumatori? Con il corollario che l'efficace strumento di protezione forgiato dal legislatore europeo trova un ostacolo insuperabile nel giudicato formatosi per l'inerzia del consumatore nel proporre tempestiva opposizione a decreto ingiuntivo?

A tali insidiose domande hanno dato significative risposte la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e quella della Corte di Cassazione.

Sulla base di un percorso graduale, ma fermo nel mantenere la barra sull'obiettivo di massima protezione del consumatore secondo le direttrici tracciate dalla direttiva n. 93/13/CEE, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo – con le quattro sentenze della Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 17 maggio 2022, C-600/19, cause riunite C-693/19 e C-831/19, C-725/19 e C-869/19 - e quella della Corte di Cassazione - pronunciatasi a Sezioni Unite con la sentenza monografica del 6 aprile 2023, n. 9479 – hanno di fatto plasmato la disciplina del procedimento monitorio piegandola agli scopi del controllo giudiziale sulle clausole vessatorie, ampliando le possibilità di intervento giudiziale secondo una rinnovata casistica, pur senza rinnegare i principi fondamentali che presiedono alla intangibilità della cosa giudicata.

La principale novità ermeneutica e applicativa della suesposta elaborazione giurisprudenziale è rappresentata dalla rivitalizzazione dello strumento processuale della opposizione tardiva al decreto ingiuntivo, la quale – nella innovativa riscrittura della disciplina del codice di rito - consente al debitore consumatore di recuperare la tutela, piena ed effettiva, di cui non ha potuto usufruire e permette al giudice di svolgere, in una sede di cognizione piena e nel rispetto del fondamentale principio del contraddittorio, quella delibazione integrale non effettuata in precedenza, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo, totale o parziale, sia quando la nullità riguardi una clausola che inficia solo il *quantum debeatur*, sia quando essa incida integralmente sull'*an debeatur*, sempre che a tale declaratoria il consumatore non si opponga, giacché trattasi comunque di nullità relativa e posta a vantaggio del contraente debole.

Pur trattandosi di eccezionale esempio di dialogo tra corte sovranazionale e nazionale di legittimità per la finalità comune di forgiare, la regola nomofilattica idonea, da un lato, a salvaguardare, ove possibile, principi fondamentali radicati nel diritto processuale nazionale, dall'altro a rimuovere barriere esistenti alla massima attuazione del principio di tutela del soggetto debole del rapporto contrattuale, e segnatamente a quel controllo giudiziale, ufficioso e sostanziale che della direttiva n. 93/13/CEE rappresenta l'elemento più innovativo e caratterizzante, nella giurisprudenza nazionale successiva, soprattutto di merito, non sono mancati i coni d'ombra e le zone franche, che hanno spinto le corti a interpellare nuovamente il giudice sovranazionale, in un percorso di continuo e graduale adeguamento del diritto privato

sostanziale di matrice europea, come quello dei consumi, e del diritto processuale nazionale con l'obiettivo unico e necessario della tutela del soggetto consumatore secondo principi di effettività e di equivalenza.

CAPITOLO I

CONTRATTI DI MASSA E TUTELA DEL CONSUMATORE

SOMMARIO: - 1.1 Il *Consumerism* e lo sviluppo del diritto europeo a tutela del consumatore. - 1.2 I vari settori di intervento della normativa comunitaria a tutela del consumatore. - 1.3 La nozione di consumatore nel diritto europeo e nazionale. - 1.4 Il Consumatore è solo la persona fisica o può essere un ente? - 1.5 Il regime dei c.d. atti misti del consumatore, compiuti per scopi professionali e personali. - 1.6 La nozione generale di consumatore nel Codice del consumo. - 1.7 La nozione di <<consumatore medio>>.

1.1 IL CONSUMERISM E LO SVILUPPO DEL DIRITTO EUROPEO A TUTELA DEL CONSUMATORE.

Il movimento di tutela del consumatore si sviluppa in ambito europeo intorno agli anni cinquanta, dopo aver avuto origine negli Stati Uniti d'America nei primi anni del secolo¹.

In Europa, la prima organizzazione privata di consumatori nasce nel 1947 in Danimarca e ad essa fanno seguito nel giro di pochi anni analoghe organizzazioni in altri Stati del vecchio conti-

Il movimento europeo per la tutela degli interessi del consumatore trova nelle organizzazioni spontanee interessate al fenomeno la sua principale cassa di risonanza. Tra queste organizzazioni, per numero ed intensità di iniziative ed azioni, si segnalano: a) le associazioni dei consumatori; b) le associazioni degli imprenditori; c) i sindacati; d) i partiti politici; e) le cooperative.

Le associazioni dei consumatori (molto sviluppate in Gran Bretagna, Francia e Germania) si prefiggono gli obiettivi del controllo della qualità dei prodotti immessi sul mercato, del contenimento dei prezzi, del rafforzamento del potere contrattuale del consumatore finale. Tali obiettivi vengono perseguiti attraverso intese raggiunte con le associazioni degli imprenditori o per il tramite di interventi provocati e stimolati dei pubblici. Le associazioni degli imprenditori perseguono scopi direttamente riconducibili alla tutela dell'autonomia e della libertà di impresa, con l'obiettivo prioritario di evitare che l'azione pubblica di *consumer protection* possa espropriare l'impresa di quei poteri e facoltà che a quest'ultima attribuisce la logica del libero mercato²³.

¹ ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1994, 309.

² GALGANO F., *Lezioni di diritto privato*, Padova, 1994, p. 73.

³ ALPA G., *Principi Generali*, Milano, 2006, p. 2.

Per questa ragione, le associazioni sottoscrivono intese con i consumatori o, in alternativa, propongono modelli di autocontrollo (quali i codici deontologici).

I sindacati dei lavoratori, in specie in Italia, hanno rivendicato la tutela di sempre nuove posizioni soggettive, fino ad abbracciare sfere prettamente personali, a rigore rientranti nel campo di applicazione della *consumer protection*. Alla base di questo allargamento di tutela vi è la convinzione, piuttosto diffusa, che i consumatori rappresentino una classe omogenea avente i medesimi requisiti di compattezza di quella dei lavoratori subordinati e, pertanto, difficilmente tutelabile separatamente da quest'ultima. L'assunto trova però un limite invalicabile in tutta una serie di fattori di disomogeneità e di conflitto strutturali alla categoria dei consumatori che impediscono di pensare ad una perfetta equivalenza tra classi dei consumatori e dei lavoratori subordinati.

Bisogna quindi prendere atto che la realtà del mercato e dei rapporti di mercato è nel senso di una chiara e netta distinzione tra le classi dei lavoratori e dei consumatori (per i quali si può anche discutere se costituiscano una vera e propria classe) per cui, seppure possano coesistere margini di tutela comune o non divergente, si è lontani da una completa identità strutturale e funzionale.

Perché il *Consumerism* assurga a politica di intervento degli organi comunitari bisogna però attendere gli anni 70'. Con la Risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975 vengono per la prima volta indicate le priorità di un programma organico di intervento a tutela del consumatore.

Gli obiettivi settoriali di tale intervento sono: a) la protezione della salute e della sicurezza; b) la protezione degli interessi economici; c) la consulenza, l'assistenza ed il risarcimento dei danni; d) l'informazione e l'educazione; e) la consultazione e la rappresentanza. Si tratta di obiettivi sostanzialmente confermati dal Consiglio nelle recenti Risoluzioni del 9 novembre 1989 e del 13 luglio 1992, i cui allegati contengono nel dettaglio l'elencazione delle future priorità per la politica di protezione e di promozione degli interessi dei consumatori.

Con la Risoluzione del Consiglio del 15 dicembre 1986, che ha fatto seguito a quella del 23 giugno 1986, la politica per la tutela e la promozione degli interessi del consumatore viene considerata in rapporto alle altre politiche comuni affinché, anche in tali ambiti, se ne tenga conto negli interventi degli organismi comunitari. Questa scelta di campo, promuovendo l'integrazione tra politica dei consumatori ed altre politiche comuni, nonché la valorizzazione delle altre politiche comunitarie dal punto di vista degli interessi dei consumatori, dovrebbe garantire un più rapido raggiungimento degli obiettivi prefissati ed eliminare il pericolo di contrasti all'interno dell'azione comunitaria complessivamente considerata. Particolarmente

interessate a quest'opera di integrazione sono la politica comunitaria della concorrenza, quella dell'ambiente, quella dei trasporti e quella attuata in materia sociale e di coesione⁴.

Con comunicazione della Commissione del 28 marzo 1990 viene per la prima volta approvato un piano generale di azione triennale per la politica di protezione dei consumatori nella Comunità contenente ventotto provvedimenti da attuare nel periodo 1990-1993, ripartiti in quattro settori: a) rappresentanza dei consumatori; b) informazione e formazione dei consumatori; c) sicurezza e salute dei consumatori; d) transazioni commerciali che riguardano i consumatori.

Il bilancio del piano può considerarsi certamente positivo per ciò che concerne la produzione normativa del periodo 1990-1993, sia per il numero di direttive approvate che per quello maggiore di proposte di direttiva approvate dal Consiglio.

Il secondo piano generale di azione triennale della Commissione abbraccia il periodo 1993-1995. Esso si colloca nella prospettiva di attuazione del Trattato di Maastricht sull'Unione Europea che ha elevato la protezione dei consumatori al rango di vera e propria politica comunitaria ed ha quindi aperto nuovi orizzonti all'azione degli organi della Comunità.

Il piano si articolava in due orientamenti fondamentali: a) il consolidamento del corpus legislativo comunitario; b) il perseguimento di priorità selettive al fine di migliorare il livello esistente di tutela dei consumatori e renderli maggiormente coscienti dei loro diritti. Questo secondo orientamento è particolarmente interessante in quanto sposta l'attenzione dall'intervento normativo all'applicazione pratica che di esso facciano i vari Stati membri dell'Unione.

1.2 I VARI SETTORI DI INTERVENTO DELLA NORMATIVA COMUNITARIA A TUTELA DEL CONSUMATORE

I numerosi interventi delle istituzioni comunitarie a tutela del consumatore, seppure apparentemente privi di un filo conduttore diverso dalla dichiarata finalità di uniformare la disciplina dei vari Stati membri in materia di protezione del soggetto destinatario di tutela, rispondono ad una ratio di fondo meno immediata, che affonda le proprie radici negli obiettivi cardine del Trattato CE⁵. Tra questi, la concreta attuazione dell'Unione Economica Europea attraverso «il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune», cui si richiama espressamente l'art. 3, lett. h), del Trattato.

L'obiettivo di uniformazione internazionale del diritto privato, da sempre avvertito nei rapporti transnazionali, assume tra i Paesi comunitari un'importanza ancora maggiore proprio

⁴ MICKLITZ H., *European Fair Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, 2008, p. 52.

⁵ ALPA G., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, Torino, 1994.

in forza dell'intento di creare un mercato comune, il quale ha animato la Comunità fin dalla sua fondazione. Ciò in quanto la certezza del diritto dei privati ha la capacità e l'effetto di rendere certe le norme regolatrici dei rapporti interni ad un mercato plurinazionale, facilita gli scambi al suo interno e favorisce l'instaurazione di un mercato unitario⁶.

Proprio perché questo è il vero obiettivo dell'azione comunitaria, vi sono interi settori della materia privatistica completamente ignorati dal legislatore europeo (per es. i settori del diritto di famiglia e delle successioni) e altri, viceversa, fatti oggetto di un intervento molto penetrante⁷. Nei settori in cui intervengono, le norme di fonte comunitaria assumano un carattere per così dire «promozionale», viceversa non riscontrabile nelle norme di fonte nazionale, perseguendo interessi finali di natura prettamente economica quali, ad esempio, la facilitazione della circolazione di beni e persone.

Per la dottrina italiana, l'intervento della normativa europea su questo settore dei rapporti interprivati ha dato alla luce il c.d. diritto privato dei consumi. Anche alla luce degli argomenti contenuti nel Parere sul tema «Il consumatore ed il mercato interno» del 24 novembre 1992 [nel quale si legge che la Comunità, nell'esercizio delle funzioni attribuitele dall'art. 129 A del Trattato, deve anzitutto creare condizioni tali da consentire ai consumatori di assolvere nel migliore modo possibile la loro funzione di arbitri del mercato⁸, in quanto la mancata realizzazione di tale obiettivo determinerebbe un funzionamento inefficiente del mercato stesso: in questo contesto la politica dei consumatori va intesa come misura di accompagnamento della politica economica della Comunità, la quale ha la capacità di introdurre meccanismi correttivi di eventuali squilibri e lacune di cui il mercato può soffrire]⁹, la tutela del soggetto consumatore in ambito comunitario appare essere obiettivo immediato nel cammino verso la realizzazione di un mercato concorrenziale e, quindi, strumento per il raggiungimento di un ben diverso obiettivo mediato¹⁰¹¹.

La conferma la si rinviene nei numerosi considerando che precedono la disciplina delle varie direttive in tema di *consumer protection*. Tra di essi è sempre possibile scorgere uno o più richiami espressi alla concorrenza, alle distorsioni provocate dalla *lacuna legis* che si intende colmare, alla necessità di interventi stimolatori. E ancora più, e ancora prima, di tale obiettivo mediato, si pone l'altro ben più rilevante della realizzazione progressiva del mercato comune,

⁶ ALPA G., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, Torino, 1994, 315.

⁷ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 311.

⁸ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 318.

⁹ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 318.

¹⁰ MAK V., *Standards of protection: in search of the 'average consumer' of EU law in the Proposal for a Consumer Rights Directive*, *European Review of Private Law*, vol. 19, n. 1, 2011, p. 20.

¹¹ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 317.

sempre primo fra i considerando che precedono le varie direttive e proposte di direttiva dettate a tutela del consumatore.

Se è certo che la protezione del consumatore non sia causa bensì mero effetto dell'imponente processo di avvicinamento verso gli obiettivi cardine del Trattato, trova adeguata spiegazione quello che potrebbe altrimenti apparire come uno strano fenomeno di normazione parziale e per compartimenti stagno. I settori più direttamente interessati a tale intervento sono stati fin quello della responsabilità civile, quello della teoria generale dei contratti e quello dei contratti speciali¹². Moltissime aree tradizionalmente riservate allo studio del privatista rimangono invece ad oggi del tutto ignorate dal legislatore comunitario ed inversioni di tendenza, per le ragioni già dette, non è ragionevole attendere nel prossimo futuro.

1.3 LA NOZIONE DI CONSUMATORE NEL DIRITTO EUROPEO E NAZIONALE

La legislazione di fonte europea a tutela del consumatore, ruota inevitabilmente attorno alla nozione del soggetto destinatario di protezione.

Ma attribuire un significato univoco al termine «consumatore» è operazione alquanto difficile.

Tale difficoltà è la conseguenza naturale dell'evoluzione storico-culturale di un termine (e di una categoria) che ha vissuto esperienze, per così dire, parallele in settori tra essi diversi, quali quello economico, sociologico ed, infine, giuridico.

La figura del consumatore, derivata dalla categoria concettuale del «consumo», trova origine proprio nelle elaborazioni teoriche delle scienze economiche.

In tale settore, essa è infatti speculare alla figura del «produttore», cioè di colui che, in un'economia liberista e capitalista, gestisce e trasforma i fattori della produzione al fine di offrire sul mercato i risultati di tale gestione e trasformazione. L'offerta ha come destinatario naturale il consumatore, individuo in grado di soddisfare le proprie esigenze di consumo nel rispetto del migliore rapporto prezzo-qualità, orientando le scelte sui beni e/o servizi che gli appaiono maggiormente rispondenti ai propri interessi. Il problema economico del consumatore è quindi quello di effettuare delle scelte tra soddisfazioni alternative: non essendo in genere tanto ricco da poter comperare tutto ciò che desidera, potrà acquistare un bene o un servizio soltanto alla condizione di rinunciare ad un altro. Ma attraverso questa ricerca dell'utilità in senso microeconomico, il consumatore finisce con l'influire irrimediabilmente sulla produzione, ispirandone ed orientandone le scelte¹³. A questa elementare constatazione si riconduce la classica teorizzazione del consumatore quale soggetto principale del mercato.

¹² ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 321.

¹³ IRTI N., *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001.

Alla figura del consumatore si sono riferite anche le scienze sociologiche, con un approccio del tutto diverso da quello economico, seppure ad esso pur sempre connesso. Il consumatore nella prospettiva sociologica non è un soggetto rigidamente razionale che orienta le sue scelte secondo i parametri fissi indicati dalle leggi microeconomiche, bensì colui che, appartenendo all'una o all'altra categoria di individui presenti sul mercato distinti per sesso, età, livello culturale, ecc., si lascia guidare da stimoli spesso di difficile individuazione¹⁴. Di talché, l'atto di consumo diviene lo specchio per riflettere la complessa personalità dell'individuo, i suoi desideri, le sue paure, il suo stesso modo di ragionare¹⁵.

I risultati degli studi sociologici sul consumatore, aiutati da indagini di mercato e da ricerche statistiche sempre più frequenti nella attuale realtà dei consumi, hanno indotto un marcato cambiamento di prospettiva.

Il consumatore, da dominus del mercato, diviene soggetto bisognoso di tutela perché eccessivamente esposto agli stimoli esterni diretti ad influire sui suoi consumi¹⁶.

Nonostante le origini storico-culturali del termine «consumatore», tale termine ha assunto nel linguaggio giuridico significati del tutto peculiari¹⁷¹⁸. L'assenza di una definizione generale codificata, che avrebbe avuto il pregio di limitare in modo definitivo i confini della categoria, ha lasciato il passo nel nostro ordinamento a definizioni, per così dire, settoriali, atte ad indicare il campo di applicazione del singolo intervento normativo. Peraltro, fino a qualche decennio fa non vi erano neppure definizioni di settore, e la definizione di consumatore si attingeva a mera elaborazione dottrinaria.

L'assenza ab origine di una definizione generale di consumatore non è però indicativa di una completa indifferenza del legislatore nazionale per quelle istanze di tutela che successivamente si sono manifestate sotto forma di vere e proprie politiche di intervento legislativo, in particolare a livello comunitario¹⁹.

Seppure il codice civile e la stessa Costituzione non contenessero alcun riferimento formale al consumatore, come controparte dell'impresa, vi sono norme in cui era già possibile intravedere le fondamenta di quella contrapposizione consumatore - professionista che connota il moderno diritto dei consumi²⁰²¹²².

¹⁴ ALPA G., *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, 51.

¹⁵ ALPA G., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, Torino, 1994, 323.

¹⁶ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 324.

¹⁷ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994.

¹⁸ ALPA G., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. ALPA-S. PATTI, Milano, 1997, 22.

¹⁹ ALPA G., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, cit, 1994, 325.

²⁰ BIN R.- PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Torino, 2019, 467.

²¹ ROPPO V., *Il contratto*, Torino, 2011, 22.

²² ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Padova, 2009, 5.

Basterebbe pensare alla disciplina codicistica dell'aderente nei contratti di massa (art. 1341-1342), dell'acquirente nel contratto di compravendita (artt. 1470 ss.), del danneggiato in alcuni particolari casi di illecito aquiliano (art. 2043) e, per ciò che concerne la Carta costituzionale, al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), ai numerosi limiti posti all'iniziativa economica privata (art. 41), alla tutela del risparmio in ogni sua forma (art. 47). Questi chiari riferimenti normativi appaiono espressione di una opzione di fondo che, seppure non sviluppata adeguatamente nelle sue naturali conseguenze per ovvie ragioni storiche, si muove certamente sulla strada della tutela della controparte non professionale dell'impresa, ritenuta meritevole di interventi riequilibratori²³²⁴.

Il termine consumatore, nel suo significato più moderno, ricorre, invece, nelle costituzioni più recenti di Stati dell'area occidentale²⁵ che hanno subito l'influenza culturale delle politiche del diritto ispirate dalla c.d. *consumer protection*. Emblematico in tal senso è il caso della Spagna, la cui nuova costituzione del 1978 contiene una norma espressamente dedicata alla tutela dei consumatori.

L'art. 51 della Costituzione spagnola, nel complesso molto attenta a posizioni giuridiche di recente individuazione che, nel nostro ordinamento, hanno potuto trovare consacrazione soltanto grazie all'opera creatrice della giurisprudenza, dispone al primo comma: «I pubblici poteri garantiranno la difesa dei consumatori e degli utenti²⁶ tutelandone, mediante procedimenti efficaci, la sicurezza, la salute e i legittimi interessi economici». Al secondo comma aggiunge: «I pubblici poteri promuoveranno l'educazione e l'educazione dei consumatori e degli utenti, ne incoraggeranno le organizzazioni che consulteranno nelle questioni che possano riguardare i loro interessi, nei termini che la legge stabilisca»²⁷. Ed infine al terzo comma: «Nell'ambito delle disposizioni dei precedenti commi, la legge disciplinerà il commercio interno e il regime dell'autorizzazione di prodotti commerciali»²⁸.

A livello comunitario, riferimenti espressi al consumatore furono già inseriti nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea. L'art. 39 del Trattato, dopo aver individuato tra le finalità della politica agricola comune la garanzia della sicurezza degli approvvigionamenti e la stabilizzazione dei mercati, designa l'obiettivo di «assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori». L'art. 85, par. 3, dedicato alla autorizzazione di accordi tra imprese rispettosi della concorrenza, pone come imprescindibile condizione che una «congrua parte dell'utile che ne deriva» venga riservata agli utenti, e l'art. 86 menziona, quale esempio di

²³ ALPA G., *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, 310.

²⁴ ALPA G., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, cit., 1994, 326.

²⁵ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 327.

²⁶ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 328.

²⁷ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 329.

²⁸ ALPA G., ult. cit., *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, 1994, 330.

pratiche lesive della concorrenza, «la limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori». L'art. 100 A, par. 3, stabilisce, infine, che la Commissione, nelle proposte «in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato» (art. aggiunto dall'art. 18 dell'Atto unico europeo).

Il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea, nel perseguire l'obiettivo di elevare la protezione dei consumatori a vera e propria politica comunitaria, a questi ultimi si richiama negli artt. 3, lett. s), e 129 A. La prima disposizione designa tra gli obiettivi dell'azione comunitaria «un contributo al rafforzamento della tutela dei consumatori», la seconda indica la duplice strada da seguire per la realizzazione di tale obiettivo riferendosi a: a) misure da adottare ex art. 100 A nell'ambito della realizzazione del mercato interno; b) azioni specifiche che sostengono e integrano la condotta dagli Stati membri con l'obiettivo di tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'adeguata informazione.

Il Trattato, pur richiamandosi al consumatore, non fornisce di questo alcuna definizione generale²⁹. I meri richiami hanno lasciato il passo ad espresse definizioni soltanto nelle direttive comunitarie degli anni 90' del secolo scorso. Come sostenuto da autorevole dottrina, queste definizioni difettano, però, del carattere della generalità, in quanto trattasi di definizioni di tipo «relazionale», prettamente strumentali all'intervento normativo a cui accedono. Tale innegabile constatazione non ha però ostacolato un'opera di ricostruzione sistematica, la quale ha permesso all'interprete di radunare una serie di caratteri fondamentali che, per essere ricorrenti nelle varie definizioni normative di consumatore, possono essere utili al fine di tracciare un identikit, il più conforme possibile alle intenzioni del legislatore comunitario, del soggetto destinatario della *consumer protection*³⁰³¹.

Emblematico è il caso della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, che all'art. 2 reca la seguente definizione di consumatore: «qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale». Tale definizione è stata riprodotta con qualche modifica nell'art. 1469 bis, 2° comma, c.c. introdotto dalla legge 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria per il 1994) con la quale il legislatore ha dato attuazione alla direttiva 93/13/CEE. Consumatore, per la norma codicistica, è stato qualificato «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta».

²⁹ ALPA G., *L'arte di giudicare*, Bologna, 1996, 51.

³⁰ ALPA G., ult. cit., *L'arte di giudicare*, 1996, 316.

³¹ ALPA G., ult. cit., *L'arte di giudicare*, 1996, 322.

Altra definizione espressa di consumatore è contenuta nella dir. 85/577/CEE, concernente le vendite compiute fuori dai locali commerciali, attuata nel nostro ordinamento con d. lgs. 15 gennaio 1992, n. 50. Consumatore in tale settore è stato definito «la persona fisica che per le transazioni comprese nella presente direttiva, agisce per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale». La definizione rimane nella sostanza immutata nel passaggio dalla fonte comunitaria al decreto di attuazione (art. 2, lett. a), del d. lgs. n. 50/92).

Del tutto analoga a quest'ultima definizione è quella contenuta nell'art. 1 della direttiva 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, secondo cui è consumatore «la persona fisica che, per le transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla sua attività professionale». In tal caso la definizione viene trasfusa con qualche modifica nel provvedimento di attuazione (d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 121) ed il consumatore viene descritto con la stessa formula riprodotta nel citato art. 1469 bis, 2° comma, c.c.

Anche nella direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», recepita con d. lgs. 16 marzo 1995, n. 111, è contenuta una definizione espressa di consumatore.

Ai fini di tale direttiva consumatore è «la persona che acquista o si impegna ad acquistare servizi tutto compreso o qualsiasi persona per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare servizi tutto compreso o qualsiasi persona cui il contraente principale o uno degli altri beneficiari cede il servizio tutto compreso». La definizione muta parzialmente nel decreto di attuazione, per il cui art. 5 consumatore è «l'acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da nominare, purché soddisfi a tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio, per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare senza remunerazione un pacchetto turistico». Pertanto, consumatori sono il contraente principale, il cessionario e, in talune circostanze, anche il semplice beneficiario del servizio.

La dir. 85/374/CEE, riguardante la responsabilità per danno da prodotto difettoso, attuata con d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, pur segnalandosi come uno dei primi interventi comunitari a tutela consumatore a cui sia stata data attuazione nel nostro ordinamento, indica quale destinatario della tutela il «danneggiato», del quale peraltro non fornisce alcuna definizione espressa.

Nonostante la diversa terminologia usata in questa circostanza dal legislatore comunitario, dalla lettura dei numerosi considerando si evince chiaramente la sussistenza di una identità soggettiva tra danneggiato e consumatore, per cui il primo finisce inevitabilmente

per essere una specificazione del secondo. La medesima considerazione si giustifica con riferimento all' «acquirente» di cui alla direttiva 94/47/CEE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili.

1.4 IL CONSUMATORE È SOLO LA PERSONA FISICA O PUÒ ESSERE UN ENTE?

Le fonti europee e nazionali citate, pur nella diversità dei settori di intervento, lasciano trasparire alcuni caratteri che connotano una ipotetica figura generale di consumatore.

E la univoca limitazione della tutela comunitaria al consumatore quale persona fisica ha polarizzato l'attenzione della dottrina. Vi sono ordinamenti che hanno già da tempo avviato una politica degli atti e rapporti di consumo per i quali il consumatore può essere indistintamente una persona fisica e morale, a riprova del fatto che non sussistono preclusioni di principio all'estensione della tutela al di là dei ristretti limiti in cui ad oggi la rilegano le istituzioni comunitarie (l'art. 2 della legge brasiliana 11 settembre 1990 n. 8078, la quale contiene un vero e proprio codice dei rapporti di consumo, ne è la riprova: «*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquirir ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*»).

Molti autori hanno di conseguenza trovato non condivisibile lo sbarramento imposto dal legislatore comunitario alle persone giuridiche ed agli enti di fatto (società di persone, associazioni non riconosciute, comitati, consorzi con attività esterna, cooperative ed organizzazioni di volontariato, istituti di assistenza e beneficenza), ritenendo che le identiche ragioni di protezione che giustificano l'intervento riequilibratore a favore dell'individuo consumatore potrebbero a rigore ricorrere anche con riferimento a tali soggetti. In particolare, si sostiene che persone giuridiche ed enti di fatto possono venirsi a trovare nella medesima posizione di debolezza che caratterizza le contrattazioni del consumatore allorquando agiscano per scopi estranei alla propria attività professionale³². Ciò avviene, è stato detto, nel caso in cui l'ente stipuli dei contratti strumentali al perseguimento del proprio scopo sociale (ma non direttamente riconducibili a quest'ultimo) o agisca, comunque, al di fuori dei limiti tracciati nell'atto costitutivo.

Simili argomentazioni non hanno permesso né in dottrina, né in giurisprudenza, di superare in via interpretativa un limite insito nel sistema normativo così come costruito e voluto dal legislatore europeo, la cui ratio risiede nel diverso modo di atteggiarsi, con riferimento alla persona fisica ed a quella giuridica (o all'ente di fatto), dei rapporti tra attività professionale ed extraprofessionale. In altre parole, coniugando i diversi termini sopra segnalati che

³²ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2007, 16.

compongono la definizione di consumatore (ed in particolare la natura di persona fisica con il carattere extraprofessionale o extraimprenditoriale dell'attività da questa svolta), è possibile facilmente risalire al motivo ispiratore delle contestate disposizioni normative. Questo sembra risiedere nel radicato convincimento del legislatore comunitario secondo cui, a differenza della persona fisica, la quale può agire nei limiti della propria attività professionale o imprenditoriale ovvero, viceversa, debordare da tal limiti, l'ente, personificato e non ha una minore libertà di scelta in quanto è sempre tenuto ad operare legittimamente solo in funzione della realizzazione degli scopi sociali che ne giustificano esistenza e capacità. È proprio l'inconcepibilità di un'attività extraprofessionale dell'ente a giustificare la negazione di tutela³³.

La conferma di ciò proviene dai provvedimenti di attuazione delle direttive europee a difesa del consumatore ove si puntualizza che il soggetto destinatario di tutela deve agire per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale «eventualmente» svolta, quasi a rimarcare il carattere plurimotivazionale dell'agire giuridico della persona fisica e la possibilità, che non può spingersi al ovviamente non compare nella speculare definizione di professionista contenuta nei medesimi provvedimenti attuativi³⁴.

La dottrina maggioritaria, se da una parte ha ritenuto che l'argine alzato dal legislatore comunitario, almeno alla luce della disciplina vigente, non è superabile attraverso una semplice

³³ ALPA G., *La direttiva del Consiglio CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con consumatori, Responsabilità Civile e Previdenza*, 1993, 438.

³⁴ Di interesse è la vicenda giudiziaria che ha interessato il condominio negli edifici, ritenuto dalla CGUE (2 aprile 2020, C-329) un non consumatore: “Secondo la formulazione dell'art. 2, lett. b della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la nozione di «consumatore» deve intendersi riferita a «qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale». Da tale disposizione deriva che, affinché una persona possa rientrare in questa nozione, devono essere soddisfatte due condizioni cumulative, vale a dire che si tratti di una persona fisica e che quest'ultima svolga la sua attività a fini non professionali. Per quanto riguarda la prima di tali condizioni, una persona diversa da una persona fisica, che stipuli un contratto con un professionista, non può essere considerata come un consumatore ai sensi dell'art. 2 lett. b della direttiva 93/13/CEE. Nel caso di specie, il giudice del rinvio indica che, nell'ordinamento giuridico italiano, un condominio è un soggetto giuridico che non è né una «persona fisica» né una «persona giuridica». A tal riguardo, va rilevato che, allo stato attuale di sviluppo del diritto dell'Unione, la nozione di «proprietà» non è armonizzata a livello dell'Unione europea e possono sussistere differenze tra gli Stati membri. Infatti, ai sensi dell'art. 345 TFUE, i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri. Inoltre, nella prospettiva di un'interpretazione sistematica più ampia, si deve osservare che l'art. 1 par. 2 lett. k del regolamento (UE) n. 650/2012 del 4 luglio 2012 esclude i diritti reali dal suo ambito di applicazione. Di conseguenza, e fintanto che il legislatore dell'Unione non sia intervenuto al riguardo, gli Stati membri restano liberi di disciplinare il regime giuridico del condominio nei rispettivi ordinamenti nazionali, qualificandolo o meno come «persona giuridica». Ne deriva che un condominio, qual è il ricorrente nel procedimento principale, non soddisfa la prima delle condizioni di cui all'art. 2 lett. b della direttiva 93/13/CEE e pertanto non rientra nella nozione di «consumatore» ai sensi di tale disposizione, cosicché il contratto stipulato tra tale condominio e un professionista è escluso dall'ambito di applicazione della suddetta direttiva. Siffatta conclusione non è contraddetta dalla sentenza 5 dicembre 2019 nelle cause riunite C-708/17 e C-725/17, *EVN Bulgaria Toplofikatsia e Toplofikatsia Sofia*, punto 59. Infatti, se è vero che la Corte di giustizia ha dichiarato che i contratti di fornitura dell'energia termica che alimenta l'immobile detenuto in condominio, in discussione in quella causa, ricadevano nella categoria dei contratti stipulati tra un consumatore e un professionista, ai sensi dell'art. 3 par. 1 della direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, occorre rilevare che tali contratti erano stati stipulati dai condòmini stessi e non, come nel procedimento principale, dal condominio, rappresentato dall'amministratore”.

operazione ermeneutica che prenda le mosse da considerazioni di carattere sostanziale relative alla situazione di debolezza in cui si troverebbero, per determinati atti e rapporti, enti personificati e non (al fine di permettere un'applicazione analogica della disciplina tipica degli atti e rapporti di consumo), dall'altra parte ha giudicato legittimo riconoscere al giudice, per ciascuna fattispecie concreta sottoposta al suo vaglio, il potere di indagare quale sia l'effettivo destinatario degli effetti dell'atto e cioè se al di là dello schermo dell'ente si trovi un soggetto qualificabile come consumatore. Il pericolo è che un'applicazione eccessivamente formale della normativa di ispirazione comunitaria possa sollecitare interposizioni fittizie idonee ad eludere gli obiettivi di tutela prefissati.

Ma la definizione positiva di consumatore ha fatto discutere da tutt'altro punto di vista. Anche in presenza di una persona fisica il giudice è infatti chiamato ad accertare se quest'ultima abbia agito per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale: solo all'esito di detta indagine potrà ritenere applicabile la disciplina speciale degli atti di consumo³⁵.

Il dato normativo, se inteso alla lettera, potrebbe a questo proposito indurre facilmente in errore, in quanto sembra legittimare un controllo giudiziale sui motivi dell'agire privato e quindi un'atipica indagine psicologica sulle intenzioni dell'individuo. In realtà, al di fuori di errate suggestioni, sembra fondata l'opinione dottrina dominante secondo cui il criterio per accertare l'estraneità dell'atto all'attività professionale o imprenditoriale dell'agente è di natura essenzialmente oggettiva. Il giudice verificherà modalità dell'atto, forme utilizzate, circostanze di tempo e di luogo in cui è stato compiuto, condizioni di pagamento pattuite. E soprattutto indagherà sulla natura dell'oggetto dell'atto al fine di accertare se possa o meno ritenersi destinato (per obiettive caratteristiche strutturali e funzionali) al soddisfacimento di esigenze personali e/o familiari ovvero a distinte esigenze di profitto.

1.5 IL REGIME DEI C.D. ATTI MISTI DEL CONSUMATORE, COMPIUTI PER SCOPI PROFESSIONALI E PERSONALI

Alcune aree grigie della nozione di consumatore si ravvisano con riferimento ai c.d. atti misti e cioè quelli compiuti sia per scopi professionali o imprenditoriali, sia per finalità personali e/o familiari.

³⁵ Cfr. Cass. 3 dicembre 2021, n. 38264 sui rapporti tra cliente e avvocato: *“Il cliente dell'avvocato va qualificato come consumatore esclusivamente nel caso in cui si presenti quale “persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale eventualmente svolta”, in conformità alla definizione posta dall'art. 3 del Codice del Consumo. Quando, invece, il cliente si rivolge all'avvocato quale “persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario”, egli è da considerarsi, piuttosto alla stregua di un professionista ai sensi del D.lgs. n. 206 del 2005, ex art. 3 e, pertanto, in tal caso, non si applicherà il foro del consumatore per le controversie che lo riguardano (Cass. 8598/2018)”*.

Qui, una parte della dottrina ha proposto di fare applicazione del criterio basato sulla c.d. destinazione prevalente: il giudice dovrà indagare, caso per caso, se l'agire del consumatore sia caratterizzato da scopi professionali o extraprofessionali e soltanto in quest'ultimo caso potrà fare applicazione della disciplina a tutela del consumatore.

La dottrina dominante ha invece ritenuto preferibile, in quanto più aderente al dato normativo, sia europeo, sia nazionale, nonché agli obiettivi di protezione perseguiti, la soluzione più restrittiva che tende ad escludere gli atti c.d. misti dall'ambito applicativo della disciplina dei consumi. E ciò in quanto la legge richiede che l'atto venga compiuto dall'individuo per scopi extraprofessionali o extraimprenditoriali e non si capisce come possa essere considerato tale un atto posto in essere da una persona fisica anche per queste ultime finalità.

Nello stesso senso si è pronunciata la Corte di giustizia CE (20 gennaio 2005 in causa 464/01), la quale, resolvendo la questione pregiudiziale in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 13, comma 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ed al fine di verificare la ricorrenza dei presupposti per la deroga al foro del convenuto, ha negato che un contratto concluso per finalità promiscue possa essere imputabile ad un consumatore.

In sintesi, è ormai piuttosto radicato il convincimento che l'accertamento della natura dello scopo dell'agire della persona fisica deve avvenire privilegiando un criterio esclusivamente oggettivo, non essendoci indizi nel senso che il legislatore abbia inteso quivi derogare al principio di irrilevanza dei motivi in materia contrattuale. Il giudice deve pertanto verificare le modalità dell'atto, le forme utilizzate, le circostanze di tempo e di luogo, le condizioni di pagamento, e pertanto indagare se l'oggetto dell'atto possa o meno ritenersi destinato al soddisfacimento di bisogni privati ovvero professionali. Su tale via, può essere qualificato consumatore soltanto chi compie un atto che soddisfi bisogni personali o familiari, non certo il professionista che, sebbene agendo al di fuori della propria specifica attività professionale, si approvvigioni di beni o servizi strumentali o comunque inerenti all'esercizio della professione. E ciò perché il consumo professionale, per il legislatore comunitario e nazionale, è un «non consumo». Ne discende che non può essere riconosciuto lo status di consumatore alla persona fisica che acquisti beni per esercitare in futuro un'attività professionale (cfr. Cass. 14 aprile 2000 n. 4843) ovvero al venditore che stipuli con un istituto bancario un contratto per regolare la concessione di finanziamenti ai propri futuri acquirenti (cfr. Cass. 25 luglio 2001 n. 10127)³⁶.

³⁶ Per Cass., ord., 26 marzo 2019, n. 8419: *“In tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui al vecchio testo dell'art. 1469 bis c.c. (ora art. 33 del Codice*

1.6 LA NOZIONE GENERALE DI CONSUMATORE NEL CODICE DEL CONSUMO

Il Codice del consumo, di cui al d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, dopo l'esperienza ormai ultradecennale di una pluralità di definizioni relazionali, per lo più di matrice comunitaria, sparse nel codice civile ed in leggi speciali, ha permesso finalmente di unificare la nozione di consumatore e, nel contempo, di ricondurre a quest'ultima anche l'utente di un servizio pubblico o privato³⁷.

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 206 del 2005 “Ai fini del presente codice, ove non diversamente previsto, si intende per: a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

In precedenza, né l'art. 153 (ex art. 129 A) del Trattato (ora, art. 169 TFUE), né la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza durante il Consiglio europeo del 7-9 dicembre 2000, avevano recepito una definizione generale di consumatore. Sebbene la distinzione tutta italiana tra consumatore, quale acquirente di beni, ed utente, quale fruitore di servizi, presentasse segni di cedimento anche nella legislazione nazionale (cfr. art. 1, comma 2, l. n. 281 del 1998), la duplicazione terminologica, stigmatizzata in gran parte degli Stati comunitari, non era stata formalmente eliminata dal legislatore.

Per la definizione normativa di utente rimane la difficoltà per l'interprete di stabilire, di volta in volta, se l'oggetto del rapporto di consumo possa essere qualificato come «servizio», non rinvenendosi nella disciplina generale una nozione di servizio, a differenza di quanto avvenga per i beni ex art. 810 c.c. La dottrina ha suggerito di fare quivi riferimento alla disciplina comunitaria, includendo nella nozione i servizi bancari, i servizi di investimento in valori mobiliari ed i servizi assicurativi.

La definizione unitaria è connotata da generalità, poiché è quella cui bisogna fare riferimento, in assenza di specifiche previsioni normative, ogniqualevolta il codice richiami il consumatore o l'utente³⁸. Non presenta, ad esempio, simile carattere la definizione allargata di

del consumo, approvato con d.lgs. n. 206 del 2005), la qualifica di consumatore spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice consumatore soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; correlativamente devono essere considerate professionisti tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica sia privata, che utilizzino il contratto non necessariamente nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma per uno scopo connesso all'attività imprenditoriale o professionale”. Nella specie, la S.C. ha escluso la qualità di consumatore in capo ad una persona fisica che aveva commissionato ad una società, di cui egli era socio al 99%, lo studio di fattibilità di un "trust", ritenendo determinante la stretta correlazione tra il patrimonio della società commissionaria ed i beni che sarebbero dovuti confluire nel "trust" medesimo.

³⁷ ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Padova, 1995, 621.

³⁸ Cfr. Cass. 11 aprile 2022, n. 11639: “... la qualifica di "consumatore" spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice

consumatore ed utente contenuta nell'art. 5, c. 1, la quale assume valenza precettiva esclusivamente nell'ambito del titolo II concernente le «Informazioni ai consumatori». La menzionata distinzione tra una definizione generale ed una speciale è stata patrocinata dal Consiglio di Stato (parere n. 11602/2004) al fine di evitare che una definizione unica allargata, collocata nell'ambito dell'art. 3, potesse ingenerare equivoci interpretativi in sede applicativa, facendo ritenere in ogni caso la qualità di consumatore anche in capo al mero destinatario di comunicazioni commerciali.

Il dualismo imprenditore-consumatore, intorno al quale ruota qualsiasi intervento comunitario relativo alla *consumer protection*, fa giustizia dei dubbi sovente sollevati in dottrina circa l'utilità di una nozione generale di consumatore. Si è detto che una simile nozione sarebbe ripetitiva rispetto ad altre nozioni più pregnanti, quali quelle di «danneggiato» o «acquirente». La dottrina ha evidenziato che per tale via si dimentica che la nozione di consumatore è una nozione trasversale, la quale designa una «super categoria» comprensiva di molte delle categorie tradizionali³⁹. Consumatore può essere il danneggiato da prodotto difettoso, l'acquirente di un bene al proprio domicilio o il contraente nei contratti di massa, ma ciò rappresenta il risultato di una chiara scelta di politica legislativa delle Istituzioni sovranazionali e non il deprecabile difetto di un termine o di una definizione talmente generici da essere privi di rilevanza giuridica.

1.7 LA NOZIONE DI <<CONSUMATORE MEDIO>>

La direttiva n. 29/2005/UE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, all'art. 8 richiama la nozione di <<consumatore medio>>, della quale non viene resa alcuna definizione.

Ed invero, la disposizione sovranazionale, dedicata alle <<pratiche commerciali aggressive>>, definisce tale una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, “limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio”. Poiché l'art. 2 della medesima direttiva, nell'enunciare la definizione di <<consumatore>> riproduce quella generale di <<persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale>>, si è posto, sia in dottrina

"consumatore" soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; correlativamente deve essere considerato "professionista" tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che utilizzi il contratto non necessariamente nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale”.

³⁹ ALPA G., *Il contratto*, Milano, 2004, 308.

che in giurisprudenza, il problema di perimetrare l'ambito dello status di <<consumatore medio>>.

Analogo richiamo alla nozione di <<consumatore medio>> si rinviene nell'art. 5 della predetta direttiva dedicato al divieto delle pratiche commerciali sleali.

La nozione di <<consumatore medio>> compare nelle norme nazionali di recepimento di cui al Codice del consumo (v. art. 24, rubricato "Pratiche commerciali aggressive").

Il Consiglio di Stato, con ordinanza del 10 ottobre 2022, ha sottoposto alla Corte di Giustizia UE, in sede di rinvio pregiudiziale, il quesito se la nozione di "consumatore medio", ai sensi della direttiva n. 29/2005/UE, deve essere perimetrata non soltanto con riferimento a un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, ma anche tenendo conto del fatto che la capacità decisionale di un individuo è falsata da limitazioni, quali le distorsioni cognitive.

La Corte di Lussemburgo, richiamando il Considerando n. 18 della direttiva, ha preliminarmente evidenziato che, sebbene sia opportuno proteggere tutti i consumatori dalle pratiche commerciali sleali, la protezione da pratiche commerciali ha ad oggetto gli effetti delle pratiche commerciali "su un virtuale consumatore tipico".

Da detto considerando deriva anche che, conformemente al principio di proporzionalità, e per consentire l'efficace applicazione delle misure di protezione in essa previste, la direttiva prende come parametro il consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici.

Pertanto, per la Corte il richiamo al consumatore medio costituisce un criterio oggettivo, trattandosi di nozione che "prescinde dalle conoscenze concrete che l'interessato può avere o dalle informazioni di cui egli realmente dispone. Inoltre, non è riconducibile a tale criterio oggettivo né il consumatore meno avveduto di tale consumatore medio, né il consumatore più avveduto di quest'ultimo"⁴⁰.

La stessa Corte ha evidenziato che tale nozione "non è statica e che gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali devono esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie"⁴¹.

Con il corollario che il consumatore medio è una persona, da un lato, normalmente informata e, dall'altro, ragionevolmente attenta ed avveduta. Tuttavia, dato che, conformemente all'art. 7 della direttiva spetta al professionista fornire ai consumatori le informazioni rilevanti di cui questi ultimi hanno bisogno, nella fattispecie concreta, per prendere la loro decisione,

⁴⁰ Così, C. giust., 21/09/2023, in causa C-139, punti 60 – 66.

⁴¹ Così, C. giust., 14/11/2024, in causa C-646, punto 50.

tale caratteristica del consumatore medio, di essere "normalmente informato", deve essere intesa come riferita alle informazioni che si possono ragionevolmente presumere note ad ogni consumatore, tenendo conto dei pertinenti fattori sociali, culturali e linguistici, e non alle informazioni proprie dell'operazione di cui trattasi. Di conseguenza, detta caratteristica non esclude che una pratica commerciale possa falsare in misura rilevante il comportamento economico di tale consumatore virtuale a causa di una carenza informativa di quest'ultimo.

Del pari, il fatto che la nozione di "consumatore medio" debba essere intesa con riferimento a un consumatore "ragionevolmente attento ed avveduto" non esclude la presa in considerazione dell'influenza di distorsioni cognitive su tale consumatore medio, purché sia dimostrato che tali distorsioni possano colpire una persona normalmente informata nonché ragionevolmente attenta ed avveduta, e ciò in misura tale che il suo comportamento ne risulterebbe falsato in misura rilevante.

In altri termini, se è vero che la capacità di decisione di un consumatore può essere falsata da un insieme di limitazioni, come le distorsioni cognitive, ciò non implica tuttavia che si debba necessariamente ritenere che qualsiasi rischio di insorgenza di una distorsione cognitiva in occasione di una pratica commerciale abbia necessariamente l'effetto di falsare, in misura rilevante, il comportamento di tale consumatore virtuale. Occorre inoltre che sia debitamente dimostrato che, nelle specifiche circostanze di una situazione concreta, una siffatta pratica sia tale da incidere sul consenso di una persona normalmente informata nonché ragionevolmente attenta ed avveduta, e ciò in misura tale che il suo comportamento ne sarebbe falsato in misura rilevante.

Per la Corte sovranazionale spetta in ultima istanza agli organi giurisdizionali nazionali determinare la reazione tipica del consumatore medio in una determinata situazione⁴².

Di qui la risposta al quesito posto dal Consiglio di Stato: “Alla luce dell'insieme dei motivi che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che la direttiva 2005/29/UE deve essere interpretata nel senso che la nozione di "consumatore medio", ai sensi di tale direttiva, deve essere definita con riferimento a un consumatore normalmente informato nonché ragionevolmente attento ed avveduto. Una siffatta definizione non esclude tuttavia che la capacità decisionale di un individuo possa essere falsata da limitazioni, quali distorsioni cognitive”⁴³.

⁴² C. giust., 26/10/2006, in causa C-611, punto 39.

⁴³ Così, C. giust., 14/11/2024, C-646, punto 59.

CAPITOLO II

LA DIRETTIVA N. 93/13/CEE SULLE CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI STIPULATI CON I CONSUMATORI E LA NORMATIVA DI RECEPIMENTO DEL CODICE DEL CONSUMO

SOMMARIO: - 2.1 La direttiva numero 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori. - 2.2 I precedenti dei principali Paesi europei e delle Istituzioni comunitarie. - 2.2.1 La legge svedese del 1971 sulle clausole abusive. - 2.2.2 La legge tedesca del 1976 (*AGB-Gesetz*). - 2.2.3 *L'Unfair Contract Terms Act* del 1977 (Regno Unito). - 2.2.4 La *Loi Scrivener* francese del 1978. - 2.2.5 L'esperienza italiana tra tutela formale e sostanziale del consumatore. - 2.3 Gli atti di impulso delle Istituzioni europee. - 2.4 I Considerando della direttiva: principi generali ispiratori delle discipline nazionali di recepimento e strumenti fondamentali di indirizzo ermeneutico. - 2.5. Struttura e contenuto della direttiva tra obiettivi di armonizzazione e di tutela del contraente «debole». - 2.6 Il recepimento della direttiva n. 93/13/CEE nell'ordinamento italiano: art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52. - 2.7 L'approvazione del Codice del Consumo di cui al D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206. - 2.7 L'approvazione del Codice del Consumo di cui al D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206. - 2.8 Traslazione della disciplina di attuazione della direttiva n. 93/13/CEE nel Codice del Consumo. - 2.8.1 Controllo giudiziale sulle clausole vessatorie e regime di nullità di protezione. - 2.8.2 Ambito applicativo temporale della disciplina del Codice del Consumo. - 2.9 Criteri oggettivi e soggettivi per l'applicazione della novella sulle clausole vessatorie. - 2.10 Il penetrante sindacato di merito del giudice sulle clausole vessatorie. - 2.11 L'elenco di clausole che si presumono vessatorie ai sensi dell'Allegato alla direttiva 93/13/CEE, - 2.12 Regime giuridico, onere della prova e poteri del giudice. - 2.12.1 La sopravvivenza alla novella comunitaria della disciplina degli artt. 1341-1342 c.c.

2.1 LA DIRETTIVA NUMERO 93/13 SULLE CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI CON I CONSUMATORI

Con l'approvazione da parte del legislatore comunitario della direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, al fine dichiarato di uniformare la legislazione interna dei Paesi membri⁴⁴, si apre

⁴⁴ In tal senso depone la chiara lettera del secondo e terzo Considerando della direttiva: “considerando che le legislazioni degli Stati membri relative alle clausole nei contratti stipulati tra il venditore di beni o il prestatario di servizi, da un lato, ed il consumatore, dall'altro, presentano notevoli disparità, con il risultato che i mercati nazionali

una nuova era nell'esperienza italiana in materia di contratti per adesione e di contratti dei consumatori, giacché viene inaugurato, rispetto agli standard presenti nel codice civile del 1942, un nuovo modello di protezione del soggetto “debole” del rapporto contrattuale, distante dalla tradizione giuridica nazionale e forgiato su di un contratto giudiziale penetrante e sostanzialistico del contenuto negoziale.

La direttiva si inserisce in un contesto storico di forte impulso verso l'armonizzazione del diritto dei contratti nell'Unione Europea, caratterizzato dall'emergere di un approccio “*consumer-oriented*” che trova radici nel Trattato di Maastricht (1992) e nei programmi comunitari per il rafforzamento dei diritti dei consumatori. Essa rappresenta anche un tassello nel percorso di sviluppo di un “*acquis communautaire*” in materia di tutela contrattuale, volto ad assicurare non solo la rimozione di ostacoli alla concorrenza, ma anche la realizzazione di un mercato equo.

L'iter normativo della direttiva in sede comunitaria è stato particolarmente complesso e travagliato, sia per i contrasti tra le divisioni competenti, sia per i contrasti tra i portatori di diversi modelli normativi. La dottrina, che ha posto a raffronto i progetti normativi che si sono succeduti nel tempo, ha evidenziato che da una proposta, definita nel 1990, “molto rigorosa e generosa nell'ottica degli interessi dei consumatori” si è alla fine pervenuti ad un testo di evidente “natura compromissoria”⁴⁵.

Questo compromesso è frutto di un dialogo istituzionale tra Commissione, Consiglio e Parlamento europeo, che ha dovuto mediare tra istanze protezionistiche e necessità di salvaguardare la libertà d'impresa. Il risultato finale risponde a un modello di armonizzazione “minima” che, pur fissando standard comuni, lascia ampi margini di intervento ai legislatori nazionali.

Raffrontato con la prima versione proposta nel 1990 il testo di direttiva approvato dal Consiglio della CEE presenta significative novità lessicali e contenutistiche.

Sono meritevoli di segnalazione:

- la qualificazione come «abusive» (*clauses abusives*) delle clausole, secondo una definizione già presente in alcuni Paesi membri (es. Francia)⁴⁶;

relativi alla vendita di beni ed all'offerta di servizi ai consumatori differiscono l'uno dall'altro e possono manifestarsi distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni e i prestatori di servizi soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati membri; considerando in particolare che le legislazioni degli Stati membri relative alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori presentano accentuate divergenze”.

⁴⁵ ALPA G., Introduzione, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di ALPA G. – PATTI S., Milano, 1997, I, XXV.

⁴⁶ In Francia, la *Loi Scrivener* del 1978 aveva già introdotto il concetto di “*clauses abusives*” con una lista nera di clausole vietate e un sistema di controllo giudiziale. L'adozione di questa terminologia a livello comunitario ha favorito la convergenza terminologica e concettuale tra ordinamenti.

- il richiamo della buona fede costituiva - nella prima versione della direttiva — uno dei quattro criteri con cui il giudice effettuava il controllo sulla abusività della clausola, gli altri tre essendo l'accertamento dello squilibrio, l'eccessivo svantaggio per il consumatore, la difformità della prestazione effettuata rispetto alla prestazione legittimamente attesa, mentre nella versione finale accanto alla buona fede, inserita in un inciso, il controllo si incentra sullo squilibrio «giuridico» delle prestazioni. In Italia, la nozione di buona fede oggettiva, già presente negli artt. 1175 e 1375 c.c., è stata interpretata in chiave funzionale alla protezione della parte debole, imponendo obblighi di correttezza e lealtà. La riduzione dei criteri da quattro a uno ha tuttavia suscitato perplessità in dottrina, in quanto rischia di restringere il perimetro di intervento giudiziale;

- viene eliminato un criterio di valutazione che poteva estendere in misura notevole i già ampi poteri giudiziali e accentuare le aspettative dei consumatori: non si fa più riferimento al controllo delle clausole che rendono eccessivamente svantaggiosa per il consumatore l'esecuzione del contratto. Questa scelta risponde all'esigenza di evitare che il giudice entri nella valutazione della congruità del prezzo, materia lasciata alla libera determinazione delle parti, salvo casi di clausole non trasparenti⁴⁷. In linea con la definizione formale e tipologica di squilibrio, la direttiva impedisce al giudice di spingersi fino a sindacare la congruità dei prezzi praticata dall'impresa;

- si precisa il significato di clausola «negoziata» e la rilevanza della negoziazione di una clausola rispetto all'intero contratto⁴⁸;

- si aggiunge la precisazione del rapporto tra abusività e determinazione dell'oggetto del contratto: in altri termini, il controllo giudiziale non si può spingere fino alla valutazione dell'oggetto (salvi i rimedi codicistici della determinazione, della liceità e della possibilità), né comportare una perequazione del prezzo, a meno che le clausole siano oscure e incomprensibili. Tale impostazione limita il controllo diretto su aspetti economici, ma rafforza l'importanza della trasparenza formale e sostanziale, ponendo l'onere della chiarezza a carico del professionista;

- rimane poco chiaro il perimetro della valutazione giuridica delle conseguenze della qualificazione dell'abusività. Nella precedente versione della direttiva si menzionava esplicitamente la nullità delle clausole (art. 3), mentre nel testo finale si precisa che le clausole abusive non sono vincolanti, mentre continua ad essere vincolante il contratto che le contiene. Nel recepimento italiano, tale previsione è stata tradotta nella nullità di protezione, di cui al

⁴⁷ Tuttavia, la C. giust., nella causa C-26/13 (*Kásler*), ha chiarito che il requisito di trasparenza implica anche la comprensibilità economica del contratto, ampliando così il controllo possibile.

⁴⁸ La giurisprudenza europea ha stabilito che non è sufficiente la mera possibilità teorica di negoziazione per escludere l'applicazione della direttiva: occorre una prova concreta di trattative effettive: v. C. giust., 21/03/2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG*.

vigente art. 36 del Codice del Consumo, con rilevabilità d'ufficio e imprescrittibilità dell'azione;

- si riformulano le clausole che nella versione precedente erano riportate in un elenco considerato meramente esemplificativo e già qualificate come abusive. Si prevede che le clausole dell'elenco si «presumono» abusive, di talché la modifica è significativa, poiché si tratta di clausole che «possono essere dichiarate abusive» dal giudice⁴⁹. Si passa così da un modello di “lista nera” a quello di “lista grigia”, in linea con l'approccio flessibile dell'armonizzazione minima, che consente agli Stati membri di ampliare la lista (es. Spagna con Ley 7/1998).

2.2 I PRECEDENTI DEI PRINCIPALI PAESI EUROPEI E DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE

La direttiva n. 93/13/CEE rappresenta il terminale di un lungo percorso normativo, dottrinale e giurisprudenziale nel quale le esperienze dei principali Paesi comunitari hanno giocato un ruolo determinante.

Già negli anni '70 e '80 del secolo scorso diversi ordinamenti avevano introdotto normative specifiche in materia di clausole abusive, come la legge svedese del 1971, la *AGB-Gesetz* tedesca del 1976, l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977 nel Regno Unito e la *Loi Scrivener* francese del 1978. Queste esperienze hanno influenzato la formulazione della direttiva, fungendo da laboratorio normativo.

2.2.1 LA LEGGE SVEDESE DEL 1971 SULLE CLAUSOLE ABUSIVE

La *Konsumentköplagen* del 1971 rappresenta uno dei primi esempi europei di disciplina organica sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori⁵⁰. La legge introdusse un controllo preventivo e successivo sulle condizioni generali di contratto, affidato sia ad autorità amministrative (il *Konsumentombudsmannen*, ombudsman dei consumatori) sia al giudice.

Elemento distintivo era la possibilità per le autorità di vietare l'uso di clausole ritenute scorrette anche in assenza di un contenzioso specifico, mediante provvedimenti di tipo amministrativo vincolanti per le imprese.

Il controllo non si limitava alla forma, ma riguardava il contenuto sostanziale della clausola, con un approccio simile a quello che verrà poi adottato dalla direttiva n. 93/13/CEE.

⁴⁹ Ma il diciottesimo Considerando della direttiva 93/13/CEE, sul contenuto dell'elenco, chiarisce: “considerando che, ai fini della presente direttiva, l'elenco delle clausole figuranti nell'allegato ha solamente carattere indicativo e che, visto il suo carattere minimo, gli Stati membri possono integrarlo o formularlo in modo più restrittivo, nell'ambito della loro legislazione nazionale, in particolare per quanto riguarda la portata di dette clausole”.

⁵⁰ Cfr. Jan Hellner, *Consumer Law in Sweden*, Stockholm, *Norstedts Juridik*, 1978, 45-63. Thomas Wilhelmsson, *Consumer Law and Social Justice*, Helsinki, University of Helsinki Press, 1981, 102-108.

La legge prevedeva inoltre un'elencazione esemplificativa di clausole considerate abusive (c.d. lista grigia), ponendo le basi per una tutela anticipatoria e collettiva del consumatore.

2.2.2 LA LEGGE TEDESCA DEL 1976 (AGB-GESETZ)

La Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen del 9 dicembre 1976 (nota come *AGB-Gesetz*) introdusse un modello di controllo esclusivamente giudiziale delle condizioni generali di contratto.

La normativa si applicava non solo ai contratti con consumatori, ma anche ai contratti tra professionisti, ponendosi come disciplina generale delle clausole abusive.

Tra gli elementi caratterizzanti e innovativi della legge tedesca vi sono l'adozione di liste bianche, grigie e nere di clausole, il principio di interpretazione *contra proferentem*, la possibilità di dichiarare nulla la clausola mantenendo valido il resto del contratto (*Teilnichtigkeit*).

L'*AGB-Gesetz*, durante l'iter di predisposizione della direttiva n. 93/13/CEE, costituì un riferimento diretto per l'art. 3 della direttiva, soprattutto in relazione alla definizione di "significativo squilibrio" e al sistema di elenchi tipizzati⁵¹.

2.2.3 L'UNFAIR CONTRACT TERMS ACT DEL 1977 (REGNO UNITO)

Nel Regno Unito, l'*Unfair Contract Terms Act* (UCTA) del 1977 si focalizzò principalmente sulle clausole di esclusione o limitazione di responsabilità, introducendo un test di ragionevolezza (*reasonableness test*) per valutarne la validità.

A differenza degli approcci continentali, il modello britannico non introduceva liste tipiche di clausole abusive, prevedeva un criterio elastico basato sulla valutazione caso per caso, si applicava sia ai contratti tra professionisti e consumatori sia, in alcuni casi, ai rapporti tra soli professionisti⁵².

L'*Unfair Contract Terms* ebbe il merito di affermare, in sede legislativa, il principio per cui determinate limitazioni di responsabilità non possono essere fatte valere se non sono "eque e ragionevoli" nel contesto del contratto e delle circostanze.

⁵¹ Cfr. Ulrich Magnus, *The German Law on Standard Terms in Business Transactions*, Frankfurt am Main, Metzner Verlag, 1979, 12-35. Hans Schulte-Nölke, *AGB-Kontrolle und Vertragsfreiheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1985, 77-84.

⁵² MCKENDRICK E., *Contract Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 315-328; Hugh Beale, *Unfair Contract Terms Act 1977: A Study in Contractual Fairness*, London, Sweet & Maxwell, 1980, 54-70.

2.2.4 LA LOI SCRIVENER FRANCESE DEL 1978

La *Loi* n. 78-22 del 10 gennaio 1978 (nota come *Loi Scrivener*), inizialmente rivolta alla disciplina del credito al consumo e delle vendite a distanza, introdusse in Francia un meccanismo di controllo amministrativo e giudiziale sulle clausole abusive nei contratti con consumatori⁵³.

Il sistema francese si caratterizzava per l'attribuzione di poteri ad autorità pubbliche e associazioni di consumatori per agire in giudizio a tutela collettiva. La legge ha recepito un approccio "aperto" alla definizione di clausola abusiva, non limitato a un elenco tassativo, e presentava il collegamento con altre discipline settoriali come quella della pubblicità, del credito e delle vendite a distanza.

Nell'ambito dell'intervento legislativo un ruolo fondamentale nella individuazione delle clausole da vietare fu attribuito al *Conseil National de la Consommation*. Tale modello influenzò la tecnica del controllo ex ante ripreso dalla direttiva europea n. 93/13/CEE.

2.2.5 L'ESPERIENZA ITALIANA TRA TUTELA FORMALE E SOSTANZIALE DEL CONSUMATORE

Focalizzando l'attenzione sull'esperienza italiana, è utile rimarcare che per lungo tempo le innovazioni del codice civile sono apparse alla dottrina prevalente e alla giurisprudenza uniforme e costante più che sufficienti a soddisfare le esigenze di equità e correttezza nella attività negoziale delle imprese con il loro pubblico, costituito da imprenditori come da non imprenditori. La migliore dottrina ha invero evidenziato una continuità concettuale tra la nozione asettica di contratto, indifferente allo status delle parti, e la nozione di contratto di massa individuale per le peculiari tecniche di formazione, legate alla predisposizione unilaterale del testo negoziale. Così come una uniformità ideale, tra il modello neutro di contratto e il modello neutro di parte contrattuale. Tale convincimento per molti anni ha ispirato una applicazione tendenzialmente restrittiva della disciplina codicistica, che si è risolta nella prassi in un significativo vantaggio per le imprese⁵⁴.

Mentre in Italia, negli anni 70' del secolo scorso, si dibatteva in ordine alla sufficienza degli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. a garantire una adeguata protezione ai contraenti più deboli e si guardava con interesse alle esperienze dei Paesi comunitari più progressisti e la giurisprudenza nazionale era ferma su posizioni conservative concernenti l'esigenza di una applicazione formalistica delle norme del codice civile, alcuni Stati europei e le Istituzioni

⁵³ CALAIS-AULOY J., *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 1980, 89-102; BAZEX M., *La protection du consommateur dans les contrats*, Paris, LGDJ, 1983, 45-159.

⁵⁴ ALPA G., Introduzione, cit., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, 1997, XIX.

comunitarie hanno inaugurato modelli normativi diretti a tutelare gli interessi dei contraenti deboli, e quindi gli interessi dei consumatori, anche nella fase della conclusione di contratti per l'acquisizione di beni e di servizi.

Il Consiglio d'Europa e la Comunità Economica Europea, proprio per uniformare le diverse discipline nazionali, hanno predisposto «carte» per la protezione dei consumatori, programmi di intervento e di indirizzo, piani di azione per limitare la libertà economica dell'impresa in funzione della protezione dei contraenti non professionali nonché specifiche Raccomandazioni. Sono meritevoli di evidenza i testi - redatti ancora in forma di *avant-projet* - di raccomandazioni e direttive del Consiglio d'Europa e della Comunità Europea in materia di «contratti dei consumatori».

Tali innovazioni europee non sono passate inosservate dalla dottrina italiana, la quale ha promosso ulteriori studi e dibattiti. I giuristi italiani sono intervenuti in quegli anni con monografie, saggi, annotazioni di sentenze, creando per tale via un terreno fertile perché il legislatore sovranazionale e nazionale potesse intervenire. Ma, secondo autorevoli commentatori, tale dibattito dottrinario si è rivelato a «circuitto chiuso»: esso si alimentava e circolava solo nelle aule universitarie, negli istituti e negli incontri accademici, posto che nella società civile le associazioni di consumatori erano appena agli albori, non godevano di credito, di audience, e tanto meno di potere negoziale; nel mondo economico, accanto alle teorizzazioni degli economisti, che con notevole ritardo culturale continuavano ad accreditare la tesi del consumatore come «re del mercato», vi era una sostanziale indifferenza, quando non una compatta avversione, delle imprese e delle loro associazioni per ogni critica o per ogni proposta dirette a migliorare la condizione negoziale del pubblico⁵⁵.

In quegli anni la contrattualistica usata dalle imprese nelle contrattazioni di massa (c.d. moduli o formulari) rispecchiavano direttive emanate dalle associazioni di categoria istituzionalmente inclini alla tutela degli interessi corporativi (es. ABI, ANIA, ecc.). Ciò rendeva enormemente difficile l'opera di modifica del contenuto del contratto a tutela dell'aderente.

Ma nel medesimo periodo storico, i legislatori dei principali Paesi europei, manifestavano un particolare attivismo verso modelli normativi di protezione del consumatore, quale contraente non professionale e, quindi, meritevole di sostanziale: si tratta della legge svedese del 1973, di quella tedesca del 1976⁵⁶, di quella inglese del 1977 e di quella francese del 1978, discipline tutte caratterizzate da modalità e tecniche di controllo diverse, ma aventi un obiettivo

⁵⁵ Così, ALPA G., ult. cit., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, 1997, XXI.

⁵⁶ Per PATTI S., Introduzione, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di ALPA G., - PATTI S., Milano, 1997, I, XLIX, proprio la legge tedesca del 1976 ha rappresentato il principale punto di riferimento del legislatore comunitario nell'adottare la direttiva n. 93/13/CEE.

convergente: ridurre il divario esistente tra i contraenti, e segnatamente tra imprese e consumatori, porre le basi per un mercato più giusto e più equo, ridurre gli abusi del contraente professionale e, per tale via, creare le basi per un mercato davvero concorrenziale. Non può infatti sfuggire che lo strapotere contrattuale della parte professionale (i.e. l'impresa) si traduce in un vantaggio concorrenziale per quest'ultima, ai danni degli altri professionisti presenti sul mercato.

Grazie a questi interventi legislativi di Paesi europei, la dottrina italiana comparatistica ha alimentato il dibattito, domandandosi: a) se sia possibile configurare una categoria uniforme di portatori di interessi denominati «consumatori», che finirebbe per sostituirsi alla categoria dei lavoratori, ma appunto per questo priva di forza e di coscienza di classe; b) dal punto di vista economico, quali siano i costi che gli interventi a favore dei consumatori possano comportare per le imprese; c) dal punto di vista giuridico, quali siano i modelli stranieri da considerare, quali siano gli adempimenti comunitari da prefigurare, quali siano gli accorgimenti da introdurre.

E ciò nella consapevolezza che la contrattazione di massa costituisce solo un tassello del più ampio mosaico di programmi a difesa del consumatore, riguardante, ad esempio, la disciplina della pubblicità ingannevole, il credito al consumo, la responsabilità per i danni alla persona cagionati da difetti di prodotti e servizi.

Riconducendo ad unità il contenuto delle principali innovazioni legislative europee e il dibattito dottrinario che l'ha precedute e seguite, possono essere, di seguito, isolati i principi che devono presiedere ad una adeguata tutela del soggetto consumatore:

a) Il controllo delle condizioni generali di contratto deve essere articolato in vari modi, a seconda del tipo o delle categorie di contratto che si debbono considerare: in particolare meritano un controllo inteso a tutelare il consumatore i «contratti dei consumatori». Con tale generica espressione si intende qualificare ogni contratto in cui la controparte dell'impresa è un soggetto in genere poco informato, sprovvisto di cognizioni specifiche e di esperienza commerciale, assolutamente privo di potere negoziale e quindi in condizioni di subire “imposizioni” e troppo spesso, assolutamente ignaro dei propri diritti, e incapace di esser consapevole del significato e delle conseguenze dell'impegno assunto con la sottoscrizione del contratto standard⁵⁷. Di qui l'esigenza di elaborare modelli di disciplina differenziati a seconda che l'operazione economica sia «di massa» ovvero abbia una «base individuale», e, ancora, l'opportunità di elaborare tecniche di controllo diverse giusta il tipo di contratto concluso. Il

⁵⁷ In tal senso depone la chiara lettera del quarto Considerando della direttiva 93/13/CEE: “considerando che normalmente i consumatori non conoscono le norme giuridiche che disciplinano, negli Stati membri diversi dai loro, i contratti relativi alla vendita di beni o all'offerta di servizi; che tale ignoranza può distoglierli dalle transazioni dirette per l'acquisto di beni o la prestazione di servizi in un altro Stato membro”.

controllo delle condizioni generali di contratto non deve necessariamente tendere a riequilibrare le posizioni negoziali in conflitto, non potendosi considerare questo un obiettivo perseguibile nelle società a capitalismo maturo e nelle economie monopolistiche od oligopolistiche, ma deve essere rivolto piuttosto a individuare direttive precise di assoggettamento delle imprese a canoni intesi a circoscrivere e limitare il più possibile le occasioni di «abuso» del potere normativo d'impresa;

b) il controllo delle condizioni generali di contratto deve attuarsi mediante l'integrazione di più modelli: il controllo giudiziale, pur diffuso nella prassi in tutti gli ordinamenti, non è sufficiente a tutelare il consumatore dovendo funzionare a domanda di parte, essendo limitato al caso di specie e ricorrendo a clausole generali di difforme interpretazione; il controllo amministrativo, pur generalizzato e operante ex se, appare troppo rigido perché costretto ad essere attuato in modo uniforme, senza che sia possibile cioè valutare le circostanze delle diverse fattispecie, e per di più è legato all'operato di apparati burocratici spesso poco funzionali, macchinosi e di dimensioni elefantache: ne discende l'esigenza, peraltro adeguatamente soddisfatta da entrambi i progetti comunitari, di creare modelli integrati di controllo, in modo da operare con molteplici strumenti, sia con funzione preventiva, sia nella fase successiva alla diffusione dei formulari nel mercato, sia a livello giudiziale, sia attraverso l'impiego di organi para-giudiziali, amministrativi e para-amministrativi, sia con interventi autoritativi, sia con interventi intesi a operare con tecniche di moral suasion o a instaurare una vera e propria negoziazione delle clausole;

c) occorre assicurare a tutti i consumatori, danneggiati dalle attività negoziali d'impresa, l'accesso alla giustizia, non solo mediante l'attuazione di programmi di educazione e di informazione, in modo da segnalare a ciascuno l'esistenza dei diritti, nascenti dal contratto, ma anche mediante l'istituzione di centri di organizzazione dei consumatori, di corti speciali deputate alla cognizione delle controversie dei consumatori, di procedure semplificate e non onerose;

d) occorre predisporre contratti tipo cui le imprese debbono uniformare i loro moduli negoziali, e istituire un controllo così elastico da colpire tipi di clausole preventivamente individuati e clausole comunque lesive degli interessi dei consumatori anche se non ricomprese negli elenchi dagli organismi di protezione del consumatore;

e) occorre agevolare l'organizzazione degli interessi dei consumatori in associazioni ed enti esponenziali cui sia possibile fare ricorso per la tutela in giudizio dei singoli danneggiati;

f) il controllo delle condizioni generali di contratto non può vertere sul singolo atto, clausola, formulario, modulo, ma deve attuarsi anche sull'intera attività negoziale svolta dall'impresa.

2.3 GLI ATTI DI IMPULSO DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

In ambito comunitario, un significativo ruolo di stimolo è stato svolto dal Consiglio d'Europa, che già nel 1977 aveva adottato una Risoluzione sulla protezione dei consumatori nella contrattazione standard, e dalla Commissione europea che nel 1981 aveva elaborato un "*Programme for a consumer policy*". Questi documenti hanno preparato il terreno politico e culturale per la direttiva n. 93/13/CEE.

La Risoluzione del 1977⁵⁸, pur non avendo natura giuridicamente vincolante per gli Stati membri - trattandosi di un atto di soft law - , fissava principi di indirizzo destinati a orientare le legislazioni nazionali. Essa, infatti, invitava i Paesi aderenti a introdurre strumenti giuridici volti a contrastare l'uso di clausole contrattuali predisposte unilateralmente che creassero uno squilibrio significativo, a predisporre elenchi esemplificativi di clausole abusive soggetti a revisione periodica, ad assicurare mezzi di ricorso efficaci e accessibili, anche attraverso azioni collettive.

Pertanto, la sua importanza non risiedeva tanto nella cogenza, quanto nella capacità di creare un linguaggio giuridico comune in tema di contrattazioni standard, contribuendo a porre le basi per una futura armonizzazione normativa all'interno dell'Unione.

Il "*Programme for a consumer policy*" del 1981⁵⁹, adottato dalla Commissione europea, aveva anch'esso natura non vincolante, configurandosi come piano strategico di indirizzo. Esso individuava cinque diritti fondamentali del consumatore (protezione della salute e sicurezza; protezione degli interessi economici; diritto al risarcimento; diritto all'informazione e all'educazione; diritto alla rappresentanza e alla partecipazione) e auspicava l'adozione di norme comunitarie vincolanti per garantire un controllo sostanziale sulle clausole contrattuali.

Sebbene privi di efficacia diretta, questi strumenti di soft law hanno avuto un impatto significativo sull'evoluzione futura della normazione europea sui contratti del consumatore e sul controllo sulle clausole abusive, in quanto hanno contribuito a consolidare il consenso politico sulla necessità di una tutela rafforzata del consumatore come condizione per il buon funzionamento del mercato interno e hanno favorito la nascita di una politica organica di protezione dei consumatori a livello europeo, culminata poi nel Trattato di Maastricht del 1992, che ha introdotto per la prima volta una competenza esplicita dell'Unione Europea in materia di tutela dei consumatori (art. 129 A T.C.E., oggi art. 169 T.F.U.E.).

⁵⁸ Council of Europe, Resolution (77) 31 on the *Protection of the Consumer in Standard Contracts*, Strasbourg, 1977.

⁵⁹ Commission of the European Communities, *Programme for a Consumer Policy*, COM(81) 313 final, Brussels, 1981.

Grazie a tali iniziative non vincolanti sono state poste le basi per l'elaborazione di molteplici direttive negli anni '90 del secolo scorso, tra cui la direttiva n. 93/13/CEE sulle clausole abusive, la direttiva n. 97/7/CE sui contratti a distanza e la direttiva n. 99/44/CE sulla vendita di beni di consumo⁶⁰.

2.4 I CONSIDERANDO DELLA DIRETTIVA: PRINCIPI GENERALI ISPIRATORI DELLE DISCIPLINE NAZIONALI DI RECEPIMENTO E STRUMENTI FONDAMENTALI DI INDIRIZZO ERMENEUTICO

Nei Considerando della direttiva n. 93/13/CEE si isolano alcuni principi generali a cui i legislatori nazionali, nel dare attuazione alla fonte sovranazionale, avrebbero dovuto attenersi.

Si rammenta che i Considerando della direttiva, oltre a questa funzione di indirizzo, hanno una funzione interpretativa fondamentale, poiché chiariscono le finalità e i principi ispiratori della normativa di matrice sovranazionale. Essi, quindi, orientano il dibattito parlamentare verso gli obiettivi avuti di mira dal legislatore europeo, favorendo le scelte che sono lasciate ai legislatori nazionali.

Il ruolo dei Considerando non si ferma alla fase antecedente il recepimento delle direttive, giacché la stessa Corte di Giustizia UE è solita richiamarli per interpretare le disposizioni normative a tutela del consumatore⁶¹.

Scorrendo i Considerando della direttiva n. 93/13/CEE, è possibile isolare alcuni importanti principi, di seguito elencati.

a) Il principio della tutela del consumatore.

La dottrina italiana, prima dell'approvazione della direttiva 93/13/CEE, si era interrogata in ordine ai confini di tale principio. Con l'avvento della direttiva si è consolidata l'opinione che il principio della tutela del consumatore, già ampiamente accolto nel diritto comunitario, è ormai immanente al nostro ordinamento nazionale in virtù delle varie normative di recepimento delle fonti sovranazionali facenti parte delle politiche comunitarie di tutela del consumatore.

Per autorevole dottrina, ciò significa che, facendo parte dell'ordinamento parallelo, incidente però nell'ordinamento interno, questo principio vige anche nell'ordinamento interno non solo quando vi sia espressamente richiamato (come accade, ad es., per la legge antitrust, art. 1, ultimo comma), ma anche se non richiamato, perché il principio generale può essere ricostruito sulla base della normativa vigente⁶².

⁶⁰ WEATHERILL S., *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 45-52; MICKLITZ H.W., *The Politics of Judicial Co-operation in the EU: Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 119-125.

⁶¹ Cfr. C. giust., 02/10/2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Judicium*, 2006, 679, con nota di D'ALESSANDRO E.

⁶² Così, ALPA G., Introduzione, cit., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, 1994, XXVII.

b) Il principio della differenziazione dei contratti dei consumatori dagli altri contratti di massa e dai contratti individuali.

Sebbene siano pochi sono i contratti di massa che sfuggono alla direttiva (certamente quelli che disciplinano rapporti tra imprese, e non quelli inerenti all'offerta di pubblici servizi, a meno che non si tratti di prestazioni amministrative in senso proprio come, ad es., la documentazione anagrafica, quelli che riguardano la riproduzione di normative internazionali del settore dei trasporti; tutti i contratti stipulati sulla base di trattative individuali), la direttiva legittima - e al tempo stesso impone - la classificazione dei contratti fondata sullo status delle parti, da un lato quello di professionista, dall'altro quello di consumatore.

La differenziazione dei contratti dei consumatori implica perciò l'adozione di un approccio innovativo rispetto a quello fino ad oggi assunto dalla dottrina in materia: non si può più enunciare una teoria unitaria e monolitica di «contratto in generale», occorrendo distinguere l'ipotesi del contratto a base individuale e dei contratti tra imprenditori, o tra professionisti, per i quali vale il diritto comune, e l'ipotesi dei contratti dei consumatori, per i quali vale invece il regime speciale, che, però, diviene «generale» se raffrontato al settore disciplinare del c.d. diritto dei consumi.

Si deve quindi rovesciare la prospettiva tradizionale, ma si inverte anche il corso della storia, che aveva a suo tempo conosciuto una disciplina dei contratti commerciali e, più in generale, dei contratti di impresa (discendenti dagli atti di commercio) in cui si legittimavano privilegi a favore della parte economicamente e contrattualmente più forte.

Con la direttiva l'attività d'impresa è modellata in una prospettiva tutt'affatto diversa: l'attività produttiva, nella prospettiva del rischio e della responsabilità oggettiva; l'attività promozionale, nella prospettiva dell'informazione corretta del consumatore; l'attività creditizia, nella prospettiva delle limitazioni all'abuso di potere della parte economicamente più forte.

La direttiva fa esplicito riferimento ai contratti per adesione: ma essi sono solo la sottocategoria più ampia dei contratti conclusi dai consumatori; vi possono essere contratti non predisposti direttamente dall'impresa o dal professionista, ma da terzi che hanno messo in circolazione il formulario contrattuale, e però da questi adottati per la loro sottoposizione al consumatore; vi possono essere contratti predisposti dal contraente più forte, ma formulati in modo da far assumere al consumatore il ruolo di offerente e all'impresa o al professionista il ruolo di oblatore; vi possono essere contratti utilizzati dall'intermediario che opera però per conto o nell'interesse dell'impresa o del professionista; vi possono essere contratti predisposti solo in parte, e contenenti alcune clausole aggiunte o negoziate o richieste dal consumatore.

c) Il principio della differenziazione.

Tale principio si basa sulla esplicita premessa che l'impresa o il professionista siano più forti, più informati, più esperti, più determinati del consumatore, il quale opera non per scopo di profitto, né per ragioni di organizzazione della propria attività imprenditoriale o professionale, ma per soddisfare le esigenze della vita quotidiana, proprie o della propria famiglia⁶³.

d) Il principio della buona fede.

La disciplina di protezione introdotta dalla direttiva n. 93/13/CEE ruota intorno alla clausola generale di buona fede, che nel nostro ordinamento nazionale, alla stregua di altri ordinamenti europei, è considerata un principio generale. Ciò in quanto il giudice, nel valutare l'abusività di una singola clausola o di un gruppo di clausole o dell'intero contratto, è tenuto a fare ricorso al criterio della buona fede, cioè della correttezza e del leale comportamento delle parti, segnatamente della parte che ha predisposto il testo del contratto per adesione sottoposto all'assenso del consumatore.

e) Il principio dell'equilibrio contrattuale.

In molti ordinamenti europei, in modo esplicito o in modo implicito, ad opera del legislatore o ad opera dell'intervento correttivo della giurisprudenza, è presente il principio generale dell'equilibrio tra le prestazioni. In Francia con la teoria della c.d. *imprévision*, in common law con la teoria della *frustration*, in Germania e in Italia con la teoria della presupposizione, oltre che in tutti gli ordinamenti con la disciplina dell'errore, del dolo incidentale e, ove prevista, con la disciplina della rescissione.

Con tali discipline, i vari sistemi civilistici hanno cercato di amministrare il rischio contrattuale al fine di non accollare ad una parte, in modo del tutto casuale, le sopravvenienze che impediscono la regolare esecuzione del contratto, ovvero le circostanze che già nella fase della conclusione potrebbero rendere eccessivamente onerosa la prestazione ad una di esse.

Una precisazione è doverosa: equilibrio non significa controllo della opportunità o convenienza dell'affare, né che l'ordinamento garantisce rimedi a fronte della consapevole conclusione di affari svantaggiosi.

La direttiva n. 93/13/CEE è sul punto fortemente innovativa, in quanto consente un controllo giudiziale penetrante sul contenuto del contratto che attinge l'equilibrio delle prestazioni e, più in generale, la sostanza dell'operazione contrattuale.

Si discute sul significato della nozione di «equilibrio» contrattuale.

⁶³ E' significativo per perimetrare il principio lo specifico quinto Considerando alla direttiva secondo cui: "considerando che normalmente i consumatori non conoscono le norme giuridiche che disciplinano, negli Stati membri diversi dai loro, i contratti relativi alla vendita di beni o all'offerta di servizi; che tale ignoranza può distoglierli dalle transazioni dirette per l'acquisto di beni o la prestazione di servizi in un altro Stato membro".

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, della direttiva una clausola è abusiva quando determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.

Lo squilibrio deve registrarsi tra «diritti» e «obblighi»: ciò sembra alludere alla sola ripartizione - all'interno del tipo prescelto e delle clausole individualmente e complessivamente considerate - di posizioni di vantaggio e svantaggio; si allude quindi ad un controllo dei meccanismi contrattuali interni alla singola operazione o all'intero affare, se il contratto è collegato o derivato da altri contratti.

Diventa quindi opera interpretativa discernere le clausole che determinano l'oggetto del contratto da quelle che sono ad esso estranee.

f) Il principio della trasparenza dell'operazione negoziale.

In più parti della direttiva sono richiamati, oltre alla buona fede e alla *interpretatio contra proferentem*, l'obbligo di chiarezza e intelligibilità delle clausole. Ciò significa che il predisponente deve proporre al consumatore un testo chiaro e comprensibile, sì che l'accettazione avvenga in piena consapevolezza.

g) Il principio della libertà dello Stato membro di attuare un livello di protezione maggiore di quello della direttiva⁶⁴.

L'art. 8 della direttiva n. 93/13/CEE stabilisce che “Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore”.

Ciò ha permesso ai vari Stati membri di introdurre - o mantenere, se già vigenti - norme legislative di maggiore tutela per il consumatore, di talché l'armonizzazione perseguita dal legislatore comunitario ruota intorno ad un livello c.d. minimo di protezione, derogabile soltanto a favore del consumatore, mai del professionista.

2.5. STRUTTURA E CONTENUTO DELLA DIRETTIVA TRA OBIETTIVI DI ARMONIZZAZIONE E DI TUTELA DEL CONTRAENTE «DEBOLE»

La direttiva n. 93/13/CEE è un testo <<breve>>, composto da solo 11 articoli, più un allegato recante la c.d. lista grigia di clausole che si presumono abusive.

La struttura essenziale della direttiva riflette la volontà di fornire un quadro normativo chiaro e facilmente recepibile dagli Stati membri, lasciando ampio spazio all'integrazione con

⁶⁴ In tal senso depone la chiara lettera del dodicesimo Considerando: “considerando tuttavia che per le legislazioni nazionali nella loro forma attuale è concepibile solo un'armonizzazione parziale; che, in particolare, sono oggetto della presente direttiva soltanto le clausole non negoziate individualmente ; che pertanto occorre lasciare agli Stati membri la possibilità di garantire, nel rispetto del trattato, un più elevato livello di protezione per i consumatori mediante disposizioni nazionali più severe di quelle .della presente direttiva”.

normative nazionali più dettagliate. L'allegato con la lista grigia costituisce un compromesso tra la rigidità di una lista chiusa e la genericità di una clausola generale.

L'art. 1, par. 1, enuncia gli obiettivi dell'intervento normativo, chiarendo che "La presente direttiva è volta a ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore".

Il successivo par. 2 disciplina la prima esclusione dal perimetro della direttiva, stabilendo che "Le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali, in particolare nel settore dei trasporti, delle quali gli Stati membri o la Comunità sono parte, non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva".

L'art. 2, secondo una prassi normativa ormai consolidata presso il legislatore comunitario, contiene le definizioni, chiarendo che "Ai fini della presente direttiva si intende per: a) «clausole abusive»: le clausole di un contratto quali sono definite all'articolo 3; b) «consumatore»: qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale; c) «professionista»: qualsiasi persona fisica o giuridica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce nel quadro della sua attività professionale, sia essa pubblica o privata".

L'art. 3 reca la nozione di «abusività», chiarendo che: a) "Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto" (par. 1); b) "Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto" (par. 2); c) "L'allegato contiene un elenco indicativo e non esauriente di clausole che possono essere dichiarate abusive" (par. 3).

L'art. 4 è dedicato al sindacato sulla abusività di una clausola. Esso prevede, in sintesi: a) "... il carattere abusivo di una clausola contrattuale è valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano detta conclusione e a tutte le altre clausole del contratto o di un altro contratto da cui esso dipende" (par. 1). b) "La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile" (par. 2).

L'art. 5 impone il canone della chiarezza e comprensibilità delle clausole redatte per iscritto, precisando che “In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore”.

L'art. 6 è dedicato alla sanzione che colpisce le clausole abusive e stabilisce che “Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”, aggiungendo che “Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro”.

L'art. 7 impegna gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, “a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori” (par. 1), aggiungendo che “I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole” (par. 2) e che “Nel rispetto della legislazione nazionale, i ricorsi menzionati al paragrafo 2 possono essere diretti, separatamente o in comune, contro più professionisti dello stesso settore economico o associazioni di professionisti che utilizzano o raccomandano l'inserzione delle stesse clausole contrattuali generali o di clausole simili” (par. 3).

L'art. 8 enuncia il principio della libertà dei singoli Stati membri di adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore.

L'art. 9 impone alla Commissione UE, entro cinque anni dalla data di cui all'articolo 10, paragrafo 1, di presentare al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione della direttiva.

Gli artt. 10 e 11 stabiliscono, rispettivamente, il termine ultimo per il recepimento della direttiva e i soggetti tenuti a tale adempimento.

2.6 IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA N. 93/13/CEE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: ART. 25 DELLA LEGGE 6 FEBBRAIO 1996, N. 52

La direttiva n. 93/13/CEE è stata recepita nell'ordinamento italiano, all'esito di un lungo e travagliato iter legislativo, con la legge 6 febbraio 1996, n. 52, pubblicata nella G.U.R.I. del 10 febbraio 1996.

Con tale legge è stato novellato il codice civile, inserendovi i nuovi articoli 1469-bis – 1469-sexies, dedicati ai «Contratti del consumatore».

Tale novella ha suscitato critiche nella dottrina nazionale, in quanto ritenuta non coordinata con le norme codicistiche previgenti in materia di contratti e, pertanto, asistemica⁶⁵.

Si è fatto notare che altri Paesi comunitari non hanno integrato il codice civile, ma hanno optato per leggi speciali dedicate ai soli contratti dei consumatori. Tale scelta è stata fatta dalla Germania, la quale già aveva una normativa dedicata ai contratti di massa, stipulati per adesione, varata nel 1976, la quale è stata modificata e integrata con la legge del 24 luglio 1996 per dare piena attuazione alla direttiva n. 93/13/CEE.

Gli articoli 1469-bis - 1469-sexies c.c. hanno riprodotto abbastanza fedelmente, anche sul piano letterale, le norme della direttiva, lasciando sostanzialmente all'interprete, e in primo luogo al giudice, di dirimere i non pochi dubbi ermeneutici e applicativi posti dalla fonte sovranazionale.

L'articolo 1469-bis definiva il campo di applicazione della disciplina, contenendo le definizioni di consumatore e professionista, i due termini soggettivi di applicazione della direttiva n. 93/13/CEE.

Per la norma codicistica, consumatore era “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”; professionista, “la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale”. I “contratti del consumatore”, quelli stipulati tra un professionista e un consumatore.

Inoltre, il comma 2 della medesima disposizione stabiliva l'inapplicabilità delle norme ai contratti aventi ad oggetto servizi di interesse generale o soggetti a specifiche normative internazionali (in linea con l'art. 1, par. 2, della direttiva).

L'art. 1469-bis c.c. aveva quindi recepito quasi testualmente la direttiva, mantenendo però un'impostazione di carattere generale, che ha consentito alla elaborazione giurisprudenziale di

⁶⁵ PATTI S., Introduzione, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di ALPA G. – PATTI S., Milano, 1996, I, LII, definisce la novella “un trapianto nel tessuto codicistico non perfettamente riuscito”.

spingersi verso estensioni della nozione di consumatore anche a soggetti che agiscono per scopi “misti” (professionali e personali), purché la componente personale sia prevalente⁶⁶.

L’articolo 1469-ter definiva la clausola vessatoria come quella che, malgrado la buona fede, determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Il criterio dello squilibrio era integrato da due elementi: uno oggettivo - il contenuto della clausola e il suo impatto sul bilanciamento contrattuale - e l’altro soggettivo, costituito dalla valutazione in relazione alla buona fede.

Nella giurisprudenza successiva, il profilo oggettivo è stato spesso valorizzato, considerandolo sufficiente per integrare l’abusività anche in assenza di un accertamento sulla mala fede e sull’elemento soggettivo. In tal senso si è pronunciata anche la Corte di Giustizia UE⁶⁷.

L’art. 1469-quater c.c. riportava un elenco di clausole presuntivamente vessatorie (c.d. lista grigia), riprendendo l’allegato della direttiva n. 93/13/CEE. Tra queste, vi erano clausole che escludono o limitano la responsabilità del professionista, attribuiscono al professionista il diritto di modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza giustificato motivo, prevedono termini di recesso sproporzionati a carico del consumatore, limitano l’esercizio di azioni o diritti del consumatore.

La presunzione di vessatorietà non era assoluta, ma soltanto relativa, consentendo al professionista di fornire la prova contraria. La giurisprudenza nazionale, soprattutto di legittimità, ha chiarito che l’onere probatorio gravante sul professionista è particolarmente gravoso, in quanto richiede la dimostrazione dell’equità sostanziale della clausola⁶⁸.

L’art. 1469-quinquies c.c. stabiliva che, in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l’interpretazione più favorevole al consumatore (c.d. *interpretatio contra proferentem*).

Inoltre, disciplinava la nullità di protezione che colpisce le clausole vessatorie: queste non vincolano il consumatore, mentre il contratto resta efficace per il resto, salvo che non possa produrre effetti senza la clausola nulla.

Questa nullità ha natura relativa, azionabile solo dal consumatore ed è rilevabile d’ufficio dal giudice, anche in grado di appello⁶⁹.

Infine, l’articolo 1469-sexies disciplinava le azioni inibitorie a tutela collettiva, consentendo ad associazioni dei consumatori e camere di commercio di agire in giudizio per far cessare l’uso di clausole abusive nei contratti predisposti per l’uso generalizzato.

⁶⁶ Cfr. Cass. 13/05/2005, n. 10127.

⁶⁷ C. giust. 14/03/2013, causa C-415/11, *Aziz*.

⁶⁸ Cfr. Cass. 19 aprile 2007, n. 9356.

⁶⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 12/12/2014, n. 26242.

Questa previsione ha anticipato l'attuale disciplina sulle azioni collettive e inibitorie del Codice del Consumo (artt. 37-140), rappresentando un primo passo verso la tutela *collective redress* nel diritto italiano.

Questa disciplina, rimasta in vigore fino al 2005, è stata trasfusa quasi integralmente negli artt. 33-38 del Codice del Consumo (d.lgs. 206 del 2005), mantenendo invariata l'impostazione di fondo ma coordinandola con altre norme a tutela del consumatore.

2.7 L'APPROVAZIONE DEL CODICE DEL CONSUMO DI CUI AL D. LGS. 6 SETTEMBRE 2005, N. 206

Con il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 è stato approvato il Codice del Consumo.

Tale Codice costituisce esercizio della delega legislativa contenuta nell'art. 71 della legge 29 luglio 2003 n. 229 («Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001»), avente ad oggetto il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori, ai sensi e secondo i principi e criteri direttivi stabiliti in via generale dall'art. 20 della legge 15 marzo 1997 n. 59 e, segnatamente, dalla predetta legge di delega.

I termini originariamente fissati per l'esercizio della delega sono stati prorogati una prima volta dall'art. 21 della legge 27 luglio 2004 n. 186, una seconda volta dall'art. 71 della legge 27 dicembre 2004 n. 306.

La predisposizione dello schema di decreto legislativo è avvenuta a cura del Ministero delle attività produttive che si è avvalso del supporto tecnico della Commissione di studio nominata con D.M. 23 dicembre 2002 e presieduta dal Prof. Guido Alpa.

Sullo schema hanno espresso motivati pareri la Conferenza unificata di cui all'art. 8 d.lgs. 28 agosto 1997 n. 281 e il Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, nell'adunanza 20 dicembre 2004 n. 11602/2004.

L'attuazione della direttiva europea con decreto legislativo è avvenuta nel rispetto dei nuovi criteri di riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni cristallizzati nell'art. 117 Cost., nella formulazione introdotta in virtù della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3. Ciò in quanto il riassetto della disciplina dei rapporti di consumo attiene alla materia, di competenza legislativa statale esclusiva, «ordinamento civile» (art. 117, comma 2, lett. L), nella quale — secondo l'interpretazione corrente (cfr. Cons. Stato, pareri n. 1354/2002, 2694/2003, 11602/2004) - rientrano non solo tutti i settori disciplinati dal diritto civile, ma anche quelli disciplinati dal diritto commerciale nonché relativi alla tutela dei diritti della persona e agli status.

Ne discende che, nel rispetto dell'art. 117 Cost., le competenze legislative regionali nei confronti dei consumatori possono avere ad oggetto iniziative a favore delle associazioni o programmi di intervento per l'informazione e l'educazione, ma non possono incidere né sui diritti dei consumatori, né sulla disciplina dei loro rapporti precontrattuali, contrattuali ed extracontrattuali con le imprese (sulla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela del consumatore: cfr. C. cost. 11 giugno 2014 n. 165).

La scelta di ordinare tutte le disposizioni legislative, siano esse di matrice interna o comunitaria, ascrivibili al diritto dei consumatori in una codificazione autonoma, distinta dal codice civile, ed anzi ai danni di quest'ultimo in virtù dell'estrapolazione di gruppi di norme dedicate alle stipulazioni del consumatore (cfr. artt. 1469-bis ss., 1519-bis ss.), è stata criticata in dottrina, con l'argomento che tale filone normativo non si fonda su modelli alternativi a quelli scolpiti nel codice civile, non contenendo interventi di carattere «finalistico», che impongono determinati assetti di interessi economici, bensì di carattere esclusivamente «condizionale», aventi come obiettivo la creazione delle regole necessarie affinché ciascun individuo possa perseguire il proprio vantaggio operando liberamente sul mercato.

Difatti, il diritto dei consumatori non si pone contro il mercato, ma tende a correggerne talune distorsioni⁷⁰. In senso contrario, è stato acutamente osservato che l'obiettivo avuto di mira può essere ragionevolmente colto mettendo a fuoco non il contenitore normativo prescelto, bensì l'opera preliminare di coordinamento sistematico delle norme: anche una legge speciale può porsi in piena sintonia con il codice civile, purché il legislatore abbia tenuto conto dei principi, delle regole e della terminologia che caratterizzano la codificazione unitaria, evitando contraddizioni e situazioni di concorso apparente tra norme di non facile composizione⁷¹. Tale opera di raccordo è stata correttamente compiuta dal legislatore delegato prima del varo del Codice del consumo, quanto meno con riferimento alla traslazione di norme previgenti del codice civile (v. art. 1469-bis c.c., nel testo introdotto dall'art. 142 c. cons.).

Il Codice del consumo, esperienza senz'altro ascrivibile tra quelle «pilota» in ambito comunitario⁷² e che racchiude quello che può definirsi lo «stato dei consumatori»⁷³ rappresenta uno dei primi provvedimenti legislativi della nuova fase di codificazione relativa alla semplificazione e riordino normativo successiva a quella segnata dai c.d. testi unici misti di cui all'art. 71 della legge 8 marzo 1999 n. 50, ormai abrogato in virtù dell'art. 23, comma 3, della legge n. 229 del 2003. Al medesimo filone normativo appartengono i coevi codici dei diritti di

⁷⁰ SIRENA P., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, NGCC, 2005, II, 279 ss.

⁷¹ PATTI S., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, Postilla, ivi, 282 ss.

⁷² ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Padova, 2009, 18.

⁷³ ALPA G., ult. cit., *Manuale di diritto privato*, 2009, 262.

proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30) e delle assicurazioni (d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209).

I nuovi codici presentano taluni caratteri dei testi unici misti⁷⁴ ma presentano indubbi elementi innovativi. Essi, al di là del profilo terminologico, si allontanano recisamente dalle codificazioni ottocentesche⁷⁵, mirando al riordino di specifici settori organici, non di macro sistemi normativi. Dei testi unici conservano le finalità di riordino normativo, ma da questi si discostano - in virtù degli ampi criteri di delega - per la più marcata capacità riformatrice, sul piano sostanziale, della disciplina di settore⁷⁶.

Due sono, quindi, i caratteri distintivi dei nuovi codici: a) la creazione di una raccolta organica di tutte le norme di livello primario in una data materia; b) la riforma sostanziale della disciplina ascrivibile alla materia, sotto le linee direttrici della semplificazione e della «deregolazione», intesa quale alleggerimento, sotto il profilo economico-sostanziale, degli oneri da regolazione nei confronti di cittadini ed imprese.

Sul piano della gerarchia delle fonti, i codici contengono norme di esclusivo livello primario, e ciò a differenza dei testi unici misti, che assurgono a contenitori di norme legislative e regolamentari⁷⁷. Il modello dei testi unici misti è stato invero abbandonato con la legge di semplificazione per il 2001 (L. n. 229 del 2003) in seguito alla riforma del titolo V della Costituzione.

2.8 TRASLAZIONE DELLA DISCIPLINA DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 93/13/CEE NEL CODICE DEL CONSUMO

Con l'avvento del Codice del Consumo il legislatore ha inserito nel nuovo testo normativo anche la disciplina comunitaria sui contratti dei consumatori di cui alla direttiva 93/13/CEE, che in precedenza aveva trovato collocazione nel codice civile, con una scelta, inusuale rispetto al prevalente impiego dello strumento della legislazione speciale, che aveva formato oggetto di discussione in dottrina e nel corso dei lavori preparatori. Tra queste disposizioni, oltre alla disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo (già disciplinate agli artt. 1519-bis ss. c.c.), uno spazio particolare occupa la disciplina già collocata, dall'art. 25 della legge 6 febbraio 1996 n. 52, agli artt. da 1469-bis fino a 1469-sexies, che ha rappresentato il più

⁷⁴ PATRONI GRIFFI F., *La fabbrica delle leggi e la qualità della normazione in Italia*, in *Dir. Amm.*, 2000, 120 ss.; CARLASSARE L. – VERONESI P., *Regolamento* (dir. cost.), *Enc. Dir.*, Aggiornamento, V, 2001, 974 ss.; MALO M., *Testo unico*, in *Dir. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 293 ss.

⁷⁵ MATTARELLA B.G., *Codificazione e stato di diritto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, 365 ss.

⁷⁶ MALO M., cit., 1999, 293.

⁷⁷ CARLASSARE L. – VERONESI P., *Regolamento* (dir. Cost.) *Enciclopedia del diritto*, aggiornamento, V, Milano, Sub art 1, 2001, 976; CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo I*, Milano, 2011, 235.

importante intervento legislativo in materia di disciplina di attività di impresa e tutela dei consumatori⁷⁸.

La precedente collocazione nel codice civile, in chiusura del titolo II del libro IV, sui contratti in generale, era in linea con la volontà di consolidare all'interno del codice civile la disciplina dei contratti dei consumatori, mentre la scelta successiva di procedere alla codificazione di settore, conformemente alle previsioni della legge n. 229 del 2003, ha condotto ad espungere dal corpo del codice civile le due discipline sulle clausole vessatorie e sulle garanzie nella vendita di beni di consumo, collocandole nel codice settoriale, e ciò in seguito ai rilievi espressi in proposito, sul progetto di decreto legislativo - che inizialmente non assorbiva la normativa consumeristica del codice civile - dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema di decreto legislativo⁷⁹.

Prima della consolidazione, come sopra evidenziato, la direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati dai consumatori (n. 93/13/CEE) aveva trovato attuazione nel titolo II del libro quarto del codice civile (in forza dell'art. 25 l. 6 febbraio 1996 n. 52), collocazione che, ad una parte della dottrina, era apparsa più corretta delle altre soluzioni proposte nel corso del procedimento di attuazione⁸⁰.

Dal punto di vista del contenuto della novella, il legislatore nazionale aveva tradotto abbastanza fedelmente i principi che informano la direttiva, ma senza compiere – ad avviso della dottrina⁸¹ – un reale sforzo di armonizzazione con il diritto nazionale e con qualche omissione ed incongruenza, per le quali deve soccorrere in primo luogo l'interpretazione conforme alla direttiva.

Il testo di attuazione nell'ordinamento italiano, come la direttiva n. 93/13/CEE, si orienta attorno alla nozione di predisposizione negoziale, prevedendo strumenti di controllo dei contratti stipulati attraverso l'adesione di un contraente al regolamento predisposto dalla controparte, anche se non inteso a disciplinare una pluralità di contratti⁸². Con riferimento alle condizioni generali è dettato, inoltre, un regime speciale (art. 37), che ha attribuito al controllo del giudice, di carattere generale e preventivo a differenza del comune controllo sui contratti e le clausole unilateralmente predisposti, che è di carattere successivo (presuppone, cioè, un rapporto già in essere) ed individuale (perché trova luogo nella controversia tra il predisponente

⁷⁸ ALPA G. - ROSSI CARLEO V., *Codice del consumo*, Napoli, 2005, 25.

⁷⁹ Cfr. Consiglio di Stato, Ad. gen., Sez. cons., 20 dicembre 2004 n. 11602, sub 7.

⁸⁰ Erano state precedentemente proposte le collocazioni di seguito all'art. 1342 o all'art. 2062 c.c.: si rinvia a: BARENGHI A., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 261; CESARO V., *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 1996, 665; DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 65.

⁸¹ CIAN G., Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, *Sulla disciplina dei contratti del consumatore*, Siena, 1996, 411.

⁸² CIAN G., ult. cit., *Sulla disciplina dei contratti del consumatore*, 1996, 412.

ed il singolo consumatore). Talvolta nella disciplina di attuazione ci si era inoltre avvalsi della facoltà - di cui all'art. 8 della direttiva - di introdurre disposizioni più protettive per il consumatore, nell'ambito di compatibilità segnato dalle norme del Trattato di Roma.

A taluni dei rilievi avanzati dagli interpreti alla formulazione della novella codicistica aveva successivamente posto rimedio lo stesso legislatore, intervenendo con correzioni agli artt. 1469-bis, 1469-quater, 1469-quinquies e 1469-sexies del codice civile: nella prima disposizione si è eliminato il riferimento restrittivo a contratti aventi ad oggetto «la cessione di beni o la prestazione di servizi», riferimento non contemplato nella direttiva e non conforme alla stessa (v. art. 25, comma 1, della legge 21 dicembre 1999 n. 526); all'art. 1469-quater si era aggiunto (con l'art. 25, comma 2, della legge 21 dicembre 1999 n. 526) l'art. 11 comma 3 («La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all'art. 1469-sexies», ora art. 35, comma 2); all'art. 1469-quinquies, c. ult., si erano sostituite con le parole «dal presente capo» quelle originariamente previste («dal presente articolo»: art. 25, c. 3, l. 21 dicembre 1999 n. 526); infine, nell'art. 1469-sexies, c. 1, era stato inserito l'inciso «o che raccomandano» con riferimento alla legittimazione passiva dei professionisti e delle associazioni di professionisti (art. 61. 3 febbraio 2003 n. 14).

L'intervento correttivo del legislatore nazionale, provocato da procedure di infrazione apertesesi in sede comunitaria, non tiene conto del superamento delle apparenti violazioni che in una certa misura si era realizzato in sede interpretativa: così, ad esempio, per quanto attiene alla mancata previsione nell'art. 1469-sexies dell'inciso «che raccomandano», che aveva consentito in sede applicativa di assegnare alla previsione codicistica un ambito di applicazione più vasto, e non più ristretto, di quello imposto dalla direttiva comunitaria, così come l'applicabilità dell'art. 1469-quater, comma 2, era stata esclusa in materia di azione preventiva (v., per entrambi gli aspetti, Cass. 21 maggio 2008 n. 13051).

La dottrina ha evidenziato che nella consolidazione nel codice settoriale della normativa di matrice comunitaria già inserita nel codice civile, il legislatore ha introdotto marginali aggiustamenti della precedente disciplina, senza tuttavia porre rimedio ai residui difetti di formulazione che erano stati rilevati nel testo originario della novella, e solo in parte corretti dallo stesso legislatore con successivi interventi: così, ad esempio, non è stata modificata (ma, anzi, il legislatore nella relazione ne rivendica il riferimento alla buona fede soggettiva) la locuzione «malgrado la buona fede», che aveva suscitato incertezze in ordine alla possibilità di riferire il dettato normativo alla buona fede soggettiva del predisponente o alla eventualità di correggere in via interpretativa l'espressione della norma, per riferirla alla buona fede oggettiva, come emerge dalla direttiva comunitaria (nella versione non modificata dall'errore di traduzione recepito dal legislatore italiano).

E' stato, ad esempio, evidenziato in dottrina⁸³ che il rimedio individuale, che l'iniziale attuazione aveva qualificato in termini di inefficacia (v. art. 1469-quinquies c.c.) è stato, sulla scorta dei rilievi interpretativi emersi in dottrina⁸⁴ e in funzione della pluralità di statuti che caratterizza le nullità nel diritto privato (non essendo quindi di ostacolo il particolare regime della relatività delle rilevabilità e della parzialità del rimedio previsti dall'art. 36), qualificato come «nullità» (ulteriormente qualificata come «nullità di protezione» nella rubrica dell'art. 36) in luogo del precedente *nomen* di «inefficacia» che era stato impiegato nell'art. 1469-quinquies c.c., allo scopo di sottolineare la specificità di disciplina (e verosimilmente di escludere l'applicabilità della responsabilità del notaio per aver rogato un atto nullo, coerentemente con le particolari caratteristiche della nullità in questione, e in particolare il carattere aperto e non tassativo della fattispecie, dipendente dalla valutazione giudiziale della sussistenza in concreto di un «significativo squilibrio»)⁸⁵; in secondo luogo si limita l'ambito di legittimazione attiva delle associazioni dei consumatori, individuando il criterio di legittimazione nell'iscrizione nel registro di cui all'art. 137, con una scelta che non può che giudicarsi coerente e volta alla armonizzazione, benché in sede applicativa si fosse posto il problema del regime risultante dalla successione dell'art. 5 della legge n. 281 del 1998, che individuava nella iscrizione nel registro il necessario presupposto alla legittimazione attiva per l'azione inibitoria generale e l'art. 1469-sexies c.c., non esplicitamente modificato dalla legge n. 281 del 1998, che individuava nel carattere rappresentativo delle associazioni dei consumatori il presupposto per la legittimazione attiva all'azione inibitoria nei confronti delle clausole abusive.

2.8.1 CONTROLLO GIUDIZIALE SULLE CLAUSOLE VESSATORIE E REGIME DELLA NULLITÀ DI PROTEZIONE

Il Codice del consumo, agli artt. 33-37, ha pertanto attribuito al giudice ordinario un ruolo centrale nel controllo delle clausole vessatorie, configurando un meccanismo di tutela che si distingue per la sua natura preventiva e generale, rispetto al tradizionale controllo successivo e individuale previsto dagli artt. 1341 e 1342 c.c.

Secondo la disciplina vigente, il controllo giudiziale può avvenire sia in via incidentale - quando il giudice, nel corso di una controversia individuale tra professionista e consumatore, accerta d'ufficio l'abusività della clausola, ai sensi dell'art. 36, comma 3, Codice del Consumo, sia in via preventiva e collettiva - mediante l'azione inibitoria di cui all'art. 37, promossa dalle associazioni dei consumatori iscritte nell'apposito registro di cui all'art. 137.

⁸³ BARENGHI A., *Dei contratti del consumatore*, Commentario al Codice del Consumo, a cura di CUFFARO, Milano, 2015, 298 ss.

⁸⁴ GENTILI A., 1997, *L'inefficacia delle clausole abusive*, *Riv. Dir. Civ.*, 1997, 403.

⁸⁵ BARENGHI A., ult. cit., *Dei contratti del consumatore*, 2015, 300.

La Corte di Giustizia UE ha ribadito che l'obbligo di rilevazione d'ufficio dell'abusività discende direttamente dall'art. 6, par. 1, della direttiva n. 93/13/CEE, in quanto funzionale a garantire un elevato livello di protezione⁸⁶. Tale principio è stato recepito dalla giurisprudenza nazionale di legittimità, che ha più volte affermato la doverosità del controllo officioso, indipendentemente dalle allegazioni di parte⁸⁷.

La dottrina è unanime nel ritenere che il controllo giudiziale opera attraverso una valutazione complessiva del regolamento contrattuale, che tiene conto sia della singola clausola sia del suo inserimento nel contesto del contratto e dell'operazione economica. Tale impostazione consente di prevenire elusioni della normativa tramite formulazioni apparentemente neutre, ma lesive dell'equilibrio contrattuale⁸⁸.

Il parametro fondamentale è costituito dalla presenza di un "significativo squilibrio" tra i diritti e gli obblighi delle parti, da valutarsi alla luce del canone di buona fede. E' ormai diffuso il convincimento che la buona fede non deve essere intesa come stato psicologico soggettivo, ma come regola di condotta, idonea a limitare l'autonomia contrattuale del predisponente in funzione protettiva⁸⁹.

La giurisprudenza nazionale ha progressivamente precisato che il giudizio di abusività ha natura concreta e non meramente astratta: il giudice deve verificare se la clausola, nella specifica fattispecie, determini uno squilibrio sostanziale a danno del consumatore, tenendo conto delle circostanze del caso e della natura del bene o del servizio fornito⁹⁰.

L'accertamento giudiziale dell'abusività comporta l'applicazione del regime della nullità di protezione (art. 36, comma 1, Cod. cons.), istituto che si caratterizza per la relatività, rilevabilità d'ufficio e parzialità.

In particolare, tale forma di nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e non dal professionista. Essa è però rilevabile d'ufficio, in quanto il giudice può (e deve) dichiararla anche in assenza di eccezione di parte. Inoltre, trattasi di nullità parziale, che colpisce la singola clausola, lasciando in vita il resto del contratto, salvo che questo non possa sussistere senza di essa.

Tale profilo deve essere, però, approfondito. In merito alle nullità di protezione è apparso sin da subito chiaro che la dichiarazione di nullità non è ammessa, in assenza di domanda di parte (e segnatamente del consumatore), avendo la normativa di matrice comunitaria previsto

⁸⁶ Cfr. C. giust., 27 giugno 2000, causa C-240/98, *Océano Grupo Editorial SA*.

⁸⁷ Cfr. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242.

⁸⁸ Così, ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011, 1155 ss.

⁸⁹ Sul punto v. BESSONE M., *Clausole vessatorie e buona fede contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 45 ss.

⁹⁰ Cass., 21/05/2008, n. 13051.

la legittimazione riservata, di talché non sarebbe concesso al giudice di intervenire senza domanda della parte protetta.

Simile assunto, apparentemente coerente con le caratteristiche della speciale forma di nullità di protezione, ha generato un importante dibattito.

Invero, la circostanza che sia rimessa al consumatore la facoltà di rilevare il vizio genetico della clausola vessatoria, aveva portato la giurisprudenza nazionale ad escludere il rilievo d'ufficio delle nullità speciali, sollevando peraltro criticità in relazione al fatto che ai fini del rilievo della nullità in questo ambito, il giudice sarebbe chiamato a svolgere indagini sui fatti, sullo stato soggettivo delle parti, sullo svolgimento o meno di una trattativa e ricercare elementi probatori che potrebbero essere rilevanti⁹¹.

Tuttavia, sulla scorta della proverbiale sensibilità unionale nel campo della tutela consumeristica, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha enunciato la regola dell'obbligatorietà del rilievo d'ufficio della nullità da parte del giudice a garanzia dell'effettività della tutela del consumatore⁹², purché il consumatore, debitamente informato, non si opponga⁹³.

La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si fonda interamente sull'interpretazione della direttiva n. 93/13/CEE che, come già evidenziato, tutela i consumatori dalle clausole abusive in tutti i tipi di contratti stipulati con i professionisti e, in tal senso, costituisce uno strumento fondamentale per garantire l'equità del mercato interno. La normativa in questione poggia sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista e dunque il suo scopo è quello di eliminare le clausole abusive da tali contratti (art. 6, par. 1° e art. 7, par. 1°) e, al contempo, di disincentivare le imprese dall'utilizzare clausole abusive in futuro, in modo da favorire il mercato, proteggere la concorrenza e dunque il ciclo economico globale. In questo senso, la Corte ha ripetutamente definito la protezione fornita dalla direttiva come una questione di ordine pubblico o di interesse pubblico⁹⁴.

La normazione europea è dotata di supremazia rispetto al diritto processuale interno, tuttavia, a fronte

della mancanza nei Trattati di disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti dal diritto unionale, viene comunque mantenuta l'autonomia processuale dei singoli ordinamenti così da crearsi un rapporto di autonomia-supremazia. Pertanto, è rimessa ai

⁹¹ Cfr. Cass., S.U., 04/09/2012, n. 14828, in *Giur. It.*, 2013, 907.

⁹² C. giust., UE, 27 giugno 2000, C-240/98 – C-244/98, *Oceano Grupo Editorial*, in *Foro It.*, 2000, IV, 413; Corte giust. UE, 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis SA*, in *Corriere Giur.*, 2003, 2, 254.

⁹³ C. giust., 04/06/2009, C-243/08, *Pannon*.

⁹⁴ Cfr. C. giust., 26/10/2006, *Mostaza Claro*, in *Foro It.*, 2007, 7-8, 4, 373; C. giust., 30/04/2014, C-26/13, *Ka'sler e Ka'slerne'Ra'bai*, in *Contratti*, 2014, 10, 843; C. giust., 26/06/2019, C-407/18, *Addiko Bank* e altri, in *Mass. Giur. It.*, 2019; C. giust., 04/06/2009, C-243/08, *Pannon*.

singoli ordinamenti giuridici statuali l'individuazione delle modalità procedurali per far valere i diritti di origine unionale, purché queste non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e non rendano in pratica impossibile, o eccessivamente difficile, l'esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto europeo (principio di effettività)⁹⁵.

La Corte di giustizia ha altresì precisato che, dovendo scongiurare il rischio concreto che i consumatori interessati non beneficino della tutela effettiva, le norme di procedura interne debbano essere considerate nella loro interezza, nell'arco del suo intero sviluppo, tenendo conto delle varie fasi. In altri termini, ai giudici unionali non interessa sapere quando il controllo intervenga, purché avvenga⁹⁶.

In tale contesto, dunque, si inserisce la statuizione della Corte secondo la quale i giudici nazionali debbano procedere alla valutazione d'ufficio anche quando i consumatori siano rimasti completamente passivi, ovvero contumaci⁹⁷.

Spesso, i giudici nazionali, nello svolgere la loro opera di applicazione del diritto sovranazionale, si trovano a dover coordinare norme tra loro non completamente armoniche. La dottrina processualcivilistica ha a questo proposito sostenuto che in alcune circostanze i giudici nazionali si sono trovati ad operare interpretazioni "forzate" della normativa interna, giungendo ad affermare talvolta principi estranei al nostro sistema⁹⁸.

Ad ogni modo, e ciò è particolarmente rilevante in questa sede, uniformandosi alla giurisprudenza comunitaria, le Sezioni Unite hanno riconosciuto l'obbligatorietà del rilievo ufficioso della nullità di protezione⁹⁹, specificando che la dichiarazione e l'accertamento della nullità è tuttavia subordinata alla manifestazione di volontà della parte tutelata di avvalersi della clausola abusiva¹⁰⁰. Posta in questi termini, la soluzione adottata dalla nostra Corte, è apparsa comunque coerente con i principi generali interni che regolano la materia.

Come osservato in dottrina¹⁰¹, tale modello di nullità risponde a un'esigenza di effettività della tutela, poiché neutralizza la clausola abusiva senza pregiudicare l'assetto contrattuale utile al consumatore.

Sempre nell'ottica di fornire la massima protezione sostanziale al consumatore, la Corte di Giustizia UE ha precisato che l'effetto sostitutivo della clausola abusiva con norme

⁹⁵ C. giust., 28/09/2023, n. 508/22, in *Mass. Giur. It.*, 2023.

⁹⁶ C. giust., 14/06/2012, C-618/10, *Banco Espan˜ol de Cre˜dito*, in *Foro It.*, 2013, 4, 4, 170.

⁹⁷ C. giust., 17/05/2018, C-147/16, *Karel de Grote*, in *Mass. Giur. It.*, 2018.

⁹⁸ Così, ALUNNI S., *Nullità di protezione e rilievo ufficioso del giudice*, in *Giur. It.*, 2024, 203 ss.

⁹⁹ Cfr. Cass. civ., 21 marzo 2014, n. 6784, in *Contratti*, 2014, 5, 471.

¹⁰⁰ Cass. civ., 22 ottobre 2018, n. 26614, in *CED*, 2018.

¹⁰¹ MACARIO F., *Le nullità di protezione*, Napoli, 2008, 27 ss.

dispositive nazionali è ammesso solo se necessario a evitare conseguenze pregiudizievoli per il consumatore¹⁰².

L'introduzione della nullità di protezione ha innovato sensibilmente il modello di invalidità disciplinato nel codice civile del 1942 (artt. 1418 ss.), essendo molteplici i profili di differenziazione.

In primo luogo, sul piano dei soggetti legittimati, la nullità tradizionale è di regola assoluta, può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, compreso il pubblico ministero (art. 1421 c.c.), mentre la nullità di protezione è relativa e può essere fatta valere solo dal consumatore, parte debole del contratto.

In secondo luogo, la nullità tradizionale è rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo, mentre quella di protezione è parimenti rilevabile d'ufficio, ma la ratio è specificamente quella di garantire il consumatore, anche in mancanza di una sua specifica iniziativa.

In terzo luogo, quanto all'ambito applicativo, la nullità codicistica può riguardare qualsiasi contratto in contrasto con norme imperative o privo di requisiti essenziali, mentre la nullità di protezione si applica esclusivamente ai contratti del consumatore e solo alle clausole considerate abusive ai sensi degli artt. 33-36 Codice del consumo.

In quarto luogo, quanto agli effetti, la nullità tradizionale comporta di regola l'inefficacia dell'intero contratto, salvo il caso di nullità parziale (art. 1419 c.c.), mentre la nullità di protezione colpisce solo la clausola abusiva, mantenendo in vita il resto del contratto, ogni qualvolta il negozio possa sussistere senza di essa.

In quinto luogo, quanto alla funzione, la nullità tradizionale ha essenzialmente funzione sanzionatoria dell'atto contrario a norme imperative, la nullità di protezione ha funzione riequilibratrice e protettiva, mirata a correggere l'asimmetria contrattuale a favore della parte debole del rapporto.

La dottrina si è cimentata nell'opera di classificazione e ricostruzione dogmatica del nuovo modello di nullità.

Per alcuni autori¹⁰³, la nullità di protezione integra un modello "ibrido" tra nullità e annullabilità, poiché mantiene la rilevabilità d'ufficio tipica della nullità assoluta, ma limita la legittimazione a farla valere alla sola parte protetta, come avviene nelle invalidità relative.

Per altri¹⁰⁴, la nullità di protezione costituisce una deroga alla concezione tradizionale di nullità assoluta ex art. 1418 c.c. e con essa il legislatore ha introdotto un *tertium genus* di nullità

¹⁰² C. giust., 30/04/2014, C-26/13, *Kásler*.

¹⁰³ Così, DE NOVA G., *Le nullità contrattuali*, in Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 2012, 515 ss.

¹⁰⁴ Cfr. ROPPO V., cit., *Il contratto*, 2011, 1160; F. MACARIO, cit., *Le nullità di protezione*, 2008, 45; DE NOVA G., cit., *Le nullità contrattuali*, 2012, 520.

modellato sulle esigenze di riequilibrio nei contratti asimmetrici. Essa sarebbe funzionale alla salvaguardia dell'equilibrio negoziale e del consenso informato in favore del consumatore.

2.8.2 AMBITO APPLICATIVO TEMPORALE DELLA DISCIPLINA DEL CODICE DEL CONSUMO

L'ambito applicativo temporale della nuova disciplina sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori era stato tracciato dalla stessa direttiva n. 93/13/CEE, la quale offriva un criterio esplicito di soluzione - che non è stato tuttavia raccolto dal legislatore nazionale - all'art. 10, comma 2, prescrivendo l'applicabilità della disciplina a tutti i contratti stipulati successivamente al 31 dicembre 1994, data entro la quale i legislatori nazionali erano chiamati a dare attuazione alla direttiva stessa (art. 10, comma 1), così stabilendosi un criterio coerente all'obiettivo di armonizzazione minima dei Paesi UE.

In seguito all'entrata in vigore della novella nel codice civile (artt. 1469 – bis ss.) si era ritenuto che il vizio previsto per le clausole vessatorie potesse colpire anche le clausole appartenenti a contratti conclusi prima della sua entrata in vigore, e ciò conformemente a un generale orientamento accolto nel codice civile di applicazione immediata dei rimedi contrattuali e alla ritenuta necessità di previsione espressa del criterio dell'applicazione «postuma» della legge previgente (al momento della conclusione del contratto). A tale conclusione portava anche la considerazione della qualificazione in termini di inefficacia del rimedio alla vessatorietà: incidendo sugli effetti degli atti, senza la mediazione di un intervento sulla struttura del contratto, la qualificazione sembrava confermare, sul piano del diritto transitorio, la conseguenza di giustificare l'inefficacia anche per le clausole vessatorie contenute in contratti conclusi prima della sua entrata in vigore in forza di una implicita disposizione nazionale più severa (ammissibile, quindi, ai sensi dell'art. 8 della direttiva n. 93/13/CEE). Si è ritenuto pertanto che la legge, mentre non dovrebbe poter incidere sulle situazioni già consumate (nel qual caso sarebbe in senso stretto retroattiva, e l'interprete si porrebbe in contrasto con l'art. 11 disp. prel. al c.c.), sia applicabile a clausole contrattuali i cui effetti si protraggono nel tempo, dopo la sua entrata in vigore, o che oltre quel termine siano destinate a divenire efficaci¹⁰⁵.

¹⁰⁵ BARENGHI A., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, 1996, cit., 20 ss. Per la limitazione dell'applicazione immediata ai soli contratti a tempo indeterminato o a quelli oggetto di proroga successivamente all'entrata in vigore della novella, v. Cass. 24 luglio 2001 n. 10086. Per l'applicazione immediata, con riferimento alle clausole sulla competenza territoriale del giudice, v. Cass. 28 agosto 2001 n. 11282; Cass. 1° ottobre 2003 n. 14669.

2.9 CRITERI OGGETTIVI E SOGGETTIVI PER L'APPLICAZIONE DELLA NOVELLA SULLE CLAUSOLE VESSATORIE

La disciplina relativa alle clausole vessatorie nei contratti del consumatore si applica sulla base di una sorta di doppio binario, sulla base di criteri oggettivi e soggettivi.

Infatti, le norme di tutela di matrice europea recanti un controllo sulle previsioni pattizie si applicano esclusivamente alle clausole che non abbiano formato oggetto di negoziato individuale e non siano riproduttive di norme di legge (v. art. 34 Cod. cons.), mentre sono sottratte al sindacato le clausole relative alla determinazione dell'oggetto del contratto o del corrispettivo.

Dal punto di vista soggettivo, rilevano i contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore, vale a dire la persona fisica che agisce per scopi che non rientrano nella sua attività professionale o imprenditoriale. La nozione di contratto, cui fa riferimento il comma 1 dell'art. 34, deve essere intesa, in virtù della sua derivazione sovranazionale, come sinonimo di operazione economica. Le nuove norme trovano applicazione indipendentemente dal ruolo negoziale che il consumatore assume nell'operazione, quindi anche al negozio unilaterale del consumatore, se predisposto dal professionista ed anche se il professionista sia acquirente del bene o del servizio fornito¹⁰⁶.

Risultano esclusi, secondo i considerando premessi alla direttiva n. 93/13/CEE, dall'ambito di operatività della novella i soli negozi familiari, successori, di lavoro e di costituzione o regolamento delle società. Il riferimento alla prestazione di servizi o alla cessione di beni originariamente contenuto nella norma (e successivamente eliminato dalla legge n. 526 del 1999) non sembrava, inoltre, capace di escludere l'applicazione della novella ai contratti non direttamente destinati allo scambio come i contratti modificativi¹⁰⁷ o transattivi o, per altro verso, di garanzia, almeno quando si trattasse di contratto del consumatore o di contratto accessorio ad un contratto del consumatore¹⁰⁸.

L'applicazione della normativa prescinde dal tipo contrattuale prescelto dalle parti e dalla natura delle prestazioni¹⁰⁹.

Dal punto di vista soggettivo la disciplina si applica ai soli contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore, inteso quest'ultimo come persona fisica (il riferimento alla persona fisica nella definizione di consumatore esclude che possano avvalersi della tutela gli enti collettivi, ma tale profilo ha fatto dubitare della costituzionalità della norma sotto il profilo

¹⁰⁶ CIAN G., cit., *Sulla disciplina dei contratti del consumatore*, 1996, 413.

¹⁰⁷ CIAN G., cit., *Sulla disciplina dei contratti del consumatore*, 1996, 415.

¹⁰⁸ BARENGHI A., cit., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, 1996, 24; anche Cass. 11/01/2001, n. 314.

¹⁰⁹ Cfr. Cass. 20/03/2010 n. 6802.

della ragionevolezza: la relativa questione di costituzionalità — sollevata relativamente all'esclusione delle persone giuridiche e la limitazione ai consumatori — è stata respinta dalla Consulta — ma sotto il profilo della rilevanza nel procedimento a quo — da C. cost. 30 giugno 1999 n. 282)¹¹⁰.

Non può essere considerato consumatore il piccolo imprenditore né l'artigiano: tale esclusione ha fatto dubitare della legittimità costituzionale della disposizione, ma la relativa questione è stata rigettata da C. cost. 22 novembre 2002 n. 469.

Nell'alveo della norma rientra il condominio¹¹¹, così come i contratti stipulati da un'associazione sportiva a favore dei propri soci, qualificabili come consumatori¹¹².

La qualifica di consumatore (che va valutata dal giudice di merito ed è sindacabile in cassazione solo per vizi di motivazione: così Cass. 26 marzo 2012 n. 4857) si è ritenuta integrata ogniqualvolta non si tratti di contratti che il soggetto stipula professionalmente, riferendosi così l'attività di cui è parola nella disposizione non già alla utilizzazione dei beni o servizi quanto alla stessa contrattazione.

Si è affermato in dottrina che la qualità di non consumatore della controparte formerebbe oggetto di un affidamento meritevole in capo al professionista, così escludendosi la possibilità di provare la propria qualità di consumatore nei casi in cui il soggetto ha dichiarato di non esserlo, anche se la dichiarazione non risponde a verità, poiché si tratterebbe di un atto di natura confessoria¹¹³, ma la dichiarazione è essa stessa soggetta a sindacato di vessatorietà¹¹⁴

Si pone il problema di determinare se la presenza del consumatore rilevi solo al momento della stipulazione o anche al momento della produzione degli effetti, risultando in quest'ultimo caso applicabile la novella anche ai contratti stipulati da soggetti diversi dal consumatore se gli effetti finali debbano prodursi in capo a questi¹¹⁵.

2.10 IL PENETRANTE SINDACATO DI MERITO DEL GIUDICE SULLE CLAUSOLE VESSATORIE

Il recepimento nel Codice del consumo della novella sulle clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore introduce nel nostro ordinamento una forma di sindacato

¹¹⁰ Cfr. C. cost. 30/06/1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, I, 3118.

¹¹¹ Cfr. Cass. 11/01/2007, n. 369.

¹¹² Cass. 11 gennaio 2007 n. 369; v. anche C. cost., ord. 16/07/2004 n. 235.

¹¹³ G. CIAN, cit., *Sulla disciplina dei contratti del consumatore*, 1996, 414.

¹¹⁴ Cfr. SIRENA P., in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, ALPA G. – PATTI S., (a cura di), 2003, 582.

¹¹⁵ Nel senso che in caso di cessione del contratto da un professionista ad un consumatore quest'ultimo non possa avvalersi con il terzo contraente delle relative tutele, cfr. Cass. 5 novembre 2013 n. 2479; nel senso che nel contratto di assicurazione stipulato dall'associazione sportiva per i propri iscritti rilevi la qualità di consumatori di questi ultimi, cfr. Cass. 11 gennaio 2007 n. 369.

giurisdizionale del contenuto del contratto, che costituisce la tutela sostanziale garantita alla parte debole del contratto, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di contratti individuali o di contratti di serie (cioè di una generalità di contratti), purché ricorra l'impiego da parte del professionista di un regolamento contrattuale unilateralmente predisposto, per un uso singolare o per un uso plurimo.

Il rimedio è rivolto a clausole che introducono, «malgrado la buona fede», un «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (dell'inciso relativo alla buona fede, formulato in termini che discendono da un errore di traduzione della versione italiana della direttiva, nella relazione al codice del consumo si sottolinea la maggior ampiezza derivante dall'esclusione della rilevanza degli stati soggettivi del predisponente, esclusione in effetti implicita, senza necessità di apposita previsione, alla quale parte della dottrina aveva ricondotto la previsione normativa, mentre il riferimento alla buona fede in senso oggettivo permane in ragione dell'interpretazione conforme al testo comunitario correttamente inteso)¹¹⁶.

L'individuazione del carattere vessatorio della clausola è devoluto dalla norma alla discrezionalità del giudice, atteso il carattere aperto della fattispecie prevista al comma 1 dell'art. 33 del cod. cons. (che si incentra sulla nozione di significativo squilibrio delle clausole comprese nel contratto predisposto unilateralmente), individuandosi così una forma di invalidità contrattuale (i cui caratteri, già sopra evidenziati, sono la relatività, in quanto è rilevabile solo nell'interesse del consumatore, e la necessaria parzialità, in quanto l'invalidità della clausola o del gruppo di clausole non travolge il contratto, diversamente da quanto disposto in via generale dall'art. 1419 c.c.) che deriva dall'applicazione di una clausola generale, quindi non di una previsione tassativa (benché eventualmente virtuale secondo il modello dell'art. 1418, comma 1, c.c.).

Al comma 2 dell'art. 33 del cod. cons. è contemplata una lista indicativa di clausole, che assumono carattere orientativo e indicativo, lasciando tuttavia aperta sia la possibilità di ritenere vessatorie clausole contrattuali che non sono contemplate nella lista, sia di ritenere in concreto non vessatorie clausole che pure rientrerebbero nella lista (anche se secondo alcune interpretazioni l'inclusione nella lista significherebbe in effetti, salvo il caso di trattativa individuale, un giudizio non superabile in merito allo squilibrio).

L'inclusione nella lista determina, secondo la previsione normativa, una presunzione di vessatorietà, che tuttavia il predisponente può superare con la prova contraria: la tecnica della presunzione sembra impiegata in senso atecnico con riferimento ad un elemento che è oggetto di giudizio (la vessatorietà della clausola, derivante dal significativo squilibrio che essa

¹¹⁶ BARENGHI A., in *Codice del consumo*, a cura di CUFFARO V., Milano, 2015, 302.

determina nei diritti e negli obblighi derivanti dal contratto) e che non rappresenta circostanza di fatto, come tale suscettibile di prova in senso tecnico, e per la quale quindi sarebbe utilizzabile lo strumento della presunzione: alternativamente all'idea che ritiene atecnico l'uso dei termini presunzione e prova contraria, si prospetta la eventualità di ritenere suscettibile di prova contraria la vessatorietà solo attraverso la dimostrazione della trattativa individuale, unico fatto suscettibile di prova tra gli elementi impeditivi della inclusione nella fattispecie clausola vessatoria¹¹⁷.

Non sono suscettibili di sindacato giurisdizionale le clausole attinenti all'oggetto del contratto e al corrispettivo «purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile»; nell'interpretazione di questa disposizione si pone il duplice problema di individuare il significato di «oggetto del contratto» e di «corrispettivo» (il limite è costituito dall'oggetto «principale» del contratto, da individuarsi nella prestazione contrattuale in senso stretto, con esclusione di tutte le clausole attinenti a modalità determinative o accessorie), e l'altro problema di chiarire quali siano le conseguenze applicative dell'inciso «purché tali elementi siano formulati in modo chiaro e comprensibile», e ciò anche con riguardo all'interpretazione dell'art. 35, comma 1, nella parte in cui prevede un analogo obbligo di chiarezza, della cui violazione tuttavia non individua le sanzioni, sanzioni che possono trovarsi nella responsabilità precontrattuale ma verosimilmente, a seconda dei casi, anche nella non inserzione della clausola incomprensibile nel regolamento contrattuale e, in casi meno gravi, nell'impiego del criterio di trasparenza quale criterio di individuazione dello squilibrio o della vessatorietà (secondo due opzioni interpretative non completamente coincidenti): nel caso dell'art. 34, comma 2, il problema è reso più difficile dalla natura del sindacato che in quel caso sembrerebbe lasciato aperto all'interprete in caso di in trasparenza delle clausole normalmente insindacabili: trattandosi di clausole sull'oggetto o sul corrispettivo l'integrazione giudiziale della clausola venuta meno è possibile solo in rari casi (dove sussiste uno specifico fondamento normativo o un criterio normativo di integrazione). Non è quindi sindacabile la decisione di merito che non aveva esaminato la sussistenza di uno squilibrio inerente al contratto nella sua interezza¹¹⁸.

Neppure suscettibili di sindacato sono le c.d. «clausole dichiarative», vale a dire le clausole riproduttive di norme di legge. Qui si pone un duplice problema applicativo: in primo luogo si deve chiarire se l'espressione legge sia sinonima di diritto oggettivo ovvero debba intendersi riferita a legge in senso formale: ne conseguirebbe la possibilità o meno di includere i regolamenti normativi tra le fonti la cui riproduzione esclude il sindacato giudiziale sulla

¹¹⁷ BARENGHI A., ult. cit., in *Codice del consumo*, 2015, 303.

¹¹⁸ Cass. 20/09/2013, n. 21600

specifica clausola; la soluzione del quesito va cercata anche nella direttiva (che faceva specifico riferimento anche ai regolamenti), ma deve preferirsi l'opinione, che è prevalente tra gli interpreti, che equipara il riferimento alla legge al diritto obiettivo. Il secondo problema riguarda l'ambito oggettivo della riproduzione che consente di qualificare come dichiarativa la clausola: come si vedrà nell'esame del contenzioso giurisdizionale in materia non è sufficiente, per affermare la natura dichiarativa della clausola, che la disposizione contrattuale utilizzi una facoltà normativamente prevista, ma è necessario che essa si limiti appunto a riprodurre, contrattualizzandolo, un dato normativo che sarebbe comunque applicabile al rapporto tra le parti¹¹⁹.

L'elemento caratterizzante la tutela del consumatore nella novella codicistica è quindi il sindacato penetrante e di merito che consente al giudice di dichiarare la nullità delle clausole vessatorie, ovvero quelle che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, così introducendosi una fattispecie di invalidità che consegue all'applicazione da parte del giudice di una norma elastica a struttura aperta, in cui il rimedio della invalidità non è riferito ad ipotesi tassativamente individuate.

Il giudizio, giusta l'interpretazione conforme alla direttiva, deve risultare da una valutazione complessiva dei diritti e degli obblighi di entrambe le parti, e non ai soli diritti ed obblighi assunti dal consumatore, per accertare lo squilibrio contrario a buona fede, che per tale suo carattere non può compiersi per la prima volta in sede di legittimità.¹²⁰

La lettera della norma nazionale, come già la versione italiana della direttiva, si distingue per aver eliminato l'esplicito riferimento al criterio della buona fede oggettiva come canone di valutazione dello squilibrio. La disposizione risulta diversamente concepita rispetto alla interpretazione che la direttiva aveva comunemente ricevuto in dottrina sul piano del rapporto tra buona fede e significativo squilibrio. Non viene esplicitato il riferimento alla buona fede oggettiva quale criterio di valutazione dello squilibrio e, quindi, della vessatorietà della clausola. La dottrina ha pertanto ritenuto che il legislatore ha voluto rimarcare l'irrelevanza della buona fede soggettiva del predisponente ai fini del giudizio di vessatorietà¹²¹.

La giurisprudenza sovranazionale ha stabilito più volte che, nonostante il giudice debba valutare l'abusività della clausola esaminando lo squilibrio normativo che quella clausola aveva provocato, allo stesso giudice è consentito esclusivamente di sanzionare l'abuso dichiarando la nullità della clausola, mentre resta escluso che questo, in virtù di quella valutazione che aveva

¹¹⁹ Cfr. Cass. 21/05/ 2008, n. 13051

¹²⁰ Cass. 19/07/ 2004, n. 13359

¹²¹ ALPA G. - ROSSI CARLEO V., cit., *Codice del consumo*, 2005, 25.

effettuato, possa riscrivere il contenuto del contratto entrando nel merito dello stesso e stabilendo per le parti una clausola equilibrata.

Secondo la Corte di Giustizia il potere giudiziario di riconformazione del contenuto del contratto su basi eque è limitato dallo stesso legislatore dell'Unione che, al secondo periodo dell'art. 6, par. 1, direttiva n. 93/13/CEE, nonché al ventunesimo considerando di quest'ultima, ha stabilito che il contratto stipulato tra il professionista ed il consumatore resterà vincolante per le parti "secondo i medesimi termini", qualora esso possa sussistere "senza le clausole abusive".

La statuizione costituisce un monito per il professionista del fatto che, in conseguenza della dichiarazione della nullità della clausola vessatoria, lo stesso rischia di vedersi non attribuito il compenso previsto per quell'obbligazione, mentre se si concedesse la possibilità al giudice di intervenire nel merito del contratto e di provvedere al suo effettivo riequilibrio, il professionista, in conseguenza di questo intervento del giudice nazionale, potrebbe vedersi attribuita quell'utilità equa derivante dalla riscrittura del contratto cui invece aveva rinunciato scegliendo di abusare del suo potere negoziale.

Le affermazioni ed argomentazioni della Corte di Giustizia non sono rimaste incontrastate, infatti, la Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 9140 del 2016¹²², in un *obiter dictum* ha affermato che il giudice, oltre a dichiarare la nullità della clausola squilibrata sulla base del principio di solidarietà sociale cui all'art. 3 della Costituzione, può intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario a garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto¹²³.

Il tema verrà sviluppato successivamente, per ora basti rilevare che successivamente è stata la stessa Corte di giustizia ad individuare i casi nei quali invece è consentito al giudice di provvedere ad una integrazione del contratto, e che a ben vedere la concessione di un tale potere al giudice si pone in conformità con il diritto costituzionale di libertà di iniziativa economica e con i doveri di solidarietà sociale e buona fede che il nostro ordinamento riconosce nell'ambito contrattuale.

Deve tuttavia essere precisato che il parametro di valutazione della vessatorietà della clausola del dovere di solidarietà sociale è una elaborazione propria del diritto italiano, in quanto la Corte di Giustizia concepisce tale potere come *extrema ratio* nel caso in cui l'effetto invalidatorio puro si riveli pregiudizievole per le ragioni del consumatore e tale ragione ha poco

¹²² Cass. S.U. 06/06/2016, n. 9140.

¹²³ Cfr. MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663 ss.

in comune con le istanze di giustizia distributiva che soggiace al principio costituzionale di solidarietà sociale.

2.11 L'ELENCO DI CLAUSOLE CHE SI PRESUMONO VESSATORIE AI SENSI DELL'ALLEGATO ALLA DIRETTIVA 93/13/CEE

Già la direttiva n. 93/13/CEE, in un Allegato alla stessa, conteneva un elenco di clausole considerate “abusive” fino a prova contraria.

Si trattava della c.d. lista grigia di clausole che, ai sensi dell’art. 3, n. 3, della direttiva «possono» e non «devono» essere considerate abusive.

Tale elenco è stato inserito nell’art. 33, comma 2, del Cod. cons. e le clausole ivi indicate si «presumono» vessatorie salva la prova contraria che il professionista potrebbe fornire in giudizio.

Ad avviso della dottrina tale presunzione impone comunque al giudice di motivare un eventuale giudizio di non vessatorietà delle clausole inserite nell’elenco¹²⁴.

Si discute se la prova contraria avente ad oggetto una clausola inserita nella c.d. lista grigia può riguardare sia il significativo squilibrio, sia la trattativa tra i contraenti. L’opinione maggioritaria tra gli studiosi è nel senso che entrambi i predetti profili possono permettere di escludere la vessatorietà.¹²⁵

Focalizzando l’attenzione sulle singole categorie di clausole elencate nella lista grigia di cui all’art. 33, comma 2, del Cod. cons., tra di esse si rinvencono le clausole che attribuiscono poteri unilaterali al professionista (es. di interpretazione unilaterale del contratto), che prevedono limitazioni di responsabilità del professionista o facoltà di recesso soltanto al professionista ovvero limitazioni delle azioni o dei diritti del consumatore, che derogano alla competenza dell’autorità giudiziaria o che individuano il foro competente in un luogo diverso dalla residenza o domicilio del consumatore¹²⁶.

2.12 REGIME GIURIDICO, ONERE DELLA PROVA E POTERI DEL GIUDICE

La presunzione prevista dall’art. 33, comma 2, è relativa (*iuris tantum*), con la conseguenza che spetta al professionista fornire la prova contraria. Il giudice ha il dovere di verificare d’ufficio la presenza nel contratto di clausole rientranti nella lista e, in caso di giudizio di non vessatorietà, deve motivare puntualmente la decisione.

¹²⁴ CIAN G., *Sulla disciplina dei contratti del consumatore*, 1996, 416.

¹²⁵ CECERE E., in BARENGHI A., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, Napoli, 1996, 68; contra, LENER R., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in Foro it., 1996, 68.

¹²⁶ Nel senso che il legislatore abbia voluto individuare un foro del consumatore, v. Cass. 12/01/2015, n. 181; id., 09/06/2011, n. 12685.

Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, il giudice non può limitarsi a negare la vessatorietà di una clausola richiamando genericamente l'esistenza di una trattativa, ma deve verificare se questa sia stata effettiva e incisiva sul contenuto della clausola¹²⁷.

La prova contraria che il professionista ha l'onere di rendere per evitare il giudizio di vessatorietà, può riguardare due profili: l'assenza di significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti ovvero l'avvenuta trattativa individuale sulla clausola.

Trattasi di prova non particolarmente semplice, poiché per dimostrare la trattativa individuale, il professionista deve provare in giudizio che il consumatore abbia avuto un potere reale di incidere sul contenuto del contratto. Non basta, quindi, una trattativa formale, se nella sostanza il consumatore non aveva alcuna possibilità di imporre proprie clausole¹²⁸.

Proprio tale difficoltà dell'onere della prova a carico del professionista, disvela una rilevante funzione della c.d. lista grigia: non quella di creare un divieto assoluto di inserimento di determinate clausole contrattuali, bensì di rafforzare la tutela processuale del consumatore, agevolando l'accertamento dell'abusività da parte del giudice¹²⁹.

Ed invero, il giudice, quando rileva una clausola inserita nella c.d. lista grigia, deve, nell'ordine, presumerne la vessatorietà, valutare eventuali prove contrarie offerte dal professionista e motivare la decisione in caso di esclusione dell'abusività.

Come affermato dalla dottrina¹³⁰, la lista grigia funge da strumento di "selezione rapida" delle clausole potenzialmente abusive, ma il controllo finale deve essere effettuato caso per caso, e in concreto, tenendo conto dell'intero compendio probatorio agli atti del giudizio.

In sintesi, sebbene la lista grigia non introduce un divieto assoluto di inserimento nel contratto di determinate categorie di clausole, da tale lista discende un evidente rafforzamento della posizione processuale del consumatore, in quanto il rimedio di tutela approntato dal legislatore si attiva facilmente in virtù della mera presenza nel contratto di una o più clausole, senza che il consumatore sia onerato di prove gravose, spettando in via esclusiva al professionista vincere, nei termini suesposti, la presunzione legale di abusività.

¹²⁷ Cfr. Cass., 19/04/2007, n. 9356.

¹²⁸ Cfr. ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011, 1163 ss.

¹²⁹ DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 2006, 84 ss.

¹³⁰ MACARIO F., *Le nullità di protezione*, cit., 2008, 97 ss.

2.12.1 LA SOPRAVVIVENZA ALLA NOVELLA COMUNITARIA DELLA DISCIPLINA DEGLI ARTT. 1341 – 1342 C.C.

Con l'extrapolazione dal codice civile della disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore (artt. 1469-bis – 1469-sexies) e il suo inserimento nel Codice del consumo si è riproposto in dottrina il problema del coordinamento tra la novella e gli artt. 1341-1342 c.c.

L'art. 1341 c.c. si colloca nel capo dedicato alle condizioni generali di contratto e prevede un controllo di tipo formale sulle clausole vessatorie. Esso richiede che determinate clausole particolarmente gravose (cd. clausole vessatorie nominate, elencate al comma 2, come limitazioni di responsabilità, facoltà di recesso unilaterale, proroga tacita del contratto, ecc.) siano specificamente approvate per iscritto dal contraente aderente. Ovviamente la disposizione non menziona la figura soggettiva del consumatore, ma si rivolge a qualsiasi contraente che stipuli un contratto con la tecnica dell'adesione ad un testo predisposto dalla controparte. La specifica sottoscrizione ha la funzione di richiamare l'attenzione dell'aderente sul contenuto della clausola sottoscritta e ne dovrebbe comprovare la conoscenza e la consapevole accettazione.

Il sindacato giudiziale previsto ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c. riguarda esclusivamente la presenza o meno della doppia sottoscrizione richiesta dalla norma, senza entrare nel merito della equità o del contenuto della clausola, che il giudice, in base alla norma del codice civile del 1942, non può sindacare. Inoltre, la mancanza di approvazione può essere eccepita solo dalla parte che vi ha interesse (art. 1441 c.c.), e non è rilevabile d'ufficio.

Ciò posto, la dottrina maggioritaria¹³¹ sostiene che gli articoli del codice civile siano applicabili anche ai contratti oggetto della nuova disciplina (in tal senso, anche la giurisprudenza: App. Milano 5 marzo 2003)¹³² risultando così un doppio sistema di controlli, formale (art. 1341, comma 2, c.c.)¹³³ e sostanziale (art. 33 Cod. cons.), ferma restando, nelle ipotesi di interferenza tra le due forme di controllo, l'applicabilità del principio di conservazione di cui all'art. 36, comma 1, Cod. cons.¹³⁴.

¹³¹ CIAN G., *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, *Studium iuris*, 1996, 412 s.; DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 9; LENER R., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, 163; MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 188.

¹³² In Gius., 2003, n. 15, 1768.

¹³³ La disciplina di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. impone che determinate clausole particolarmente gravose (cd. clausole vessatorie nominate, come limitazioni di responsabilità, facoltà di recesso unilaterale, proroga tacita del contratto, ecc.) siano specificamente approvate per iscritto dal contraente aderente. Pertanto, il sindacato giudiziale innescato da tale disciplina riguarda esclusivamente la presenza o meno della doppia sottoscrizione richiesta dalla norma, senza entrare nel merito della equità o del contenuto della clausola. La mancanza di approvazione può essere eccepita solo dalla parte che vi ha interesse (art. 1441 c.c.), e non è rilevabile d'ufficio.

¹³⁴ Cfr. LENER R., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, 1996, 163.

Poiché la sussistenza di un doppio regime normativo riferito ai contratti di massa impone un necessario coordinamento - al fine di evitare sovrapposizioni e potenziali conflitti applicativi - tra la disciplina formale di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. e quella fondata sul controllo sostanziale delle clausole contenute nei contratti del consumatore¹³⁵, la giurisprudenza di legittimità ha in primo luogo chiarito che il controllo formale si applica anche ai contratti tra un professionista e un consumatore, ma esso ha natura al contempo generale e residuale, non potendo mai eludere il controllo giudiziale sostanziale di matrice comunitaria¹³⁶.

Ciò significa che, in caso di conflitto, il giudice deve dare sempre prevalenza alla disciplina consumeristica, di carattere speciale, contenuta nel Codice del consumo¹³⁷.

Il percorso logico argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione in relazione ai rapporti tra l'art. 1341 c.c. e il controllo giudiziale sulle clausole vessatorie nei contratti del consumatore può essere così sintetizzato: "Disciplina che come questa Corte ha già avuto più volte modo di sottolineare si affianca a quella – altra e diversa ma concorrente – ex artt. 1341, 2° co., 1342 c.c. in tema di clausole onerose nelle condizioni generali di contratto, relativa a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti (v. Cass., 15/10/2019, n. 25914; Cass., 8/7/2015, n. 14288; Cass., 20/3/2010, n. 6802). La disciplina di tutela del consumatore posta dal d.lgs. n. 206 del 2005 - c.d. Codice del consumo - (e già agli artt. 1469 bis ss. c.c.), che può invero riguardare anche il singolo rapporto, è funzionalmente volta a tutelare il consumatore a fronte della unilaterale predisposizione ed imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso, sostanziandosi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale, nella sua fondamentale espressione rappresentata dalla libertà di determinazione del contenuto del contratto. Con conseguente alterazione, su un piano non già solamente economico, della posizione paritaria delle parti contrattuali idoneo a ridondare, mediante l'imposizione del regolamento negoziale unilateralmente predisposto, sul piano dell'abusivo assoggettamento di una di esse (l'aderente) al potere (anche solo di mero fatto) dell'altra (il predisponente) (v. Cass., 26/9/2008, n. 24262). Evidente è pertanto come, sia mediante la unilaterale predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti (artt. 1341, 2° co., 1342 c.c.) sia in occasione della stipulazione di un singolo contratto redatto per uno specifico affare, mediante l'unilaterale predisposizione ed imposizione del relativo contenuto negoziale, il professionista può invero affermare la propria autorità (di fatto) contrattuale sul

¹³⁵ Cfr. PARDOLESI R., *Clausole abusive e contratti del consumatore*, in *Contratto e impresa*, 2005, II, 577-584.

¹³⁶ Cfr. Cass., 30/12/2011, n. 30627; Id.

¹³⁷ Così, Cass., 22/05/2018, n. 12711.

consumatore. La lesione dell'autonomia privata del consumatore, riguardata sotto il segnalato particolare aspetto della libertà di determinazione del contenuto dell'accordo, fonda allora sia nell'una che nell'altra ipotesi l'applicazione della disciplina di protezione in argomento (v. Cass., 20/3/2010, n. 6802). Nel che si coglie la pregnanza e la specificità del relativo portato (v. Cass., 15/10/2019, n. 25914)»¹³⁸.

¹³⁸ Così, Cass. 28 settembre 2023, n. 27558, in N.G.C.C., 2024, 2, 291 ss., con nota di P.G. Silvestri, *Condizioni generali di contratto e tutela consumeristica*.

CAPITOLO III

LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEI PROCEDIMENTI MONITORI ED ESECUTIVI

SOMMARIO: - 3.1 Il controllo giudiziale sulle clausole vessatorie nei procedimenti monitori. - 3.2 Diritto europeo e intangibilità del giudicato: Cass. 23 dicembre 2024, n. 34107. - 3.3 I termini del problema: il principio di intangibilità del giudicato osta al controllo giudiziale di vessatorietà? - 3.4 La giurisprudenza europea: le quattro sentenze della CGUE, Grande Sezione, 17 maggio 2022, C-600/19, cause riunite C-693/19 e C-831/19, C-725/19 e C-869/19. - 3.5 L'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: Cass. S.U. 6 aprile 2023, n. 9479. - 3.5.1 Il controllo giudiziale officioso sulla vessatorietà delle clausole nel giudizio monitorio, prima della emissione del decreto ingiuntivo - 3.5.1.1. La tutela del consumatore nel procedimento esecutivo. - 3.5.1.2. Le singole fasi in cui si articola la tutela del consumatore nel procedimento monitorio secondo l'indirizzo nomofilattico delle Sezioni Unite. - 3.6 Tutela del consumatore e integrità dell'ordinamento processuale nazionale: le radici di una difficile (ma necessaria) elaborazione giurisprudenziale. - 3.7 L'evoluzione giurisprudenziale successiva: la nuova frontiera della tutela del consumatore nel processo esecutivo. - 3.8 Nuovi dubbi di legittimità comunitaria e questioni pregiudiziali pendenti dinanzi alla Corte di giustizia UE.

3.1 IL CONTROLLO GIUDIZIALE SULLE CLAUSOLE VESSATORIE NEI PROCEDIMENTI MONITORI

Il recepimento nell'ordinamento nazionale della direttiva n. 93/13/CEE ha originato non semplici problemi interpretativi e applicativi in relazione alla disciplina dei procedimenti monitori di cui agli artt. 633 e segg. c.p.c.

In particolare, nell'applicazione giurisprudenziale è apparso sin da subito complicato conciliare due valori apparentemente opposti: da un lato, quello della irrevocabilità del decreto ingiuntivo, richiesto e ottenuto da un professionista nei confronti di un consumatore e da quest'ultimo non opposto nei termini di legge, dall'altro, il potere sostanziale e officioso di controllo sulle clausole vessatorie spettante al giudice, non solo nel processo di cognizione, ma anche nel processo di esecuzione, segnatamente a fronte delle opposizioni di cui agli artt. 615 e 617 c.p.c.

I termini del problema possono essere così sinteticamente tratteggiati.

Il procedimento per decreto ingiuntivo, quale procedimento a contraddittorio differito, permette al creditore di una somma di denaro o di una determinata quantità di cose fungibili o

a chi ha diritto alla consegna di una cosa determinata di ottenere dal giudice, se del diritto fatto valere si dia prova scritta (artt. 633, primo comma, n. 1 e 634 c.p.c.), una ingiunzione di pagamento o di consegna.

La domanda di ingiunzione si propone con ricorso (art. 638 e 639 c.p.c.). Se il giudice ritiene sussistenti le condizioni previste dall'art. 633 c.p.c., con decreto motivato da emettere entro trenta giorni dal deposito del ricorso, ingiunge al debitore "di pagare la somma o di consegnare la cosa o la quantità di cose chieste o invece di queste la somma di cui all'articolo 639 nel termine di quaranta giorni, con l'espresso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione a norma degli articoli seguenti e che, in mancanza di opposizione, si procederà a esecuzione forzata" (art. 641, primo comma, c.p.c.).

In sintesi, il decreto ingiuntivo è emesso dal giudice sulla base di una cognizione sommaria, la quale verte sull'esame della documentazione prodotta dal ricorrente, in assenza di contraddittorio con il debitore. Normalmente, la sua motivazione avviene *per relationem*, in quanto il giudice, quando accoglie il ricorso, recepisce la motivazione contenuta nel ricorso del creditore.

Il contraddittorio, nel procedimento monitorio, trova piena attuazione soltanto nella fase eventuale di opposizione e presuppone, pertanto, l'iniziativa del destinatario del decreto ingiuntivo¹³⁹. Poiché il ricorso e il decreto ingiuntivo devono essere notificati ai sensi dell'art. 643 c.p.c., entro quaranta giorni dalla notifica l'ingiunto può proporre opposizione, davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto, con atto di citazione. Il giudizio così instaurato si svolge secondo le regole del giudizio ordinario di cognizione (art. 645 c.p.c.).

Per indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato¹⁴⁰, il giudizio di opposizione non integra un giudizio di impugnazione in senso stretto, bensì "un giudizio di cognizione piena che devolve al giudice della opposizione il completo esame del rapporto giuridico controverso, e non il semplice controllo della legittimità della pronuncia del decreto d'ingiunzione"¹⁴¹.

La massima giurisprudenziale corrente è nel senso che "L'opposizione prevista dall'art. 645 c.p.c. non è una "*actio nullitatis*" o un'azione di impugnativa nei confronti dell'emessa ingiunzione, ma un ordinario giudizio sulla domanda del creditore che si svolge in prosecuzione

¹³⁹ Per Cass. S.U. 15/10/2024, n. 26727, trattasi di "*un ordinario giudizio sulla domanda del creditore*", dotato di un *quid pluris*. E tale *quid pluris* si può ripartire in tre componenti: il giudizio "*si svolge in prosecuzione del procedimento monitorio*"; detta "*prosecuzione*" non costituisce un post hoc, bensì un *propter hoc* perché avviene "*non quale giudizio autonomo*"; infine, questo difetto di autonomia lo rende qualificabile "*fase ulteriore - anche se eventuale - del procedimento iniziato con il ricorso per ottenere il decreto ingiuntivo*".

¹⁴⁰ Cfr. Cass. S.U. 13/01/2022, n. 927.

¹⁴¹ Così, Cass. S.U. 30/07/2008, n. 20604. Per Cass. S.U. 10 luglio 2015 n. 14475, la (eventuale) fase di opposizione a decreto ingiuntivo completa il giudizio di primo grado, trattandosi di giudizio di primo grado bifasico, sicché "*le due fasi fanno parte di un medesimo giudizio che si svolge nel medesimo ufficio*".

del procedimento monitorio, non quale giudizio autonomo, ma come fase ulteriore - anche se eventuale - del procedimento iniziato con il ricorso per ottenere il decreto ingiuntivo"¹⁴².

La mancata proposizione nei termini di legge dell'opposizione comporta la irrevocabilità del decreto ingiuntivo, con gli effetti propri della cosa giudicata¹⁴³.

Ciò significa che la formazione del giudicato dipende da una iniziativa del debitore, la cui omissione rende intangibile in futuro sia esistenza, sia ammontare del credito oggetto del decreto ingiuntivo, essendo precluso all'ingiunto di assumere iniziative giurisdizionali future, anche mediante opposizioni nel processo esecutivo (artt. 615 - 617 c.p.c.), per contestare questi profili ormai coperti dal giudicato¹⁴⁴.

La massima giurisprudenziale corrente è nel senso che "il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito e il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione"¹⁴⁵.

Le predette coordinate giurisprudenziali mettono a fuoco un possibile punto di rottura tra la disciplina di tutela del consumatore, e segnatamente il suo principale elemento caratterizzante costituito dal controllo giudiziale sulle clausole abusive ai sensi della direttiva n. 93/13/CEE (artt. 6, par. 1, e 7, par. 1), e quella della intangibilità del giudicato formatosi sul decreto ingiuntivo ottenuto dal professionista nei confronti di un consumatore e da quest'ultimo non opposto nel termine di cui agli artt. 641 e 645 c.p.c.

In particolare, se il consumatore omette di proporre opposizione nel termine di legge, rendendo per tale via irrevocabile il decreto ingiuntivo, ove detta ingiunzione fosse stata emessa per obbligazioni contrattuali riconducibili a clausole abusive ai sensi della direttiva n.

¹⁴² Cass. S.U. 18/09/2020, n. 19596; Id., 27/12/2010 n. 26128, Id., 23/07/2019 n. 19889; Id., 14/04/2021 n. 9839.

¹⁴³ Di particolare interesse è il dibattito giurisprudenziale sul perimetro di tale giudicato. Oltre a Cass., sez. un., 1° marzo 2006, n. 4510, in *Dir. e giust.* 2006, 14 (dove si afferma che «il decreto ingiuntivo non opposto acquista autorità ed efficacia di cosa giudicata sostanziale soltanto con riferimento alle domande sulle quali il giudice si è pronunciato, e non anche in relazione al diritto rispetto al quale nessuna ingiunzione è stata emessa»), si veda soprattutto Cass., sez. lav., 07/12/2011, n. 26293, dove in motivazione si legge «Quando, come nel caso di specie, il giudicato sia frutto della mancata opposizione ad un decreto ingiuntivo – la cui motivazione, per stessa natura sommaria del provvedimento (che è emesso senza nessun contraddittorio ed è soggetto all'opposizione dell'ingiunto), è necessariamente succinta – manca un supporto argomentativo che possa spiegare effetti oltre i confini della singola fattispecie, e, di regola, la formulazione espressa di un principio di diritto»; nello stesso senso Cass. 25/11/2010, n. 23918 (anche se prospetta un possibile ampliamento degli effetti del giudicato in ragione della motivazione del decreto); Cass. 20/03/2014, n. 6543. E più di recente Cass., sez. un., 14/04/2021, n. 9839 (in questa Rivista 2021, 1073 ss., con nota di S. Villata, Invalidità delle deliberazioni condominiali, opposizione a decreto ingiuntivo e sospensione del processo), in materia condominiale, dove si è affermato che in sede di opposizione a decreto ingiuntivo il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità della delibera assembleare e l'ingiunto non sia onerato di far valere tale nullità con uno specifico motivo di opposizione.

¹⁴⁴ Cfr. Cass. 14/10/2021, n. 28044.

¹⁴⁵ Così, ex multis, Cass. 14/02/2024, n. 4130; Id., 18/07/2018, n. 19113.

93/13/CEE, il giudicato formatosi sulla ingiunzione rende non più esperibile il controllo giudiziale sulle medesime clausole?

O, detto in altri termini, il potere giudiziale ufficioso su cui si concentra la tutela del consumatore nei contratti di massa stipulati con professionisti è definitivamente disinnescato dalla formazione del giudicato o la direttiva n. 93/13/CEE, in quanto fonte sovranazionale e gerarchicamente superiore alla legge nazionale (artt. 11 e 117 Cost.), deve prevalere anche sul principio fondamentale di intangibilità della cosa giudicata?

3.2 DIRITTO EUROPEO E INTANGIBILITÀ DEL GIUDICATO: CASS. 23 DICEMBRE 2024, N. 34107

Per approfondire l'indagine sul perimetro applicativo della direttiva n. 93/13/CEE in caso di formazione del giudicato e sui poteri di controllo del giudice a fronte di clausole abusive nei contratti del consumatore, è utile premettere quale sia lo stato dell'arte, alla luce della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, dei rapporti tra il vincolo nascente dal giudicato e la preminenza del diritto fonte comunitaria.

La Corte di Cassazione¹⁴⁶, chiamata a sintetizzare i principi enunciati dalla Corte di giustizia, ha chiarito che sul tema dei rapporti tra il vincolo nascente dal giudicato e l'effettività del diritto comunitario è stata fissata una regola, un'eccezione, ed un'eccezione all'eccezione (che ovviamente fa risorgere la regola).

La regola è che l'intangibilità del giudicato è un principio fondamentale anche nell'ordinamento dell'Unione europea, in quanto necessario per garantire la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia. Di conseguenza "il diritto dell'Unione non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con tale diritto"¹⁴⁷.

Pertanto, il solo fatto che una sentenza definitiva abbia violato il diritto comunitario non accorda al giudice nazionale la possibilità di riesaminarla, se ciò sia impedito dalla legge nazionale¹⁴⁸.

Con riferimento all'ordinamento processuale italiano, in particolare, la Corte di giustizia ha escluso che la violazione del diritto comunitario da parte del giudice di ultima istanza possa legittimare il rimedio della revocazione ex art. 395 c.p.c.¹⁴⁹. In questi casi chi ha subito

¹⁴⁶ Cass., ord., 23/12/2024, n. 34107.

¹⁴⁷ Così, da ultimo, C. giust., 23/11/2023, in causa C-84/22, *Right to Know*; nello stesso senso, *ex permittis*, C. giust., 07/04/2022, in causa C-116/20, *Avios*; CGUE 16.3.2006, in causa C-234/04, *Kapferer*; la sentenza capostipite parrebbe CGUE 01/06/1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss*.

¹⁴⁸ C. giust., 23/11/2023, in causa C-84/22, *Right to Know*.

¹⁴⁹ C. giust., 07/07/2022, in causa C-261/21, *Hoffmann*.

pregiudizio per effetto della violazione del diritto comunitario può invocare unicamente il risarcimento del danno da parte dello Stato, ma non la rimozione della sentenza passata in giudicato¹⁵⁰.

A questo principio, tuttavia, la Corte di giustizia ha ammesso che possa derogarsi in numerosi casi.

Il minimo comune denominatore di tutte queste deroghe è che il principio di intangibilità del giudicato retrocede, se entra in conflitto coi principi di "equivalenza" e di "effettività" del diritto comunitario.

Il principio di equivalenza impone che le regole processuali applicabili ai ricorsi intesi a far valere diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle dettate per ricorsi intesi a far valere diritti attribuiti dal diritto nazionale.

Il principio di effettività impone che le regole processuali applicabili ai ricorsi intesi a far valere diritti attribuiti dal diritto dell'Unione non devono renderne praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio.

In applicazione di questi principi, una prima deroga alla regola di intangibilità del giudicato è stata ammessa quando il giudice deve dare seguito ad una precedente decisione, passata in giudicato, ma contraria al diritto comunitario (nella specie, si trattava della vincolatività d'un "giudicato esterno": il giudice doveva stabilire se potesse essere negato il diritto ad un contributo pubblico per un certo anno, dopo che era passata in giudicato una decisione che, sulla base dei medesimi fatti, l'aveva negato per gli anni precedenti ma violando il diritto dell'UE).

In un simile caso ha osservato la Corte di giustizia che se si privilegiasse il principio dell'autorità di cosa giudicata ne deriverebbe che, quando una precedente decisione di un organo giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione contraria al diritto dell'Unione, nell'erronea applicazione di tale diritto si ripeterebbe in ogni decisione adottata dai giudici civili vertente sul medesimo rapporto giuridico, senza possibilità di correggere tale interpretazione effettuata in violazione di detto diritto¹⁵¹.

Una seconda deroga all'intangibilità del giudicato è stata ammessa in tema di contratti del consumatore, quando l'autorità del giudicato impedisca al giudice di esaminare l'abusività d'una clausola, mai esaminata in precedenza¹⁵².

Una terza deroga, anch'essa in tema di controversie tra consumatore e professionista, è stata ammessa dalla Corte di Lussemburgo in tre casi:

¹⁵⁰ C. giust., 30/09/2003, in causa C-224/01, *Kobler*.

¹⁵¹ C. giust., 07/04/2022, in causa C-116/20, *Avio Lucos*, par. 103.

¹⁵² C. giust., 26/01/2017, in causa C-421/14, *Banco Primus*.

a) se la normativa nazionale considera avvenuto e coperto dal giudicato il controllo d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali "anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso"¹⁵³;

b) se la legge nazionale non prevede un controllo sull'abusività delle clausole nella fase dell'emissione dell'ingiunzione di pagamento;

c) se sussista un rischio non trascurabile che il consumatore non abbia proposto l'opposizione a causa del termine particolarmente breve previsto a tal fine, o in considerazione delle spese che un'azione giudiziaria implicherebbe rispetto all'importo del debito contestato, o perché la normativa nazionale non prevede l'obbligo che siano trasmesse a tale consumatore tutte le informazioni necessarie per consentirgli di determinare la portata dei suoi diritti.

Se ricorrono queste ipotesi, il giudice nazionale può fare solo due cose:

a) interpretare estensivamente le norme che prevedono l'impugnazione straordinaria di sentenze passate in giudicato;

b) consentire "un distinto procedimento successivo" inteso a far valere la violazione del diritto comunitario¹⁵⁴, o consentire il rilievo in sede esecutiva.

Una quarta deroga al principio di intangibilità del giudicato è stata ammessa in tema di obbligo degli Stati membri di recuperare gli aiuti di Stato illegittimi.

In questo caso la Corte di giustizia ha affermato che "il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma nazionale, come l'art. 2909 c.c., volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale norma impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto dell'Unione europea"¹⁵⁵, persino se la decisione della Commissione europea che abbia accertato l'incompatibilità dell'aiuto di Stato con il mercato comune sia posteriore alla formazione del giudicato. In simili casi - ha osservato la Corte di giustizia - l'effettività del diritto comunitario "sarebbe destinata a fallire, se fosse possibile opporre una decisione giurisdizionale nazionale che dichiara dovuto l'aiuto"¹⁵⁶.

Una quinta deroga al principio di intangibilità del giudicato è stata ammessa in materia tributaria, allorché una sentenza divenuta definitiva, violando il diritto comunitario, abbia deciso una controversia relativa ad una singola annualità del tributo in contestazione. In tal caso il giudicato non vincola, altrimenti la non corretta applicazione del diritto comunitario si

¹⁵³ Così la ben nota C. giust., 17/05/2022, in causa C-693/19, *Banco Desio*; C. giust., sentenza 17/05/2022, in C-600/19, *Ibercaja Banco*, su cui infra.

¹⁵⁴ C. giust., Grande Sezione, 09/04/2024, in causa C-582/21, *FY c. Profi Credit Polska*; C. giust., 18/01/2024, in causa C-531/22, *Getin Noble Bank*.

¹⁵⁵ C. giust., 18/07/2007, in causa C-119/05, *Lucchini*.

¹⁵⁶ C. giust., 11/11/2015, in causa C-505/14, *Klausner Holz*.

riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione¹⁵⁷.

Dopo avere affermato il principio di intangibilità del giudicato, e dopo avere individuato le eccezioni a tale principio, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha tuttavia ammesso anche un'eccezione all'eccezione, idonea a far risorgere la regola generale dell'intangibilità del giudicato: ciò si verifica quando la persona cui il diritto comunitario attribuiva il diritto misconosciuto dalla decisione passata in giudicato sia rimasta "completamente passiva", nonostante avesse avuto la possibilità di reagire alla violazione dei suoi diritti¹⁵⁸.

Quando sia accertata questa "condotta passiva", il giudicato anche contrastante col diritto comunitario resta intangibile, in quanto quest'ultimo non impone sempre e comunque al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una norma introdotta da una direttiva europea¹⁵⁹.

3.3 I TERMINI DEL PROBLEMA: IL PRINCIPIO DI INTANGIBILITÀ DEL GIUDICATO OSTA AL CONTROLLO GIUDIZIALE DI VESSATORIETÀ?

Al fine di far dirimere il contrasto e sciogliere il nodo della compatibilità tra i principi scolpiti negli artt. 6 e 7 della direttiva n. 93/13/CEE e la piena tutela del consumatore anche a fronte di un decreto ingiuntivo divenuto irrevocabile per mancata opposizione, il Tribunale di Milano, con le ordinanze del 10 agosto 2019 e del 31 ottobre 2019, ha disposto il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia UE ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E, per porre i seguenti quesiti:

1) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli articoli 6 e 7 della direttiva [93/13] e dell'articolo 47 della [Carta] osti ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato, allorquando il consumatore, avuta consapevolezza del proprio status (consapevolezza precedentemente preclusa dal diritto vivente), richieda di effettuare un simile sindacato;

2) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli articoli 6 e 7 della direttiva [93/13] e dell'articolo 47 della [Carta] osti ad un ordinamento come quello nazionale che, a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice

¹⁵⁷ C. giust., 03/09/2009, in causa C-2/08, *Olimpiclub*.

¹⁵⁸ C. giust., 01/10/2015, in causa C-32/14, *Erste Bank*.

¹⁵⁹ C. giust., 17/05/2022, in causa C-869/19, *Unicaja*, par. 33; nello stesso senso, C. giust., 06/10/2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, in causa C-40/, par. 37; C. giust., 21/12/2016, *Gutiérrez Naranjo*, in cause riunite C-54/15, C-307/15 e C-308/15, par. 68.

dell'esecuzione, chiamato a decidere su un'opposizione all'esecuzione proposta dal consumatore, di rilevare una simile vessatorietà e se una simile preclusione possa ritenersi esistente anche ove, in relazione al diritto vivente vigente al momento della formazione del giudicato, la valutazione della vessatorietà della clausola era preclusa dalla non qualificabilità del fideiussore come consumatore.

Nei procedimenti pendenti dinanzi al Tribunale di Milano si controverteva dell'esecuzione forzata attivata su decreti ingiuntivi non opposti e, pertanto, divenuti irrevocabili, a carico di consumatori. In un caso, ingiunzioni emesse per obbligazioni sorte nell'ambito di contratti di finanziamento; in un altro, ingiunzioni emesse per contratti di garanzia fideiussoria stipulati per debiti societari.

Il giudice del rinvio, richiamando la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che disciplina l'autonomia processuale degli Stati membri al fine di garantire la piena effettività del diritto sostanziale dell'Unione e quella sui doveri del giudice nazionale in materia di tutela dei consumatori, ha chiesto se il giudice dell'esecuzione può rilevare l'abusività delle clausole relative al calcolo degli interessi moratori e della clausola penale contenute nei contratti di cui al procedimento principale, nonché di quelle contenute nella fideiussione rilasciata dal consumatore, contratti sulla base dei quali sono stati emessi i decreti ingiuntivi divenuti irrevocabili.

Ha, in particolare, precisato che, in forza dei principi processuali nazionali, in caso di mancata opposizione da parte del consumatore, l'autorità di cosa giudicata di un decreto ingiuntivo copre il carattere non abusivo delle clausole del contratto di fideiussione, e ciò anche in assenza di qualsiasi esame espresso, da parte del giudice che ha emesso tale decreto ingiuntivo, del carattere abusivo di tali clausole. Ne discenderebbe, da un lato, l'impossibilità di far valere il carattere abusivo delle clausole contrattuali nel corso del giudizio di merito e, dall'altro, l'inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione ove questa sia fondata su motivi che la parte avrebbe dovuto dedurre in sede di formazione del titolo esecutivo.

Sul piano della cornice normativa di riferimento, il giudice a quo ha evidenziato:

- il ventiquattresimo considerando della direttiva n. 93/13/CEE stabilisce che «le autorità giudiziarie e gli organi amministrativi degli Stati membri devono disporre dei mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori».

- l'articolo 2, lettera b), di tale direttiva così dispone:

- «Ai fini della presente direttiva» si intende per:

- (...)

- "consumatore": qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale;

- l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva stabilisce: «Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

- l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva stabilisce: «Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori».

- il decreto legislativo del 6 settembre 2005, n. 206 - Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229 (supplemento ordinario alla GURI n. 235 dell'8 ottobre 2005), che ha recepito la direttiva n. 93/13/CEE, all'articolo 33, commi 1 e 2, così dispone:

- «1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

- 2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:

- (...)

- f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo;

- (...));

- l'articolo 36, commi 1 e 3, stabilisce:

- «1. Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto.

- (...)

- 3. La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice».

- il codice di procedura civile, nella versione applicabile alle controversie principali, all'articolo 633, relativo alle condizioni di ammissibilità, così recita:

- «Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna:

- 1) se del diritto fatto valere si dà prova scritta;

- (...)).

- l'articolo 640 di tale codice stabilisce:

- «Il giudice, se ritiene insufficientemente giustificata la domanda, dispone che il cancelliere ne dia notizia al ricorrente, invitandolo a provvedere alla prova.

- Se il ricorrente non risponde all'invito o non ritira il ricorso oppure se la domanda non è accoglibile, il giudice la rigetta con decreto motivato. Tale decreto non pregiudica la riproposizione della domanda, anche in via ordinaria».

- l'articolo 641 di detto codice prevede che, in caso di accoglimento della domanda, il giudice ingiunga all'altra parte di pagare la somma di denaro e lo informi della possibilità di presentare opposizione entro il termine di 40 giorni.

- l'articolo 647 del codice di procedura civile, nella versione applicabile alle controversie principali, intitolato «Esecutorietà per mancata opposizione o per mancata attività dell'opponente», così recita:

- «Se non è stata fatta opposizione nel termine stabilito, oppure l'opponente non si è costituito, il giudice che ha pronunciato il decreto, su istanza anche verbale del ricorrente, lo dichiara esecutivo. (...). Quando il decreto è stato dichiarato esecutivo a norma del presente articolo, l'opposizione non può essere più proposta né proseguita, salvo il disposto dell'articolo 650, e la cauzione eventualmente prestata è liberata».

- ai sensi dell'articolo 650 di tale codice, relativo all'opposizione tardiva:

- «L'intimato può fare opposizione anche dopo scaduto il termine fissato nel decreto, se prova di non averne avuta tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore.

- (...) L'opposizione non è più ammessa decorsi dieci giorni dal primo atto di esecuzione».

- l'articolo 2909 del codice civile, relativo alla cosa giudicata, così dispone:

- «L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

Sul piano della cornice giurisprudenziale nazionale, il giudice del rinvio ha riferito che, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, il decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro che non sia stato oggetto di opposizione acquista autorità di cosa giudicata non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a

giustificazione della relativa domanda. Tale giurisprudenza ha portato ad applicare al decreto ingiuntivo non opposto il principio del c.d. «giudicato implicito», secondo il quale si ritiene che il giudice che si è pronunciato su una determinata questione abbia necessariamente risolto tutte le altre questioni preliminari.

3.4 LA GIURISPRUDENZA EUROPEA: LE QUATTRO SENTENZE DELLA CGUE, GRANDE SEZIONE, 17 MAGGIO 2022, C-600/19, CAUSE RIUNITE C-693/19 E C-831/19, C-725/19 E C-869/19

Sulle questioni sollevate dal Tribunale di Milano con il rinvio pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E.¹⁶⁰, la Corte di Lussemburgo – dopo che il Presidente della Corte, con provvedimento del 23 febbraio 2021, ha riunito le cause C-693/19 e C-831/19 ai fini della fase orale e della decisione, si è pronunciata con la sentenza della Grande Sezione del 17 maggio 2022¹⁶¹.

Dopo avere rilevato la ricevibilità delle questioni pregiudiziali poste dal giudice milanese, la Corte le ha così perimetrato: “Con le questioni pregiudiziali sollevate nella causa C-693/19 e nella causa C-831/19, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa - per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità - successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. Nella causa C-831/19, esso chiede altresì se la circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come «consumatore» ai sensi di tale direttiva abbia una qualsivoglia rilevanza al riguardo”.

Ha, quindi, nell'ordine argomentato:

- “Secondo una giurisprudenza costante della Corte, il sistema di tutela istituito con la direttiva 93/13 si fonda sull'idea che il consumatore si trova in una posizione di inferiorità nei

¹⁶⁰ Trib. Milano 18/09/2019, in *Gazzetta Ufficiale UE*, 23/12/2019 e Trib. Milano 14/11/2019, in *Gazzetta Ufficiale UE*, 03/02/2020. Può essere utile al riguardo riportare l'esatto periodo che assume quivi rilievo: «*Se ed a quali condizioni gli articoli 6 e 7 della direttiva [93/13] e l'articolo 47 della [Carta] ostino ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato e che preclude allo stesso giudice, in caso di manifestazione di volontà del consumatore di volersi avvalere della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito.*».

¹⁶¹ In pari data il Collegio della Grande Sezione ha pronunciato altre tre sentenze su questioni analoghe (C-600/19, *Ibercaja Banco*; C725/19, *Impuls – Leasing Romania*; C-869/19, *Unicaja Banco*).

confronti del professionista per quanto riguarda sia il potere negoziale sia il livello di informazione¹⁶²;

- “Alla luce di una tale situazione di inferiorità, l'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva prevede che le clausole abusive non vincolino i consumatori. Si tratta di una disposizione imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti determinato dal contratto, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra tali parti¹⁶³. 53. A tale riguardo, dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che il giudice nazionale è tenuto a esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in tal modo, a ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista, laddove disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine¹⁶⁴. 54. Inoltre, la direttiva 93/13 impone agli Stati membri, come risulta dal combinato disposto del suo articolo 7, paragrafo 1 e del suo ventiquattresimo considerando, di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e i consumatori¹⁶⁵;

- “Se è vero che la Corte ha pertanto già inquadrato, in più occasioni e tenendo conto dei requisiti di cui all'articolo 6, paragrafo 1, e dell'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, il modo in cui il giudice nazionale deve assicurare la tutela dei diritti che i consumatori traggono dalla direttiva in parola, ciò non toglie che, in linea di principio, il diritto dell'Unione non armonizza le procedure applicabili all'esame del carattere asseritamente abusivo di una clausola contrattuale, e che tali procedure rientrano dunque nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi, a condizione, tuttavia, che esse non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)”¹⁶⁶;

- “Ciò premesso, si deve stabilire se tali disposizioni richiedano che il giudice dell'esecuzione controlli l'eventuale carattere abusivo di clausole contrattuali a dispetto delle norme processuali nazionali che attuano il principio dell'autorità di cosa giudicata in relazione a una decisione giudiziaria che non contiene espressamente alcun esame su tale punto”, e per fare ciò occorre ricordare che, da un lato, “l'importanza che il principio dell'autorità di cosa

¹⁶² V., in particolare, C. giust., 26/01/2017, causa C-421/14, *Banco Primus*.

¹⁶³ V., in particolare, sentenza C. giust., 21/12/2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*.

¹⁶⁴ C. giust., 14/03/2013, causa C-415/11, *Aziz* e giurisprudenza ivi citata.

¹⁶⁵ C. giust., 26/06/2019, causa C-407/18, *Addiko Bank*, punto 44 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁶⁶ V., in particolare, sentenza C. giust., del 26/06/2019, *Addiko Bank*, C-407/18, punti 45 e 46 nonché giurisprudenza ivi citata.

giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali”¹⁶⁷, dall’altro, “che la tutela del consumatore non è assoluta”, in quanto la Corte ha ritenuto che “il diritto dell'Unione non imponga a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata a una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13¹⁶⁸;

- “la Corte ha precisato che l'obbligo per gli Stati membri di garantire l'effettività dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione implica, segnatamente per i diritti derivanti dalla direttiva 93/13, un'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva, riaffermata all'articolo 7, paragrafo 1, di tale direttiva e sancita altresì all'articolo 47 della Carta, che si applica, tra l'altro, alla definizione delle modalità procedurali relative alle azioni giudiziarie fondate su tali diritti. A tal proposito, la Corte ha dichiarato che, in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto di cui trattasi, il rispetto dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13 non può essere garantito”¹⁶⁹;

- con il corollario che “le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali, alle quali si riferisce l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, non possono pregiudicare la sostanza del diritto spettante ai consumatori in forza di tale disposizione, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte richiamata, in particolare, al punto 53 della presente sentenza, di non essere vincolati da una clausola reputata abusiva”¹⁷⁰;

- avendo il giudice a quo argomentato che, nei procedimenti principali, la normativa nazionale non permette al giudice competente per l’esecuzione dei decreti ingiuntivi non opposti di esercitare un controllo nel merito del decreto ingiuntivo, né di controllare, d'ufficio o su domanda del consumatore, il carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di tale decreto ingiuntivo, per via dell'autorità di cosa giudicata implicita acquisita da quest'ultimo, “una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al

¹⁶⁷ V., in particolare, sentenze del 06/10/2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, punti 35 e 36, e del 26/01/2017, *Banco Primus*, C-421/14, punto 46.

¹⁶⁸ V. sentenze C. giust., del 06/10/2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, punto 37, e del 21/12/2016, *Gutiérrez Naranjo* e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, punto 68.

¹⁶⁹ V., in tal senso, sentenza C. giust., del 04/06/2020, *Kancelaria Medius*, C-495/19, punto 35 e giurisprudenza ivi citata sentenza, e sentenza C. giust., del 10/06/2021, *BNP Paribas Personal Finance SA*, da C-776/19 a C-782/19, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁷⁰ Sentenze C. giust., del 21/12/2016, *Gutiérrez Naranjo* e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, punto 71, e del 26/01/2017, *Banco Primus*, C-421/14, punto 51.

giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali”, con il corollario “che, in un caso del genere, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione”;

- “il fatto che il debitore ignorava, al momento in cui questa precedente decisione giurisdizionale è divenuta definitiva, il proprio status di consumatore, ai sensi della direttiva 93/13, è irrilevante, poiché, come ricordato al punto 53 della presente sentenza, il giudice nazionale è tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale rientrante nell'ambito di applicazione di tale direttiva”.

Sulla base del percorso logico - argomentativo sopra sintetizzato, la Corte di Giustizia ha così risposto al giudice interrogante:

“Da quanto precede risulta che occorre rispondere alle questioni pregiudiziali poste nelle cause C-693/19 e C-831/19 dichiarando che l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa - per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità - successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come «consumatore» ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo”.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte di Lussemburgo, sebbene prenda le mosse da arresti ormai consolidati nella giurisprudenza sovranazionale - come il principio di autonomia processuale dei singoli Stati membri, discendente dal fatto che il diritto europeo non armonizza le discipline processuali nazionali, sempreché tali discipline nazionali non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (c.d. principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (c.d. principio di effettività) - assume evidente innovatività nella misura in cui apre le porte ad una tutela effettiva e penetrante del consumatore, anche dopo la formazione del giudicato, riconoscendo massima cogenza alle disposizioni di cui agli artt. 6, par. 1, e 7, par. 1, della direttiva 93/13/CEE, per il tramite di un dialogo armonico tra giudice nazionale e giudice europeo, le cui attività assumono valore

complementare, contribuendo a dare corretta applicazione sull'intero territorio europeo al diritto unionale¹⁷¹.

3.5 L'INTERVENTO NOMOFILATTICO DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE: CASS. S.U. 6 APRILE 2023, N. 9479

Le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia UE il 17 maggio 2022, e segnatamente quella sulle cause riunite C-693/19 e C-831/19 resa su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano, hanno posto le basi per un necessario intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamate a dare attuazione, nell'ambito del diritto processuale nazionale (in particolare, nell'ambito delle regole che sovrintendono al processo esecutivo) agli innovativi principi di diritto enunciati dal Giudice di Lussemburgo.

Tale intervento è stato reso dalla Corte di Cassazione con la sentenza delle Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479¹⁷².

Trattasi di sentenza con cui la Corte ha ritenuto di enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., al fine di esercitare la propria funzione nomofilattica pur a prescindere, eccezionalmente, dalla decisione sul fondo delle censure con effetti sul concreto diritto dedotto in giudizio¹⁷³.

La fattispecie controversa sottoposta al vaglio del giudice di legittimità riguardava l'emissione di un decreto ingiuntivo in favore di un professionista, che il consumatore ingiunto non aveva opposto ai sensi dell'art. 645 c.p.c. Di qui la formazione del giudicato sul provvedimento di ingiunzione. Instaurato il processo esecutivo, in tale sede il consumatore

¹⁷¹ Così, Cass. S.U. 30 ottobre 2020, n. 24107.

¹⁷² in Giur. it. 2023, 1053 ss., con nota di C. Consolo, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie)* su invito del g.e., e con nota di E. D'Alessandro, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto*: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.; in *www.inexecutivis.it* con nota di G. Costantino, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*; in *Riv. esec. forzata* 2023, 336 ss., con nota di A. Carratta, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza 9479 del 2023*, e di A. Crivelli, *Le Sezioni unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*; in *Foro it.* 2023, I, 1474 ss., con nota di P. Farina, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra – tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*; in *Rivista dir. proc.*, 2023, 1228 ss., con nota di S. Caporusso, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*. Ancora in commento alla citata sentenza: B. Capponi, *Il G.E. e la Cass., SS.UU., 6 aprile 2023, n. 9479*, in *www.Judicium.it*; Id., *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *www. Judicium.it*; G. Scarselli, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le Sezioni Unite*, e lo Stato di diritto secondo la civil law, in *www. Judicium.it*; L. Baccaglini, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2023, 946 ss.; R. Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, in *www.Judicium.it*.

¹⁷³ La sentenza sul punto precisa che anche nell'applicazione dell'istituto del principio di diritto nell'interesse della legge rimane viva e vitale quella necessaria compenetrazione tra l'esercizio dei compiti di nomofilachia e i "fatti della vita" portati dalle parti dinanzi al giudice. Ciò dà fondamento alle ragioni di una disciplina che, a fronte di questioni di diritto e di fatto rivestenti particolare importanza, consente di pronunciare una regola di giudizio che, sebbene non influente sulla concreta vicenda processuale, serva tuttavia come criterio di decisione di casi analoghi o simili (tra le altre, Cass., S.U., n. 27187/2007 e Cass., S.U., n. 19051/2010)".

aveva lamentato l'omesso rilievo officioso del giudice del procedimento monitorio di una clausola abusiva (nella specie, di deroga al c.d. foro del consumatore) presente nel contratto fonte di quel credito e, quindi, chiedendo al giudice dell'esecuzione di farsi carico del controllo sull'abusività della clausola contrattuale.

La Corte ha quindi così preliminarmente perimetrato la decisione nell'interesse della legge: "Le strette coordinate della pronuncia da adottare ai sensi dell'art. 363 c.p.c. sono, dunque, quelle, soltanto, della tutela consumeristica di cui alla direttiva 93/13/CEE, concernente l'abusività di clausole presenti in contratto concluso con professionista, nel contesto dell'anzidetta specifica scansione processuale di diritto nazionale"¹⁷⁴.

Ciò premesso, la Corte ha rammentato quale sia il ruolo del giudice nazionale chiamato a dare attuazione ad una decisione della Corte di Lussemburgo: "E", dunque, da ribadirsi quel rapporto di complementarità - messo in risalto da Cass., S.U., 30 ottobre 2020, n. 24107 (con estesi richiami alla giurisprudenza eurounitaria) - che si instaura, in funzione cooperativa, tra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e il giudice nazionale, tale da costituire quest'ultimo non solo quale "giudice comunitario di diritto comune", ma anche di riservargli, in via esclusiva, il potere sia di interpretare il diritto interno - rendendolo, però, conforme al diritto dell'Unione o anche di disapplicarlo, ove ciò sia consentito -, sia di applicare, nel caso concreto, il diritto unionale come interpretato dalla Corte di Giustizia"¹⁷⁵.

Ha, quindi, evidenziato che la Corte di Giustizia (sentenza SPV/Banco di Desio) ha enunciato il duplice principio:

a) "una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali" (§ 65);

b) "in un caso del genere, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione" (§ 66).

Poiché la stessa Corte di Lussemburgo si è premurata di garantire e tenere fermo, considerandolo recessivo soltanto a determinate condizioni - ossia per dare piena espansione ai

¹⁷⁴ Così, Cass. S.U. n. 9479 del 2023, sub 3.1.

¹⁷⁵ Cfr. C. giust., sentenza 05/04/2016, in C-689/13, *PFE*; C. giust., sentenza 24/09/2019, in C-573/17, *Popławski*.

principi di equivalenza ed effettività -, il valore dell'autonomia procedurale degli ordinamenti nazionali, per la Cassazione "le categorie e gli istituti di diritto processuale interno potranno mantenere intatto il proprio fisiologico spazio applicativo là dove sia possibile rinvenire nel sistema, e fintanto che lo sia, l'apparato di tutela giurisdizionale che garantisca appieno l'effettività del diritto eurounitario, per come interpretato dalla CGUE nel suo ruolo di fonte del diritto e, dunque, nell'esercizio della sua funzione nomogenetica. È una prospettiva, quindi, che porta ad individuare nell'ordinamento processuale interno la disciplina adeguata a quello scopo, nel rispetto della struttura e funzione degli istituti che essa configura (e, dunque, delle categorie giuridiche in tanto implicate), operando, però, su di essa, ove necessario, quegli adattamenti che sono imposti dal diritto unionale in funzione della tutela della posizione soggettiva da esso regolata"¹⁷⁶.

Su questo "terreno, giuridico e culturale", per la Suprema Corte, "deve misurarsi il seguito che occorre assicurare alla sentenza della CGUE del 17 maggio 2022 in cause riunite C-693/19, SPV Project 1503, e C-831/19, Banco di Desio e della Brianza, la quale - in estrema sintesi - ha affermato che, ove il consumatore non abbia fatto opposizione avverso un decreto ingiuntivo non sorretto da alcuna motivazione in ordine alla vessatorietà delle clausole presenti nel contratto concluso con il professionista e posto a fondamento del credito azionato da quest'ultimo, la "valutazione" (il "controllo") sull'eventuale carattere abusivo di dette clausole deve poter essere effettuata dal giudice dell'esecuzione dinanzi al quale si procede per la soddisfazione di quel credito"¹⁷⁷.

Dopo avere tracciato la cornice nell'ambito della quale si colloca l'intervento nomofilattico e la decisione in nome della legge ex art. 363 c.p.c., la Corte evidenzia:

- i Trattati assegnano un ruolo centrale alla figura del consumatore "nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione" (art. 12 TFUE), tale da garantirne un elevato livello di protezione che va oltre gli interessi strettamente economici, pur presenti e rilevanti, per estendersi alla salute e alla sicurezza (art. 169 TFUE), in un'ottica che la Carta di Nizza complessivamente ascrive al principio di solidarietà (art. 38 CDFUE), ossia a quel

¹⁷⁶ Così, Cass. S.U. n. 9479 del 2023, sub 5. Precisa la Corte che questo "compito cruciale" è affidato al "giudice nazionale/giudice comune europeo, che, in siffatta opera di coordinamento ed integrazione attraverso gli strumenti (ormai istituzionali) dell'interpretazione conforme (sin dalla sentenza 10.4.1984, in C-14/83, *Von Colson*, e proprio in riferimento all'interpretazione di una direttiva, da intendersi alla luce della lettera e dello scopo di quest'ultima, al fine di conseguire il risultato indicato dall'art. 189 CEE e ora dall'art. 288 TFUE) e, se del caso (poiché la relativa attivazione si pone come sussidiaria rispetto all'interpretazione conforme: CGUE, sentenza 24.1.2012, in C-282/10, *Dominguez*), della disapplicazione, dà, infine, concretezza al principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 TUE, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad assicurare la conformità dell'ordinamento interno al diritto dell'Unione".

¹⁷⁷ Così, Cass. S.U. n. 9479 del 2023, sub 5.1.

paradigma comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri che, come malta preziosa, fa da collante tra i diritti e i doveri del singolo nell'ambito di una collettività;

- trattasi di prospettiva alla cui concretezza cooperano anche gli obiettivi e l'economia generale della direttiva n. 93/13/CEE, la quale, in armonia con le previsioni dei Trattati e della CDFUE, "nel suo complesso, costituisce un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati all'Unione e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita all'interno di quest'ultima"¹⁷⁸;

- trattasi, inoltre, di obiettivi valoriali comuni ai Paesi dell'Unione e che, in ambito nazionale, possono rinvenirsi in quella correlazione - cui dà risalto, segnatamente, la giurisprudenza costituzionale in sintonia con le coordinate dell'ordinamento sovranazionale - tra protezione degli interessi dei consumatori e utilità sociale, nonché sicurezza, libertà, dignità umana (alle quali la legge costituzionale n. 1 del 2022 ha aggiunto salute ed ambiente), che il secondo comma dell'art. 41 Cost. ha assunto a limiti generali della libertà di iniziativa economica garantita dal primo comma della stessa norma della Carta fondamentale¹⁷⁹;

- proprio tramite gli artt. 6 e 7 della direttiva n. 93/13/CEE, alla stregua della lettura che ne ha dato la CGUE con la sentenza "SPV/Banco di Desio", nel solco dei propri precedenti in materia¹⁸⁰, che si impone, nel contesto del rapporto contrattuale instauratosi tra professionista e consumatore, il riequilibrio della posizione strutturalmente minorata di quest'ultimo sia sotto il profilo del potere negoziale, sia per il livello di informazione, così da esserne vulnerata la scelta, consapevole e razionale, volta a soddisfare, attraverso quel contratto, le esigenze quotidiane della vita;

- tale riequilibrio può ottenersi "solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale"¹⁸¹, ossia, nella sede processuale, tramite il dovere del giudice investito dell'istanza di ingiunzione di esaminare d'ufficio il carattere abusivo della clausola contrattuale e di dare conto degli esiti di siffatto controllo;

- ne discende che l'eventuale inattività del giudice del procedimento monitorio, ove non rimediabile in una sede successiva¹⁸², impedirebbe definitivamente di colmare proprio nel processo quel dislivello sostanziale esistente tra i contraenti, facendo gravare la violazione

¹⁷⁸ Cfr. C. giust., sentenze: del 26/10/2006, in C-168/05, *Mostaza Claro*; del 04/06/2009, in C-243/08, *Pannon GSM*; del 6.10.2009, in C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*; del 14/06/2012, in C-618/10, *Banco Español de Crédito*).

¹⁷⁹ Cfr. Corte cost., sentenze n. 270 del 2010 e n. 210 del 2015 e, in precedenza, la sentenza n. 241 del 1990; cfr. anche, per la giurisprudenza di legittimità, Cass., S.U., 12/12/2014, n. 26242 e n. 26243.

¹⁸⁰ Cfr. C. giust., sentenza 14/03/2013, in C-415/11, *Aziz*; sentenza 13/09/2018, in C-176/17, *Profi Credit Polska*; sentenza 20/09/2018, in C-448/17, *EOS KSI*; inoltre, successivamente al 17/05/2022, v. anche: C. giust., sentenza 30/06/2022, in C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*.

¹⁸¹ Cfr. C. giust., sentenza 27/06/2000, in cause riunite C-240/98 e C-244/98, *Océano*; nonché, C. giust., sentenza 09/11/2010, in C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing* e sentenza 14/06/2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*.

¹⁸² Cfr. C. giust., del 17/05/2022, sentenza in C-600/19, *Ibercaja Banco*.

dell'obbligo del rilievo officioso della abusività della clausola negoziale sul consumatore, sebbene questi sia rimasto privo di tutte le "informazioni"¹⁸³ che gli sono dovute per porlo in condizione di determinare la portata dei suoi diritti al fine di poter esercitare, per la prima volta, la propria difesa in sede di opposizione al decreto ingiuntivo "con piena cognizione di causa"¹⁸⁴;

- con il corollario che è proprio la carente attivazione del giudice del monitorio - mancato rilievo officioso e omessa motivazione, imposti da norma imperativa (art. 6, par. 1, della direttiva n. 93/13/CEE) - che comporta, secondo il diritto dell'Unione, nell'interpretazione vincolante della CGUE), che la decisione adottata, sebbene non fatta oggetto di opposizione, "è comunque insuscettibile di dar luogo alla formazione, stabile e intangibile, di un giudicato, così da consentire anche nella contigua sede esecutiva, dove si procede per l'attuazione del diritto accertato, una riattivazione del contraddittorio impedito sulla questione pregiudiziale pretermessa (concernente, per l'appunto, l'assenza di vessatorietà delle clausole del contratto) e, quindi, di un meccanismo processuale (come si vedrà nel prosieguo) che possa rimettere in discussione anche l'accertamento sul bene della vita implicato dal decreto ingiuntivo, ossia il credito riconosciuto giudizialmente"¹⁸⁵;

- tale conclusione costituisce l'esito di un bilanciamento che la Corte di Lussemburgo ha effettuato secondo una visione scevra da concettualizzazioni e orientata dal c.d. "canone di adeguatezza tra esigenze di tutela e forme di tutela disponibili", saggiando il punto di rottura tra le esigenze di certezza dei rapporti giuridici, presidiate dal principio di immutabilità della decisione, e quelle di effettività della tutela del consumatore imposte dalla direttiva n. 93/13/CEE, assegnando, per le ragioni anzidette, prevalenza a quest'ultime;

- il predetto bilanciamento non è tale da elidere, alla luce della prospettiva che ha ispirato la giurisprudenza della CGUE, l'importanza dell'istituto processuale del giudicato nazionale, nella sua ambivalente declinazione sostanziale (art. 2909 c.c.) e processuale (art. 324 c.p.c.), che si rinviene anche nel diritto dell'Unione in consonanza con le tradizioni giuridiche degli Stati membri, "dalle cui fondamenta trova con vigore emersione la profondità di senso che

¹⁸³ Cfr. C. giust., sentenze citate *Banco Español de Crédito* e *EOS KSI*, nonché C. giust., sentenza 18/02/2016, in C-49/14, *Finanmadrid*.

¹⁸⁴ Così, C. giust., del 17/05/2022, *Ibercaja Banco*.

¹⁸⁵ Le Sezioni Unite sul punto precisano: "In altri termini - ove si legga una tale vicenda attraverso la lente di una tradizionale e icastica descrizione della scansione processuale del procedimento monitorio -, sarebbe monca la provocatio ad opponendum (ossia la "provocazione a contraddire": Cass., S.U., 1° marzo 2006, n. 4510) che il decreto ingiuntivo innesca, richiedendo che il debitore si attivi entro un certo termine per evitare altrimenti la c.d. impositio silentii (il giudicato o la c.d. "preclusione da giudicato": la citata Cass., S.U., n. 4510/2006) sul provvedimento d'ingiunzione emesso. Dunque, nel nostro caso (ma analogamente in quello di cui alla coeva sentenza *Ibercaja Banco*), è proprio l'impedimento al contraddittorio, differito, sulla pregiudiziale dell'abusività delle clausole, conseguente all'omissione del giudice, che frustra il diritto di azione e difesa del consumatore, vulnerandone in modo insostenibile la tutela giurisdizionale effettiva, così da rendere vuota prescrizione anche quella, dettata dall'art. 7, par. 1, della direttiva 93/13/CEE (in ragione del 24° Considerando), che impone agli Stati membri di predisporre <<mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e i consumatori>>".

permea la funzione servente del processo rispetto all'attuazione dei diritti, il suo essere mezzo e non fine”;

- la tutela effettiva rimediale configurata dalla CGUE a fronte della violazione di una disciplina dal carattere imperativo specificamente dettata dal diritto dell'Unione (direttiva n. 93/13/CEE), che quella tutela intende assicurare appieno, trova, infatti, radicamento in principi - del contraddittorio e del pieno dispiegamento del diritto di azione e di difesa in giudizio - che rappresentano, insieme all'imparzialità e terzietà del giudice, nonché alla motivazione dei provvedimenti giudiziari, i cardini del “giusto processo” di cui agli artt. 47 CDFUE e 6 CEDU e che, del pari, costituiscono il nucleo indefettibile delle garanzie fondamentali somministrate anche dagli artt. 24 e 111 Cost., quali “principi supremi dell'ordine costituzionale italiano”¹⁸⁶ che attengono all'esercizio della giurisdizione.

Sulla base del suesposto percorso logico argomentativo, le Sezioni Unite – al fine di dare il necessario seguito ai *dicta* della Corte di Lussemburgo in tema di effettiva protezione del consumatore destinatario di decreto ingiuntivo, allorquando l'ingiunzione sia richiesta ed emessa nonostante la presenza di clausole abusive nel contratto da cui scaturisce l'obbligazione - distinguono due fasi: 1) la fase monitoria o “seguito pro futuro”; 2) la fase successiva all'emissione del decreto ingiuntivo o “seguito per il passato”.

3.5.1 IL CONTROLLO GIUDIZIALE OFFICIOSO SULLA VESSATORIETÀ DELLE CLAUSOLE NEL GIUDIZIO MONITORIO, PRIMA DELLA EMISSIONE DEL DECRETO INGIUNTIVO

Mettendo a fuoco la fase monitoria, la Corte di Cassazione rammenta che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE¹⁸⁷, il giudice nazionale è tenuto ad esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, connessa all'oggetto della controversia, purché gli elementi di diritto e di fatto già in suo possesso suscitino seri dubbi al riguardo, dovendo, quindi, adottare d'ufficio misure istruttorie necessarie per completare il fascicolo, chiedendo alle parti di fornirgli informazioni aggiuntive a tale scopo.

Sono principi enunciati anche con riferimento al procedimento d'ingiunzione, giacché, avuto riguardo proprio all'ingiunzione di pagamento europea (IPE), disciplinata dal regolamento n. 1896/2006, la Corte di Lussemburgo ha affermato che il giudice investito della domanda del creditore può richiedere, anche d'ufficio, ed al fine di procedere all'esame del carattere eventualmente abusivo di alcune clausole, informazioni complementari ovvero la

¹⁸⁶ Così, Corte cost., sentenza n. 238 del 2014.

¹⁸⁷ Tra le tante: le citate sentenze *Pannon*, *Banco Espanol de Credito*, *Aziz*, *Profi Credit Polska*; inoltre, le sentenze: 09/11/2010, in C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*; 11/03/2020, in C-511/17, *Lintner*; 04/06/2020, in C-495/19, *Kancelaria Medius*; 30/06/2022, in C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*.

produzione di ulteriori documenti dalla parte interessata e che, pertanto, va considerata contraria al diritto dell'UE una normativa nazionale che qualifichi come irricevibili tali documenti aggiuntivi¹⁸⁸.

Sempre nel contesto del procedimento d'ingiunzione, nel quale la partecipazione del debitore consumatore è consentita solo nella fase dell'opposizione al decreto monitorio, la Corte sovranazionale ha affermato che il dovere del giudice di disapplicazione una clausola contrattuale abusiva può riguardare anche soltanto “una parte del credito fatto valere” e, in tale ipotesi, “il giudice dispone della facoltà di respingere parzialmente detta domanda, a condizione che il contratto possa sussistere senza nessun'altra modifica o revisione o integrazione, circostanza che spetta a detto giudice verificare”¹⁸⁹.

Tali approdi della giurisprudenza eurounitaria non pongono significativi problemi di compatibilità con l'assetto processuale interno, delineato dagli artt. 633-644 c.p.c., il quale rende certamente praticabile il doveroso controllo, da parte del giudice, sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore, così, in ragione degli esiti del rilievo d'ufficio (sussistenza o meno della vessatorietà incidente, in tutto o in parte, sull'oggetto della domanda monitoria), da addivenire al rigetto del ricorso (che non preclude la riproposizione della domanda: art. 640, ultimo comma, c.p.c.), ovvero al suo consentito accoglimento parziale¹⁹⁰.

Ad avviso della Corte di legittimità non è percorribile la diversa tesi secondo la quale il c.d. “diritto all'interpello” del consumatore imporrebbe al giudice di emettere il decreto ingiuntivo, evidenziando la presenza di uno o più profili di abusività delle clausole contrattuali, per invitare, poi, il consumatore stesso a prendere posizione sul punto mediante la proposizione dell'opposizione.

In primo luogo, tale orientamento non collima con l'indirizzo della Corte di Lussemburgo¹⁹¹, in base al quale, sebbene il giudice nazionale non sia tenuto, in forza della direttiva n. 93/13/CEE, a disapplicare le clausole contrattuali qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante, tuttavia, una volta che abbia accertato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola, può trarre tutte le conseguenze derivanti da tale accertamento, senza attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola.

¹⁸⁸ Così, C. giust., sentenza 19/12/2019, in cause riunite C-453/18 e C-494/18, *Bondora AS*.

¹⁸⁹ Così la citata sentenza *Profi Credit Bulgaria*.

¹⁹⁰ Così, per tutte, Cass., S.U., n. 4510 del 2006, cit.

¹⁹¹ Cfr. le citate sentenze *Pannon e Lintner*; inoltre, le sentenze: 21/02/2013, in C-472/11, *Banif Plus*; 21/12/2016, in cause riunite C-154/15, C- 307/15, C-308/15, *Guterriez Naranjo*; 03/10/2019, C-260/18, *Dziubak*.

In secondo luogo, nel costringere il consumatore a proporre l'opposizione per far valere i propri diritti, si pone in contrasto con lo stesso principio del rilievo d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali che, anche nell'ambito del procedimento monitorio, è funzionale all'effettività della tutela del consumatore sotto il profilo della non vincolatività delle clausole medesime, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della anzidetta direttiva.

Volgendo lo sguardo alle norme processuali nazionali, strumentali rispetto all'esercizio del controllo officioso cui è tenuto il giudice del monitorio sono i poteri istruttori consentiti dall'art. 640, primo comma, c.p.c. Tali poteri possono essere esercitati al fine di risolvere eventuali seri dubbi, sorti in base agli elementi già in suo possesso, sulla presenza di clausole vessatorie (es. in punto di competenza territoriale in violazione del foro, inderogabile, del consumatore di cui all'art. 33, comma 2, lett. u, del d.lgs. n. 206 del 2005), che rendono "insufficientemente giustificata la domanda", impedendone l'accoglimento in tutto o in parte.

Il giudice dovrà, quindi, sollecitare il ricorrente a "provvedere alla prova" del credito anche sotto il profilo che la relativa spettanza, in parte o per l'intero, non sia esclusa dai profili di abusività negoziale rilevati, a tal fine richiedendo che sia prodotta pertinente documentazione (anzitutto, il contratto su cui si basa il credito azionato) e/o che siano forniti i chiarimenti necessari.

Ma per la Cassazione tale obbligo di rilievo officioso gravante sul giudice del monitorio in funzione dell'effettività della tutela del consumatore non può comunque spingersi sino a richiedere che l'esercizio dei poteri giudiziali istruttori si ponga come esorbitante rispetto alla struttura, funzione e finalità della fase inaudita altera parte come disciplinata dal legislatore nazionale, in cui condizione di ammissibilità della domanda d'ingiunzione è pur sempre la "prova scritta" (artt. 633, primo comma, n. 1, e 634 c.p.c.).

Sicché, ove l'accertamento sulla vessatorietà imponga, per la sua complessità, un'istruzione probatoria non coerente con detta configurazione (ad es., richiedendosi l'assunzione di testimonianze o l'espletamento di c.t.u.), il giudice dovrà rigettare l'istanza d'ingiunzione, che il ricorrente, se riterrà, potrà comunque riproporre (evidentemente sulla scorta di ulteriori e più congruenti elementi probanti), o, invece, affidarsi alla "via ordinaria" (art. 640, ultimo comma, c.p.c.).

Così ricomposto il sistema, per la Cassazione l'istanza di tutela che il diritto dell'Unione Europea impone di soddisfare non trova ostacoli di sorta nel modello processuale di diritto interno, il quale con detta istanza verrebbe, invece, a confliggere ove interpretato nel senso che il controllo sull'abusività delle clausole non possa compiersi nel procedimento d'ingiunzione, poiché esso implicherebbe necessariamente il contraddittorio delle parti, sia in ragione delle circostanze di fatto su cui si basa (art. 34, comma 1, del codice del consumo), sia in ragione

della perdita di celerità propria del rito che tale valutazione richiederebbe, con la conseguenza che il decreto dovrebbe essere comunque emesso e quel controllo rinviato in sede di giudizio di opposizione.

Sulla base delle superiori premesse, il giudice di legittimità rinviene nell'art. 641 c.p.c. la disposizione legislativa cui è possibile ancorare l'obbligo per il giudice del monitorio di compiere d'ufficio il controllo sulla abusività delle clausole inserite nei contratti dei consumatori¹⁹².

Argomenta, sul punto, la Cassazione:

- l'art. 641 c.p.c. richiede che il decreto ingiuntivo sia "motivato";

- tale previsione è, in riferimento a credito vantato da professionista in forza di contratto stipulato con un consumatore, da leggersi in conformità al diritto dell'Unione e dunque – secondo l'interpretazione fornita dalla CGUE proprio nella sentenza "SPV/Banco di Desio" e in quella, coeva, *Ibercaja Banco* – necessitando il provvedimento che accoglie la domanda di ingiunzione di una motivazione che, pur "sommariamente, ... dia atto della sussistenza dell'esame" in base al quale il giudice "ha ritenuto che le clausole in discussione non avessero carattere abusivo", in modo da consentire al debitore consumatore di "valutare con piena cognizione di causa"¹⁹³ se occorra proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo;

- si tratta, dunque, di un obbligo di motivazione funzionale a dare al consumatore l'informazione circa l'assolvimento, da parte del giudice adito in via monitoria, del controllo officioso sulla presenza di clausole vessatorie a fondamento del contratto fonte del credito azionato dal professionista e che siano rilevanti rispetto all'oggetto della domanda di ingiunzione;

- in quanto strumentale rispetto all'esercizio del diritto di difesa del consumatore nella fase processuale a contraddittorio pieno, una tale motivazione esige che nel decreto sia individuata, con chiarezza, la clausola del contratto (o le clausole) che abbia(no) incidenza sull'accoglimento, integrale o parziale, della domanda del creditore e che se ne escluda, quindi, il carattere vessatorio;

¹⁹² Tale conclusione delle Sezioni Unite ha sollevato perplessità in dottrina: cfr. M. Bove, *La tutela del consumatore tra esigenze eurolunionali e creatività della nostra Corte di cassazione*: una proposta alternativa, in *Judicium.it*, 2023; G. Scarselli, *La tutela del consumatore secondo la Corte di giustizia UE e le Sezioni Unite*, e *lo Stato di diritto secondo la civil law*, ivi, 2023. Per S. Alunni, op. cit., 210, "Non sfugge, però che per giustificare simile scelta si è dovuto non poco forzare l'interpretazione della norma nella parte in cui esige per ammettere la proposizione tradiva dell'opposizione l'esistenza di un '<<caso fortuito o forza maggiore>>', che si fa coincidere con l'omessa motivazione circa il dovere del giudice di controllare l'esistenza o meno di clausole abusive nel contratto. Conseguenza che l'omessa motivazione sul punto è ragione non imputabile al debitore della mancata opposizione tempestiva, e quindi causa di legittimazione all'opposizione tardiva".

¹⁹³ Così, C. giust., sentenza *Ibercaja Banco*.

- è, dunque, la chiara individuazione dei profili di abusività rilevanti rispetto all'oggetto dell'ingiunzione che assume centralità nell'assolvimento di detto obbligo motivazionale, questo ben potendo esprimersi in un apparato argomentativo estremamente sintetico, semmai strutturato anche *per relationem* al ricorso monitorio ove questo si presti allo scopo;

- l'art. 641, primo comma, c.p.c., inoltre, rende necessario che il decreto ingiuntivo contenga l'avvertimento che, nel termine di quaranta giorni, può essere fatta opposizione al decreto ingiuntivo “e che, in mancanza di opposizione, si procederà ad esecuzione forzata”;

- tale disposizione deve essere interpretata in senso conforme al diritto eurounitario di cui alla direttiva n. 93/13/CEE e, dunque, quell'avvertimento dovrà, altresì, rendere edotto il consumatore che, in assenza di opposizione, “decadrà dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo” delle clausole del contratto¹⁹⁴;

- si tratta di una specificazione armonica rispetto alla ratio della norma, della quale è estesa la virtualità di significato già in *nuce*, che è nel senso di mettere sull'avviso il debitore circa l'immutabilità della decisione che troverà soddisfazione come tale.

Per detta strada le Sezioni Unite raggiungono la prima conclusione: “una volta che il decreto ingiuntivo presenti la motivazione e l'avvertimento anzidetti, la tutela del consumatore è da reputarsi rispettosa del canone dell'effettività e la maturazione del termine di cui all'art. 641 c.p.c., senza che sia stata proposta opposizione, non consentirà più successive contestazioni sulla questione di abusività delle clausole contrattuali”¹⁹⁵.

3.5.1.1. LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEL PROCEDIMENTO ESECUTIVO

Volgendo lo sguardo alla fase successiva all'emissione del decreto ingiuntivo (c.d. “seguito per il passato”, ovvero anche “per il futuro”, ove il giudice del monitorio non esegua quel controllo ufficioso, motivando adeguatamente, sulla abusività delle clausole contrattuali), le Sezioni Unite affrontano - con l'obiettivo dichiarato di riconoscere effettiva portata retroattiva alle decisioni della Corte di Lussemburgo - il problema della tutela del consumatore nei casi in cui siano stati già emessi decreti ingiuntivi divenuti irrevocabili per mancata tempestiva opposizione e siano pendenti, a carico del consumatore, procedimenti esecutivi.

Dopo avere riconosciuto che trattasi di scelta ermeneutica “maggiormente problematica, rispetto alla quale le proposte che la comunità degli interpreti ha individuato sono davvero plurime e articolate”¹⁹⁶, la Cassazione perviene alla seguente conclusione: “La risposta che

¹⁹⁴ Così, C. giust., sentenza *Ibercaja Banco*.

¹⁹⁵ Così, Cass. S.U. n. 9479 del 2023, sub 7.5.

¹⁹⁶ La Cassazione riconosce che le proposte sul punto sono state molteplici: “...da quelle che fanno appello essenzialmente a rimedi tipici della cognizione piena, lasciando al giudice dell'esecuzione soltanto il potere di

queste Sezioni Unite ritengono di dover privilegiare e, quindi, declinare in principio nomofilattico è quella che, a valle del rilievo sui profili di abusività della clausola contrattuale ad opera del giudice dell'esecuzione, fa applicazione della disciplina dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo dettata dall'art. 650 c.p.c., con gli adeguamenti che per essa si rendono necessari in ragione di una piena conformazione al diritto unionale di cui alla direttiva 93/13/CEE, secondo l'interpretazione della CGUE"¹⁹⁷.

Secondo questa innovativa ricostruzione della cornice normativa costituita dalla disciplina processuale concernente il procedimento monitorio, nelle due fasi in cui si articola nel vigente codice di rito, qualora il giudice abbia omissso di motivare il decreto ingiuntivo in riferimento al profilo della abusività delle clausole contrattuali, "il giudice dell'esecuzione (GE), sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito, ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio l'esistenza di una clausola abusiva che incida sulla sussistenza o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo".

Queste le possibili scansioni processuali, come descritte dalle Sezioni Unite:

- al fine di rilevare l'eventuale abusività delle clausole, il giudice dell'esecuzione, nelle forme proprie del processo esecutivo - ossia secondo un modello strutturalmente deformalizzato (artt. 484-487 c.p.c.) -, dovrà, nel contraddittorio delle parti, provvedere, ove detto rilievo non sia possibile solo in base agli elementi di diritto e di fatto già in atti, ad una sommaria istruttoria, rispetto alla quale si presenterà, sovente, la necessità di acquisire anzitutto il contratto fonte del credito ingiunto;

- in particolare, ove non sia adito prima dalle parti, il giudice dell'esecuzione potrà dare atto, nel provvedimento di fissazione, rispettivamente, dell'udienza *ex art. 530 c.p.c.* (nel caso di vendita o assegnazione dei beni pignorati) o *ex art. 543 c.p.c.* (nel caso di espropriazione presso terzi), che il decreto ingiuntivo non è motivato e invitare il creditore procedente o intervenuto a produrre, in un certo termine prima dell'udienza, il contratto fonte del credito azionato in via monitoria, così da instaurare, nell'udienza stessa, il contraddittorio delle parti sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto;

- all'esito, il giudice dell'esecuzione, se rileva il possibile carattere abusivo di una clausola contrattuale, ma anche se ritenga che ciò non sussista, ne informa le parti e avvisa il debitore consumatore (ciò che varrà come interpello sull'intenzione di avvalersi o meno della nullità di protezione) che entro 40 giorni da tale informazione - che nel caso di esecutato non comparso è da rendersi con comunicazione di cancelleria - può proporre opposizione a decreto

rilevazione dei profili di abusività delle clausole contrattuali al fine esclusivo di sanare il difetto di controllo determinatosi nella fase monitoria; a quelle che, invece, prediligono un ruolo attivo del giudice dell'esecuzione anche nell'accertamento della vessatorietà, sebbene con efficacia circoscritta al processo esecutivo in corso".

¹⁹⁷ Così, Cass. S.U. n. 9479 del 2023, sub 8.1.

ingiuntivo e così far valere il carattere abusivo delle clausole contrattuali incidenti sul riconoscimento del credito oggetto di ingiunzione;

- prima della maturazione del predetto termine, il giudice dell'esecuzione si asterrà dal procedere alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito.;

- nei casi in cui il debitore consumatore abbia già proposto un'opposizione all'esecuzione *ex art. 615, primo comma, c.p.c.* - dunque, prima dell'inizio dell'esecuzione, a seguito della notificazione del precetto - intendendo elidere il titolo esecutivo costituito dal decreto ingiuntivo divenuto irrevocabile proprio a motivo dell'abusività delle clausole contrattuali incidenti sul riconoscimento del credito del professionista, il giudice adito riqualificherà l'opposizione come opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.* e rimetterà la decisione al giudice di questa, fissando un termine non inferiore a 40 giorni per la riassunzione (in applicazione dell'art. 50 c.p.c., in forza di interpretazione adeguatrice);

- se, poi, sia, allo stato, già in corso un'opposizione esecutiva ed emerga un problema di abusività delle clausole del contratto concluso tra consumatore e professionista, il giudice dell'opposizione rileverà d'ufficio la questione e interpellerà il consumatore se intende avvalersi della nullità di protezione; ove il consumatore voglia avvalersene, il giudice darà al consumatore termine di 40 giorni per proporre l'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.* e, nel frattempo, il giudice dell'esecuzione si asterrà dal disporre la vendita o l'assegnazione del bene o del credito;

- il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, una volta investito, avrà il potere, *ex art. 649 c.p.c.* (quale disposizione richiamata dal secondo comma dell'art. 650 c.p.c.), di sospendere l'esecutorietà del decreto ingiuntivo in modo totale o parziale, a seconda degli effetti che potrebbe comportare l'accertamento sulla abusività clausola che viene in rilievo¹⁹⁸; il giudizio di opposizione procederà, quindi, secondo il codice di rito.

Come si evince chiaramente dalle illustrate scansioni processuali, la soluzione dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, per poter operare nei termini indicati dalle Sezioni Unite, presuppone taluni adeguamenti del diritto processuale interno, che – ad avviso del giudice di legittimità - si rendono possibili attraverso gli strumenti dell'interpretazione conforme e della disapplicazione.

In primo luogo, secondo i giudici di legittimità, attraverso un'interpretazione conforme del primo comma dell'art. 650 c.p.c., si può ritenere che l'assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in punto di valutazione della vessatorietà delle clausole e il mancato avvertimento

¹⁹⁸ Sicché, in via meramente esemplificativa, se si tratta di clausola derogatoria del foro del consumatore la sospensione sarà totale; se, invece, si discute unicamente di una clausola determinativa di interessi moratori eccessivi, la sospensione ben può essere parziale, mantenendo intatta l'esecutorietà del titolo per la sorte capitale, rispetto alla quale proseguirà l'esecuzione forzata già intrapresa dal creditore professionista.

circa la possibilità di far valere detta abusività solo entro un certo termine configurino un'ipotesi riconducibile alla previsione normativa del “caso fortuito o forza maggiore”, la quale dà facoltà al debitore consumatore, sebbene destinatario della notificazione del decreto ingiuntivo, di fare opposizione tardiva pur avendo avuto conoscenza del decreto ingiuntivo della cui rituale notificazione è stato destinatario¹⁹⁹.

Operazione ermeneutica che non è inibita dall'enunciato legislativo ed è sorretta dalle ragioni di effettività della tutela del consumatore per la sua strutturale posizione di debolezza dovuta – non solo, ma in modo significativo – per un deficit informativo superabile solo grazie ad un intervento esterno: quello del rilievo officioso del giudice.

In tale specifica prospettiva, quindi, le indicate carenze formali del decreto monitorio vengono a configurare per il consumatore, privo della necessaria informazione per esercitare con piena consapevolezza i propri diritti, una causa non imputabile impeditiva della proposizione tempestiva dell'opposizione sul profilo della abusività delle clausole contrattuali e, dunque, il requisito richiesto dall'art. 650 c.p.c. per accedere all'opposizione tardiva.

E' una lettura che, nel conformare al diritto dell'Unione la disposizione di legge nazionale che contempla le anzidette clausole generali, non decampa, tuttavia, dalla portata prescrittiva ascrivibile plausibilmente allo stesso primo comma dell'art. 650 c.p.c., poiché il “caso fortuito” o la “forza maggiore” ivi previsti sono stati assunti dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 120 del 1976 proprio nel significato di “causa ... non imputabile” o di “circostanze non dipendenti dalla ... volontà” impeditive dell'esercizio del diritto di azione e difesa in giudizio in contrapposizione ad una condotta (quella, per l'appunto, di far “decorrere inutilmente il termine per proporre opposizione”) posta in essere “volontariamente o colposamente”²⁰⁰.

In secondo luogo, l'ulteriore adeguamento del diritto processuale interno necessario riguarda il termine entro il quale proporre l'opposizione tardiva, poiché l'ultimo comma dell'art. 650 c.p.c., nello stabilire che l'“opposizione non è più ammessa decorsi dieci giorni dal primo atto di esecuzione”, reca una disposizione che, diversamente da quella del primo comma della stessa norma, non consente - secondo i criteri ermeneutici utilizzabili anche per dare ingresso ad una lettura conforme al diritto sovranazionale - un'interpretazione che si possa discostare dal tenore dell'enunciato che definisce strettamente il perimetro nel quale è possibile proporre l'opposizione, tale da pregiudicarne la facoltà di esercizio in ogni diversa ipotesi.

¹⁹⁹ E ciò secondo l'addizione alla disposizione originaria resa dalla sentenza n. 120 del 1976 della Corte costituzionale.

²⁰⁰ Secondo la Cassazione la causa non imputabile deve essere intesa come “forza esterna ostativa” e “fatto di carattere oggettivo avulso dall'umana volontà”: tra le altre, Cass., 20 novembre 1996, n. 10170 e Cass., 4 luglio 2019, n. 17922),

A tal fine, evidenzia la Cassazione, è necessario procedere alla disapplicazione dell'ultimo comma dell'art. 650 c.p.c. e rinvenire il termine di 40 giorni dall'art. 641 c.p.c., ossia un termine che è pur sempre tratto dall'interno della disciplina dettata per l'opposizione a decreto ingiuntivo e della cui rispondenza al criterio di effettività non è dato dubitare.

Per corroborare la propria scelta ermeneutica e illustrare, sul piano della tutela effettiva del consumatore, perché il rimedio dell'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo *ex art. 650 c.p.c.* sia quella preferibile, le Sezioni Unite evidenziano:

- l'opposizione *ex art. 650 c.p.c.* è rimedio idoneo a garantire la massima tutela del consumatore anzitutto perché è esperibile non solo dopo, ma anche anteriormente all'inizio dell'esecuzione e, segnatamente, pure in momento antecedente alla stessa notificazione del precetto, così da evitare al consumatore di trovarsi nell'eventualità - non remota - di subire l'esecuzione e, quindi, il vincolo del pignoramento sui propri beni, ancor prima di poter dare ingresso ad un controllo sulla vessatorietà delle clausole del contratto fonte del credito ingiunto.

- inoltre, assume una valenza pregnante il potere del giudice dell'opposizione tardiva di sospendere l'esecutorietà del titolo giudiziale (art. 649 e 650, secondo comma, c.p.c.), che concreta l'ipotesi di sospensione di cui all'art. 623 c.p.c. (sospensione che ha effetti favorevoli anche rispetto alla comunque pregiudizievole iscrizione di ipoteca *ex art. 655 c.p.c.*)²⁰¹, così da evitare al debitore consumatore di dover ottenere la sospensione di ciascuna procedura esecutiva nella quale il creditore professionista (in forza di una facoltà che può ben esercitare: tra le altre, Cass, 18 settembre 2008, n. 23847) lo coinvolga sulla base del medesimo titolo esecutivo costituito dal decreto ingiuntivo non opposto. In tal modo, per il consumatore esecutato verrebbe meno anche il rischio che il bene sia venduto o il credito assegnato da uno (o più) dei GG.EE. aditi che rigettino l'istanza di sospensione della procedura, con la conseguenza che al consumatore stesso rimarrebbe, semmai, la possibilità di attivare rimedi non altrettanto effettivi, come quello risarcitorio;

- ed ancora, l'opposizione *ex art. 650 c.p.c.* è attivabile entro uno *spatium deliberandi* di 40 giorni e, dunque, entro un termine certo, ciò che, invece, non sarebbe possibile per l'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*, alla quale, in mancanza di un termine per la sua proposizione, si potrebbe fare ricorso durante tutto lo svolgimento della fase di liquidazione giudiziale e fino alla apertura della fase distributiva; analogo rilievo, ossia l'assenza di un termine per la proposizione, vale a maggior ragione per il rimedio dell'*actio nullitatis*.

- l'opposizione tardiva consente al debitore consumatore di recuperare la tutela, piena ed effettiva, di cui non ha potuto usufruire e permette al giudice di svolgere, in una sede di

²⁰¹ Cfr. Cass., 16/01/2006, n. 709 e Cass., 22/12/2022, n. 37558.

cognizione piena e nel pieno rispetto del principio del contraddittorio, quella delibazione integrale non effettuata in precedenza, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo, totale o parziale, sia quando la nullità riguardi una clausola che inficia solo il *quantum debeatur*, sia quando essa incida integralmente sull'*an debeatur*, sempre che a tale declaratoria il consumatore non si opponga, giacché trattasi comunque di nullità relativa e “a vantaggio”²⁰²;

- è proprio quel principio del pieno contraddittorio, quale nucleo essenziale della tutela giurisdizionale, che non potrebbe trovare adeguata garanzia dinanzi ad un giudice dell'esecuzione al quale venga affidato anche l'accertamento e la declaratoria di abusività delle clausole contrattuali, poiché il rito è essenzialmente deformalizzato e i poteri cognitivi ad esso attribuiti, sebbene arricchiti dalle più recenti riforme legislative rispetto all'assetto originario, sono pur sempre funzionali allo svolgimento della procedura esecutiva;

- del resto, in questa stessa prospettiva, il rilievo officioso del giudice dell'esecuzione avrebbe un valore soltanto endoprocedimentale e anche l'eventuale ordinanza di chiusura della procedura in caso di accertata abusività della clausola non potrebbe essere idonea alla formazione di un giudicato, per cui il consumatore sarebbe ancora esposto al rischio di nuove procedure esecutive, anche sullo stesso bene, senza poter far valere la precedente decisione a lui favorevole;

- peraltro, anche in caso di sentenza emessa all'esito di opposizione ex art. 617 c.p.c., essendo un tale provvedimento ricorribile soltanto per cassazione, il debitore consumatore non avrebbe a disposizione un grado di giudizio per far valere le proprie ragioni e, pertanto, sebbene il rimedio del “doppio grado” non sia necessario presidio di effettività della tutela anche alla luce dell'art. 47 CDFUE²⁰³ e neppure oggetto, di per sé, di copertura costituzionale²⁰⁴, si verrebbe, comunque, a determinare un vulnus del criterio, eurounitario, di equivalenza, poiché l'ordinamento interno disciplina rimedi – e ciò anche in riferimento all'opposizione ex art. 650 c.p.c. - che di quel doppio grado di giudizio fanno beneficiare;

- sebbene nel caso in cui il rilievo officioso riguardi la clausola abusiva di deroga del foro del consumatore, l'opposizione tardiva imporrebbe a quest'ultimo di difendersi in giudizio in una sede diversa da quella del suo domicilio, l'opposizione ex art. 650 c.p.c. è comunque rimedio che, per le già evidenziate caratteristiche, è tale da prevalere, tra varie opzioni possibili, in un bilanciamento il quale ha come obiettivo il più ampio livello di tutela effettiva del consumatore, là dove, del resto, neppure le prospettate soluzioni endoesecutive potrebbero, sempre e comunque, ovviare all'anzidetta situazione, che avrebbe modo di proporsi in forza di

²⁰² Cfr. Cass., S.U., 04/11/2019, n. 28314; analogamente, Cass., S.U., n. 26242 e n. 26243 del 2014.

²⁰³ Tra le altre, v. C. giust., sentenza 26/09/2018, in C-180/17.

²⁰⁴ V. Corte cost., ord. n. 190 del 2013.

quanto dettato, in materia di competenza territoriale, dagli artt. 26 e 27 c.p.c. per l'espropriazione forzata di bene immobile e per l'espropriazione presso terzi, allorquando, rispettivamente, il bene e il terzo pignorato non si trovino nel domicilio del debitore;

- né può dirsi che l'opposizione *ex art. 650 c.p.c.* sia rimedio non aderente ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (anche con le quattro sentenze del 17 maggio 2022), adducendo che esso, pur garantendo il necessario controllo officioso sul carattere abusivo delle clausole contrattuali ad opera del giudice dell'esecuzione, demanda, però, ad una sede giudiziale distinta la declaratoria di nullità di esse, giacché il giudice europeo "non impone di tenere insieme, nella stessa sede processuale esecutiva, il rilievo d'ufficio e la dichiarazione di abusività delle clausole contrattuali, con i relativi effetti sull'azione monitoria intrapresa dal professionista".

Su quest'ultimo profilo, le Sezioni Unite si soffermano, per statuire:

- come in precedenza evidenziato, nella materia disciplinata dalla direttiva n. 93/13/CEE rimane intatto il principio di autonomia procedurale se gli istituti di diritto nazionale assicurino l'effettività della tutela del consumatore;

- con la sentenza "SPV/Banco di Desio", nonostante che il quesito interpretativo avesse di mira (cfr. § 24 della sentenza, dove si auspica che il giudice dell'esecuzione possa "superare gli effetti del giudicato implicito") anche una soluzione di una concentrazione dei poteri (di rilevazione e dichiarazione) nel giudice dell'esecuzione, la Corte di Lussemburgo si è arrestata al potere di rilievo - di "valutazione", di "controllo" -, senza affermare che lo stesso giudice debba, altresì, accertare e dichiarare l'abusività della clausola;

- nella sentenza *Impuls Leasing Romania* (del 17 maggio 2022, in C-725/19: cfr. §§ 51-58) la contrarietà della normativa processuale nazionale alla direttiva n. 93/13/CEE è stata valutata in ragione del fatto che, in assenza del rilievo officioso dell'abusività della clausola contrattuale ad opera del giudice dell'esecuzione, la declaratoria di nullità della stessa rimessa successivamente ad altro giudice di merito non consente di garantire al consumatore tutela effettiva (tale non essendo quella soltanto risarcitoria a posteriori) in quanto quest'ultimo giudice ha il potere di sospendere il procedimento di esecuzione, ma soltanto "su cauzione calcolata sulla base del valore dell'oggetto del ricorso". Un elemento, quest'ultimo, che, dunque, è risultato decisivo per la delibazione sulla mancanza di una tutela effettiva, poiché tale da scoraggiare il consumatore stesso dall'adire quel giudice di merito; elemento che, però, nel nostro caso, non sussiste, giacché la sospensione *ex art. 649 c.p.c.* non è condizionata da alcuna cauzione;

- sul piano che intercetta il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, l'opposizione tardiva si lascia preferire perché è rimedio che l'ordinamento stesso appresta

contro il giudicato²⁰⁵ e, quindi, consente di mantenere ferma la configurazione del decreto ingiuntivo non opposto quale provvedimento idoneo a passare in giudicato formale e a produrre effetti di giudicato sostanziale; inoltre, in quanto rimedio di sistema contro il giudicato, tale soluzione permette, anche nel limitato campo del decreto ingiuntivo non opposto in materia consumeristica, di fare salvo il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile;

- l'opposizione *ex art. 650 c.p.c.* si presenta come risposta coerente rispetto ai dicta della Corte di Lussemburgo, giacché è idonea a rimettere in discussione il risultato di condanna conseguito dal creditore con il decreto ingiuntivo non opposto, proprio in ragione del carattere abusivo della clausola del contratto fonte del diritto azionato in via monitoria, così da poter determinare la caducazione di quel decreto ovvero la riduzione del suo importo quale conseguenza della dichiarazione della natura abusiva di una o più clausole, con sentenza suscettibile di passare in giudicato formale e con attitudine al giudicato sostanziale;

- tale soluzione consente di non derogare alla regola²⁰⁶ secondo cui in sede di opposizione all'esecuzione, ove alla base dell'opposizione sia posto un titolo esecutivo giudiziale, non possono farsi valere fatti impeditivi anteriori alla formazione del titolo, così da non mettere in discussione la natura di titolo esecutivo giudiziale del decreto ingiuntivo non opposto;

- l'individuazione di una tipica sede di cognizione permette di circoscrivere nei limiti consentiti dal diritto dell'Unione la deroga alla distinzione, propria della tradizione del nostro ordinamento processuale, tra il piano della cognizione e quello dell'esecuzione, rimane tuttora espressione il fatto che i poteri cognitivi riconosciuti dal codice di rito al giudice dell'esecuzione siano, comunque, funzionali all'espletamento dell'esecuzione stessa;

- non essendo la soluzione della revocazione *ex art. 395 c.p.c.* (disposizione richiamata dall'art. 656 c.p.c. in materia di decreto d'ingiunzione) praticabile in via interpretativa, per essere riservato al legislatore il potere di ampliare il catalogo delle ipotesi (numeri da 1 a 5) ad ulteriori casi che ne consentano l'attivazione²⁰⁷, l'opposizione tardiva si fa preferire anche alla soluzione, pur pertinente alla sede della cognizione piena, della c.d. "*actio nullitatis*"²⁰⁸; ed invero, l'*actio nullitatis* non solo è priva di un termine per la sua proposizione, ma impone, per ottenere il necessario risultato della sospensione dell'esecutorietà del titolo giudiziale, di attivare il percorso, non così agevole e diretto (soprattutto ad esecuzione non iniziata), dello strumento cautelare disciplinato dall'art. 700 c.p.c., il quale, comunque, contempla anche la

²⁰⁵ Cfr. Cass., S.U., 16/11/1998, n. 11549; Cass., 06/10/2005, n. 19429; Cass., 24/03/2021, n. 8299.

²⁰⁶ Tra le tante, v. Cass., 18/02/2015, n. 3277 e Cass., 14/02/2020, n. 3716.

²⁰⁷ Cfr. Corte cost., n. 123 del 2017; Cass., 27/10/2015, n. 21912; cfr. anche la recente introduzione dell'art. 391-quater c.p.c., ad opera del d.lgs. n. 149 del 2022, dell'ipotesi di revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

²⁰⁸ Questa opzione era stata auspicata dinanzi alle Sezioni Unite dallo stesso pubblico ministero nelle sue conclusioni scritte.

possibilità di disporre una cauzione, che la Corte di Lussemburgo intende come fattore idoneo ad ostacolare il pieno dispiegamento della tutela del consumatore; l'*actio nullitatis* integra uno strumento di creazione pretoria - peraltro legato a presupposti (la cd. inesistenza giuridica o la nullità radicale di un provvedimento decisorio dal contenuto abnorme)²⁰⁹, non riscontrabili nella fattispecie - il quale, nel collocarsi al di fuori del sistema della disciplina processuale dettata dall'ordinamento interno, si atteggia, come tale, "a risposta che tradisce, nelle pieghe, il suo ergersi ad "*extrema ratio*" e, dunque, di non essere in grado, sino in fondo, di mettersi in sintonia con quel contesto, richiamato più volte in precedenza, di complementarietà funzionale tra ordinamenti, nel quale deve svolgersi l'opera, cruciale, affidata al giudice nazionale/giudice comune europeo"²¹⁰.

3.5.1.2. LE SINGOLE FASI IN CUI ARTICOLA LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEL PROCEDIMENTO MONITORIO SECONDO L'INDIRIZZO NOMOFILATTICO DELLE SEZIONI UNITE

Dopo l'intervento delle Sezioni Unite, la tutela del consumatore, ai sensi degli artt. 6 e 7 della direttiva n. 93/13/CEE, nei procedimenti monitori si può così schematizzare:

I) Fase monitoria

Il giudice del monitorio:

a) deve svolgere, d'ufficio, il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore in relazione all'oggetto della controversia;

b) a tal fine procede in base agli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, ai sensi dell'art. 640 c.p.c., con il potere istruttorio d'ufficio, da esercitarsi in armonia con la struttura e funzione del procedimento d'ingiunzione:

b.1.) potrà, quindi, chiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire gli eventuali chiarimenti necessari anche in ordine alla qualifica di consumatore del debitore;

b.2) ove l'accertamento si presenti complesso, non potendo egli far ricorso ad un'istruttoria eccedente la funzione e la finalità del procedimento (ad es. disporre c.t.u.), dovrà rigettare l'istanza d'ingiunzione;

c) all'esito del controllo:

c.1) se rileva l'abusività della clausola, ne trarrà le conseguenze in ordine al rigetto o all'accoglimento parziale del ricorso;

²⁰⁹ Tra le altre, Cass., 15/04/2021, n. 9910 e Cass., 07/02/2022, n. 3810.

²¹⁰ Così, Cass. S.U. n. 9479 del 2023, sub 9.2.

c.2) se, invece, il controllo sull'abusività delle clausole incidenti sul credito azionato in via monitoria desse esito negativo, pronuncerà decreto motivato, ai sensi dell'art. 641 c.p.c., anche in relazione alla anzidetta effettuata deliberazione;

c.3) il decreto ingiuntivo conterrà l'avvertimento indicato dall'art. 641 c.p.c., nonché l'espresso avvertimento che in mancanza di opposizione il debitore-consumatore non potrà più far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto e il decreto non opposto diventerà irrevocabile.

II) Fase esecutiva

Il giudice dell'esecuzione:

a) in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, ha il dovere – da esercitarsi sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito - di controllare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza e/o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo;

b) ove tale controllo non sia possibile in base agli elementi di diritto e fatto già in atti, dovrà provvedere, nelle forme proprie del processo esecutivo, ad una sommaria istruttoria funzionale a tal fine;

c) dell'esito di tale controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole – sia positivo, che negativo - informerà le parti e avviserà il debitore esecutato che entro 40 giorni può proporre opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c. per fare accertare (solo ed esclusivamente) l'eventuale abusività delle clausole, con effetti sull'emesso decreto ingiuntivo;

d) fino alle determinazioni del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 649 c.p.c., non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito;

e) se il debitore ha proposto opposizione all'esecuzione *ex art. 615*, primo comma, c.p.c., al fine di far valere l'abusività delle clausole del contratto fonte del credito ingiunto, il giudice adito la riqualificherà in termini di opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.* e rimetterà la decisione al giudice di questa (*c.d. translatio iudicii*);

f) se il debitore ha proposto un'opposizione esecutiva per far valere l'abusività di una clausola, il giudice darà termine di 40 giorni per proporre l'opposizione tardiva - se del caso rilevando l'abusività di altra clausola – e non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito sino alle determinazioni del giudice dell'opposizione tardiva sull'istanza *ex art. 649 c.p.c.* del debitore consumatore.

III) Fase di cognizione

Il giudice dell'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.*:

a) una volta investito dell'opposizione (solo ed esclusivamente sul profilo di abusività delle clausole contrattuali), avrà il potere di sospendere, *ex art. 649 c.p.c.*, l'esecutorietà del

decreto ingiuntivo, in tutto o in parte, a seconda degli effetti che l'accertamento sull'abusività delle clausole potrebbe comportare sul titolo giudiziale;

b) procederà, quindi, secondo le forme di rito.

3.6 TUTELA DEL CONSUMATORE E INTEGRITA' DELL'ORDINAMENTO PROCESSUALE NAZIONALE: LE RADICI DI UNA DIFFICILE (MA NECESSARIA) ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE

La vicenda del controllo giudiziale officioso sulle clausole vessatorie nei contratti con un consumatore nei procedimenti monitori di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., caratterizzati nel diritto processuale interno da un modello bifasico - in cui ad una prima fase senza contraddittorio conclusa con il decreto ingiuntivo o con il rigetto della istanza del creditore, segue, eventualmente, la seconda fase a contraddittorio pieno, e differito, avviata dall'opposizione tempestiva del debitore cui segue un ordinario processo di cognizione dinanzi al giudice civile – è stata il principale banco di prova per testare la idoneità degli istituti processualcivilistici nazionali a garantire quegli obiettivi di massima protezione del consumatore e di uniformazione del diritto contrattuale dei consumi perseguiti dalle istituzioni europee con la direttiva n. 93/13/CEE.

Ne è scaturito, come ampiamente in precedenza evidenziato, un dialogo molto serrato tra corti nazionali e Corte di Lussemburgo, in cui le decisioni, già sopra illustrate, della Corte di giustizia – Grande sezione del 17 maggio 2022²¹¹ (rese, in parte, su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano) e delle Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479 (pronuncia recante enunciazione di principi di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 362 c.p.c.), hanno contribuito a disegnare la cornice normativa pertinente di riferimento, senza, però, riuscire, ad oggi, a sciogliere tutti i dubbi e gli interrogativi preesistenti.

Tali difficoltà sono note agli studiosi del diritto privato europeo.

Come precisato a più riprese dalla Corte di giustizia UE, il legislatore europeo garantisce il principio di autonomia processuale dei singoli Stati membri, discendente dal fatto che il diritto europeo non armonizza le discipline processuali nazionali, purché tali discipline non siano meno favorevoli di quelle che regolano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (c.d. principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (c.d. principio di effettività).

²¹¹ Sono le quattro sentenze rese nelle cause C-693/19 e C-831/19, *Banco Desio e SPV Project 1503 s.r.l.*, C-600/19, *Ibercaja Banco*; C725/19, *Impuls – Leasing Romania*; C-869/19, *Unicaja Banco*.

In sintesi, il legislatore europeo normalmente si cura di dettare la norma sostanziale innovativa, imponendone la traslazione nella legislazione interna dei Paesi membri secondo il modello di integrazione tipico della direttiva, ma non attinge direttamente gli istituti e i modelli di tutela tradizionali del diritto processuale nazionale, lasciando ai singoli ordinamenti di adeguare, in caso di effettivo bisogno e a condizione che ciò sia necessario per la effettiva armonizzazione dei settori normativi di intervento, specifici riti o tecniche di tutela processuale.

La regola, con gli occhi del Giudice di Lussemburgo, è che sia garantita l'autonomia dei singoli sistemi processuali nazionali, i quali, di regola, non devono essere incisi dalla fonte sovranazionale, con l'unica eccezione della violazione dei principi di equivalenza ed effettività. Soltanto in caso di violazione di detti principi, l'autonomia dei sistemi processuali deve cedere il passo all'introduzione di forme innovative ed efficaci di tutela secondo standard imposti dal legislatore sovranazionale.

La necessità di salvaguardare, ove possibile, la integrità degli ordinamenti processuali nazionali, sovente impegna la Corte di giustizia in faticose opere d'interpretazione e di adeguamento dei sistemi interni, nel tentativo di fare quadrare il cerchio: garantire il raggiungimento degli obiettivi di uniformazione del diritto dei consumi, i quali non possono prescindere dalla massima protezione del soggetto debole del rapporto contrattuale, senza stravolgere, innovandoli radicalmente, i modelli processuali già radicati nei codici di rito nazionali, alla cui applicazione i giudici nazionali - chiamati a svolgere, nel momento in cui applicano il diritto sostanziale di matrice sovranazionale, il ruolo anche di giudici europei - sono, per storia e tradizione giuridica, abituati.

Di queste difficoltà rende primaria testimonianza la vicenda del controllo di vessatorietà da parte del giudice italiano delle clausole inserite nei contratti con i consumatori in spregio dei canoni di cui alla direttiva n. 93/13/CEE allorché il professionista abbia ottenuto, sulla base del contratto contenente dette clausole, un decreto ingiuntivo divenuto irrevocabile per mancata tempestiva opposizione del consumatore. Quivi, la formazione del giudicato sul provvedimento monitorio non opposto dal consumatore, secondo una sedimentata e indiscussa giurisprudenza della Corte di Cassazione, sembrava impedire definitivamente un controllo giudiziale di vessatorietà postumo, perché compiuto non solo dopo la irrevocabilità del decreto ingiuntivo, ma in evidente violazione del principio, anch'esso sedimentato sia nella giurisprudenza nazionale, sia in quella della Corte di Lussemburgo, di intangibilità della cosa giudicata.

Proprio per verificare la tenuta di questi principi consolidati alla prova del diritto sovranazionale scolpito nella direttiva n. 93/13/CEE, il Tribunale di Milano – nel rimettere alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale che ha innescato il significativo riassetto del sistema nazionale di tutela del consumatore nei procedimenti monitori e, più in generale, nei

procedimenti di esecuzione forzata - nel formulare il quesito se gli art. 6 e 7 della direttiva n. 93/13/CEE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ostino al nostro ordinamento nazionale, ha infatti posto come dato certo e non discusso nel nostro sistema interno che il decreto ingiuntivo, quand'anche non opposto, produca il «giudicato implicito» sul c.d. antecedente logico necessario, vale a dire sulla non vessatorietà delle clausole del contratto da cui origina il diritto di credito per il quale il giudice emette il provvedimento monitorio, benché il giudice non abbia svolto al riguardo alcuna verifica concreta e, conseguentemente, non abbia dato conto di ciò nella motivazione del provvedimento giudiziale.

Di fronte a tale ricostruzione del nostro sistema la risposta della Corte di giustizia è stata netta: l'art. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, della direttiva n. 93/13/CEE devono essere interpretati nel senso che «ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa - per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità - successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come "consumatore" ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo».

Sebbene la Corte sovranazionale si sia premurata di salvaguardare, almeno nella forma, il principio di intangibilità del giudicato, qualificato principio fondamentale posto a presidio della certezza dei rapporti giuridici interpretati, alla luce dei noti canoni di effettività e non discriminazione, le quattro sentenze del 2022 hanno innescato un ampio dibattito e una scia di discussioni sia tra i sostanzialisti, sia tra i processualcivili, che neppure la monumentale sentenza delle Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479 è riuscita a tacitare. Ne sono riprova sia le questioni pregiudiziali rimesse da giudici nazionali ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E. dopo la pronuncia delle Sezioni Unite su tematiche connesse a quelle già decise dal Giudice sovranazionale su cui ci soffermerà nel prosieguo, sia le numerose lacune della disciplina consumeristica riconducibile al controllo giudiziale di vessatorietà di cui alla direttiva n. 93/13/CEE che la Cassazione non è riuscita ancora a colmare.

L'esame approfondito svolto nel testo della decisione delle Sezioni Unite ha evidenziato come il giudice di legittimità, nell'enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c., pur esplicitando l'obiettivo di «operare, con convinzione, la necessaria saldatura tra ordinamenti, sovranazionale e interno, che è la cifra, anche culturale, attraverso la quale rendere concretamente operante il principio di effettività», ha agito in una evidente ottica di salvaguardia degli istituti processuali di diritto interno e degli approdi giurisprudenziali già da

tempo consolidati nella giurisprudenza nazionale. Può dirsi, senza rischio di smentita, che la Corte di legittimità ha inteso innovare il sistema di tutela come applicato dai giudici nazionali di merito, senza stravolgere istituti e tecniche processuali: in sintesi, procedendo in una logica chiaramente conservativa, la Cassazione ha tentato di attuare il *decisum* della Corte di Lussemburgo di cui alla quattro sentenze del 2022, limitando al massimo l'uso dello strumento della disapplicazione di norme e istituti processuali per contrasto con il diritto sovranazionale e incanalando l'obbligo giudiziale di accertamento della vessatorietà delle clausole vessatorie di cui alla direttiva n. 93/13/CEE sui binari tradizionali dell'opposizione tardiva di cui all'art. 650 c.p.c., per tale via autorizzando una sostanziale, sebbene non formale, deroga al principio di intangibilità del giudicato.

Basti rammentare che, secondo i giudici di legittimità, attraverso un'interpretazione conforme del primo comma dell'art. 650 c.p.c., si può giungere alla conclusione che l'assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in punto di valutazione della vessatorietà delle clausole e il mancato avvertimento circa la possibilità di far valere detta abusività solo entro un certo termine configurino un'ipotesi riconducibile alla previsione normativa del "*caso fortuito o forza maggiore*", la quale dà facoltà al debitore consumatore, sebbene destinatario della notificazione del decreto ingiuntivo, di fare opposizione tardiva pur avendo avuto conoscenza del decreto ingiuntivo della cui rituale notificazione è stato destinatario.

Operazione ermeneutica che non sarebbe inibita dall'enunciato legislativo ed è sorretta dalle ragioni di effettività della tutela del consumatore per la sua strutturale posizione di debolezza dovuta - non solo, ma in modo significativo - per un deficit informativo superabile solo grazie ad un intervento esterno: quello del rilievo officioso del giudice. In tale specifica prospettiva, quindi, le indicate carenze formali del decreto monitorio vengono a configurare per il consumatore, privo della necessaria informazione per esercitare con piena consapevolezza i propri diritti, una causa non imputabile impeditiva della proposizione tempestiva dell'opposizione sul profilo della abusività delle clausole contrattuali e, dunque, il requisito richiesto dall'art. 650 c.p.c. per accedere all'opposizione tardiva.

Ma una volta raggiunta tale conclusione - a riprova della obiettiva difficoltà di una opera di interpretazione che dia attuazione ai principi enunciati dalla Corte di giustizia senza innovare radicalmente il codice di rito - le Sezioni si sono imbattute nella previsione dell'ultimo comma dell'art. 650 c.p.c., secondo cui l' "opposizione non è più ammessa decorsi dieci giorni dal primo atto di esecuzione": disposizione che, diversamente da quella del primo comma del medesimo articolo, non consentirebbe al consumatore di utilizzare lo strumento dell'opposizione tardiva in tutti i casi in cui, compiuto il primo atto di esecuzione, è ormai decorso il brevissimo termine di dieci giorni, così da pregiudicare la piena ed effettiva

applicazione di quel controllo giudiziale tardivo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali imposto dal Giudice di Lussemburgo.

Di fronte a questo ostacolo, la Cassazione prende atto della necessità di procedere alla disapplicazione dell'ultimo comma dell'art. 650 c.p.c. e di rinvenire nell'art. 641 c.p.c. il termine di 40 giorni per proporre opposizione, ossia un termine che "è pur sempre tratto dall'interno della disciplina dettata per l'opposizione a decreto ingiuntivo e della cui rispondenza al criterio di effettività non è dato dubitare".

La scelta dell'opposizione tardiva, per le Sezioni Unite è quella che maggiormente garantisce piena attuazione ai principi enunciati dalla Corte di giustizia, in quanto:

- è rimedio idoneo a garantire la massima tutela del consumatore perché è esperibile non solo dopo, ma anche anteriormente all'inizio dell'esecuzione e, segnatamente, pure in momento antecedente alla stessa notificazione del precetto, così da evitare al consumatore di trovarsi nell'eventualità – non remota - di subire l'esecuzione e, quindi, il vincolo del pignoramento sui propri beni, ancor prima di poter dare ingresso ad un controllo sulla vessatorietà delle clausole del contratto fonte del credito ingiunto;

- assume una valenza pregnante, a favore del consumatore, il potere del giudice dell'opposizione tardiva di sospendere l'esecutorietà del titolo giudiziale (art. 649 e 650, secondo comma, c.p.c.), che concreta l'ipotesi di sospensione di cui all'art. 623 c.p.c. (sospensione che ha effetti favorevoli anche rispetto alla comunque pregiudizievole iscrizione di ipoteca *ex art. 655 c.p.c.*), così da evitare al debitore consumatore di dover ottenere la sospensione di ciascuna procedura esecutiva nella quale il creditore professionista lo coinvolga sulla base del medesimo titolo esecutivo costituito dal decreto ingiuntivo non opposto.

Per tale via le Sezioni Unite hanno perseguito l'obiettivo di dare corretta e piena attuazione al *dictum* del Giudice sovranazionale, senza ripensare, e rinnegare, integralmente la cornice normativa del procedimento monitorio. E, soprattutto, senza picconare, oltre ogni limite, i confini del principio fondamentale di intangibilità del giudicato. Si può dire che le preoccupazioni manifestate da gran parte della dottrina nazionale all'indomani delle quattro sentenze della Corte di Lussemburgo del 2022, segnatamente in relazione alla tenuta del principio del giudicato, hanno trovato adeguata comprensione da parte del giudice di legittimità, il quale ha agito con animo conservativo, rimodellando, senza stravolgerla, l'intera procedura monitoria.

In questo senso rileva l'obbligo per il giudice del monitorio, e segnatamente della fase inaudita altera parte, di svolgere un'istruttoria documentale sul contratto dal quale è sorto il credito, valorizzando in chiave funzionalistica l'art. 640 c.p.c., al fine di evitare il rischio che si emettano provvedimenti ingiuntivi esecutivi in base a clausole vessatorie e, pertanto, nulle;

l'obbligo per il medesimo giudice di motivare specificamente sul punto; e, laddove all'esito di tale istruttoria sia esclusa la presenza di clausole vessatorie, l'obbligo di munire il decreto ingiuntivo di un ulteriore specifico avvertimento riguardo alla necessità per l'ingiunto di promuovere, nei termini ordinari, opposizione, pena la preclusione di qualsiasi ulteriore possibilità di contestazione anche rispetto alla non vessatorietà delle clausole contrattuali ai sensi della direttiva n. 93/13/CEE.

Qualora, invece, il giudice rilevi la vessatorietà di qualche clausola o, comunque, all'esito dell'istruttoria, nutra dubbi al riguardo ovvero consideri incerta la qualificazione del debitore come consumatore, dovrà rigettare il ricorso, senza pregiudizio alcuno per il creditore: questi potrà riproporre la domanda di condanna nelle forme del giudizio a contraddittorio pieno, nel corso del quale potrà eventualmente chiedere l'emissione di un'ordinanza anticipatoria di condanna o di accoglimento della domanda *ex art. 183-ter c.p.c.*

3.7 L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE SUCCESSIVA: LA NUOVA FRONTIERA DELLA TUTELA DEL CONSUMATORE NEL PROCESSO ESECUTIVO

La giurisprudenza successiva alla sentenza delle Sezioni Unite n. 9479 del 2023 si è gradualmente adeguata agli innovativi principi enunciati nel nome della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c.

In primo luogo, si è ormai consolidato l'indirizzo che il giudice dell'esecuzione, a fronte di un decreto ingiuntivo emesso ai danni di un consumatore e da questi non opposto nei termini di legge, qualora nel decreto non vi sia una specifica motivazione "sul compiuto esame d'ufficio da parte del giudice che lo ha emesso in ordine all'assenza di clausole abusive nel contratto concluso posto alla base del ricorso monitorio", deve avvisare il consumatore della facoltà di proporre opposizione tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c. "per far valere esclusivamente l'eventuale abusività delle clausole del contratto concluso con il professionista che incidano sulla esistenza e/o sulla quantificazione del credito oggetto del decreto ingiuntivo azionato" dinanzi all'ufficio giudiziario che ha emesso il decreto ingiuntivo nel termine di 40 giorni decorrente dalla notifica dell'avviso stesso²¹².

In secondo luogo, nei casi di proposizione dell'opposizione tardiva da parte del consumatore per fare valere l'abusività delle clausole contrattuali, qualora dette clausole non

²¹² In tal senso v. Trib. Como 26/03/2025, resa nell'ambito dell'esecuzione attivata su un decreto ingiuntivo, divenuto irrevocabile per mancata opposizione, emesso per un credito che trovava origine in un contratto di fornitura di gas naturale stipulato dal consumatore. Nell'ordinanza il Tribunale, dopo avere dato avviso al consumatore della facoltà di proporre opposizione tardiva, precisa che "ove non eserciti tale facoltà nel termine assegnato, gli sarà preclusa ogni contestazione relativa al credito portato dal decreto ingiuntivo di cui in premessa".

sono state oggetto di rilievo ufficioso da parte del giudice del procedimento monitorio (che nulla ha motivato nel decreto ingiuntivo), si è affermato che il giudice dell'esecuzione è tenuto a sospendere la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto ogni qualvolta il consumatore deduca specifiche doglianze a supporto della dedotta nullità delle clausole, in quanto in tali casi ricorrono i "gravi motivi" richiamati dall'art. 649 c.p.c.²¹³.

In terzo luogo, la giurisprudenza, chiamata a pronunciare su decreti ingiuntivi divenuti irrevocabili, nei quali non compariva alcuna motivazione in ordine alla verifica giudiziale di abusività delle clausole contrattuali (a conferma del mancato rilievo da parte del giudice del monitorio), e per i quali non era stato dato avviso al consumatore, ai sensi dell'art. 641, primo comma, c.p.c. che la mancata opposizione avrebbe fatto decadere l'ingiunto dalla possibilità di far valere l'abusività delle clausole stesse, ha chiarito che il recupero in sede di procedimento esecutivo della tutela giurisdizionale del consumatore subisce un limite insuperabile in caso di avvenuta vendita del bene pignorato o di assegnazione del credito "per comprensibili motivi di tutela della sicurezza degli acquisti effettuati alle aste giudiziarie"²¹⁴.

Non sono comunque mancate pronunce che – in relazione al giudizio di opposizione c.d. ordinaria a decreto ingiuntivo nel quale il consumatore aveva eccepito la nullità delle clausole contrattuali inserite dal professionista – hanno giudicato "inconferente nella presente sede il richiamo che l'opponente ha effettuato in corso di causa ai principi sanciti da Cass. S.U. n. 9479 del 2023, in quanto trattasi di giurisprudenza relativa ai controlli officiosi dovuti dal giudice, anche dell'esecuzione, in ipotesi di mancata opposizione a decreto ingiuntivo perciò divenuto definitivo. Ipotesi, con ogni evidenza, diversa dalla presente, in cui si esamina l'opposizione a decreto ingiuntivo tempestivamente promossa dall'ingiunto"²¹⁵.

Altre pronunce hanno seguito interpretazioni più restrittive.

²¹³ Così, Trib. Bologna 23/10/2024, n. 2407.

²¹⁴ Così, Cass. 20/06/2024, n. 17055, secondo cui "L'esito della intangibilità del trasferimento coattivo immobiliare già avvenuto, prima che fosse proposta l'opposizione, è coerente con il sistema codicistico, cristallizzato dall'art. 2929 cod. civ., che rende inopponibili all'aggiudicatario i vizi del processo esecutivo che non siano stati fatti valere nel corso di esso con il rimedio specifico apprestato dall'ordinamento dell'opposizione agli atti esecutivi. In particolare, le nullità del processo esecutivo che hanno preceduto la vendita o l'assegnazione non hanno effetto nei confronti dell'aggiudicatario e le nullità del processo esecutivo precedenti l'ordinanza di vendita non sono opponibili all'acquirente o all'aggiudicatario la cui posizione è svincolata dalla validità degli atti del procedimento di vendita, dei quali non è stato in alcun modo parte, come affermato dalla giurisprudenza nomofilattica di questa Corte (Sez. Un. n. 21110 del 28/11/2012 Rv 624256 -01)".

²¹⁵ Così, Trib. Ancona 03/05/2025, n. 795. La medesima pronuncia, in punto di verifica della vessatorietà delle clausole, precisa: "Venendo alla vessatorietà eccepita dal R. ai sensi del Codice del consumo, vale osservare che il motivo di opposizione è oltremodo generico, laddove si limita a sostenere che "quasi tutte" le clausole contrattuali sono vessatorie e non esplicita le ragioni di tale vessatorietà, limitandosi a richiamare gli articoli del contratto in cui esse sono pattuite. Del pari generico è il riferimento compiuto alle norme del codice del consumo, la cui violazione non viene esplicitata in relazione al caso concreto con riferimento alle specifiche pattuizioni negoziali oggetto di causa". Per tale via si onera il consumatore, in sede di opposizione ordinaria a decreto ingiuntivo, di formulare motivi specifici di censura avverso le clausole ritenute vessatorie ai sensi del Codice del Consumo.

In una controversia instaurata con opposizione all'esecuzione, lite pendente ex art. 615, secondo comma, c.p.c., il consumatore esecutato destinatario di decreto ingiuntivo divenuto irrevocabile per mancata opposizione, invocando la vessatorietà di clausole inserite nel contratto da cui aveva avuto origine il debito, aveva chiesto la sospensione del titolo esecutivo.

Il giudice dell'esecuzione ha rigettato l'istanza sulla base dei seguenti argomenti²¹⁶:

a) tale scelta veniva giustificata anzitutto sulla base del mancato assolvimento in sede camerale, da parte dell'opponente, di fronte al giudice dell'esecuzione, ex art. 185 disp. att. c.p.c., dell'onere di allegare e poi provare quantomeno la sua qualità di consumatore, ma anche i profili di nullità di un contratto che aveva dato luogo al decreto ingiuntivo non opposto, anch'esso non depositato, in sede esecutiva, dal debitore;

b) richiamando la sentenza delle Sezioni Unite n. 9479 del 2023 - che impone il rilievo officioso della vessatorietà delle clausole contrattuali, per lo scopo non di sospendere l'esecuzione *sic et simpliciter*, quanto piuttosto per avvertire il consumatore circa la possibilità di promuovere opposizione tardiva al decreto ingiuntivo - si è affermato che laddove il debitore si dimostri pienamente a conoscenza di tale facoltà, come nel caso di specie si evince dal ricorso in opposizione, quest'ultimo non avrebbe dovuto utilizzare lo strumento di cui all'art. 615, secondo comma, c.p.c., bensì direttamente l'istituto previsto dall'art. 650 c.p.c., in disposto combinato con l'art. 649 c.p.c. onde richiedere, a quel punto nella sede propria, la sospensione degli effetti del decreto ingiuntivo così opposto e, di risulta, ottenere la corrispondente sospensione del pignoramento mobiliare presso terzi pendente.

3.8 NUOVI DUBBI DI LEGITTIMITÀ COMUNITARIA E QUESTIONI PREGIUDIZIALI PENDENTI DINANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

La decisione delle Sezioni Unite n. 9479 del 2023, nonostante il significativo sforzo del giudice di legittimità di dare completa attuazione nell'ordinamento nazionale ai principi autorevolmente enunciati dalla Corte di Lussemburgo, non ha sopito il dibattito interno in ordine agli strumenti di tutela a disposizione del consumatore a fronte di clausole vessatorie inserite in contratti stipulati con un professionista.

In particolare, per una parte della giurisprudenza di merito, le Sezioni Unite avrebbero lasciato una lacuna in relazione alla rilevabilità d'ufficio, in sede esecutiva, della violazione della normativa consumeristica, quando il decreto ingiuntivo sia stato opposto per ragioni che esulano dalla vessatorietà delle clausole del contratto e il giudizio di opposizione sia stato

²¹⁶ Cfr. Trib. Larino, ord., 20/12/2023, in *Riv. Es. Forzata*, 2024, 376, con nota di Andreani.

definito con sentenza passata in giudicato (che investa, implicitamente, la mancata vessatorietà di una clausola contrattuale).

Pronunciando sull'opposizione agli atti esecutivi proposta ex art. 617 c.p.c. da un consumatore destinatario di un decreto ingiuntivo emesso per scoperto di conto corrente garantito da fideiussione, allorquando il decreto ingiuntivo era stato tempestivamente opposto per motivi diversi dalla vessatorietà delle clausole del contratto di fideiussione, ma l'opposizione era stata respinta con sentenza passata in giudicato, il Tribunale di Brindisi²¹⁷ ha sollevato questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia UE ex art. 267 T.F.U.E., al fine di chiarire “la questione relativa all'estendibilità, all'ipotesi di decreto ingiuntivo opposto, dei principi espressi dalla C.G.U.E. in relazione alla diversa fattispecie di un decreto ingiuntivo non opposto e, dunque se: una volta che sia stata proposta un'opposizione per ragioni che esulano dalla vessatorietà delle clausole del contratto di fideiussione e la stessa sia stata definita con sentenza passata in giudicato (che investa implicitamente la mancata vessatorietà di una clausola contrattuale), il Giudice dell'esecuzione debba:

a) effettuare egli stesso un sindacato intrinseco del titolo esecutivo giudiziale, passato in giudicato, anche solo in via incidentale;

b) oppure, in via alternativa, secondo il modello, condivisibilmente indicato dalle Sezioni Unite, concedere un termine per l'introduzione di un giudizio di opposizione tardivo al fine di far accertare dal Giudice della cognizione la predetta vessatorietà. Ciò, specie - senza che ciò costituisca presupposto indefettibile - quando il consumatore, una volta avuta consapevolezza del proprio status (consapevolezza precedentemente preclusa dal diritto vivente), richieda di effettuare un simile sindacato”.

Nel caso controverso dinanzi al giudice a quo, le clausole vessatorie contestate e non rilevate dal giudice all'atto di emissione del decreto ingiuntivo erano:

1) quella di deroga all'art. 1957 c.c., prevista al punto 6 del contratto di fideiussione omnibus, sottoscritta dall'opponente, che è stata posta a fondamento della pretesa monitoria;

2) quella di deroga alla competenza del c.d. foro del consumatore.

Dunque, seppur nei limiti della sommarietà della cognizione, consentita dalla presente fase processuale e strumentale alla mera concessione del termine di 40 giorni per l'opposizione tardiva in virtù dei principi delineati dal Supremo Consesso, a sezioni unite, l'eventuale declaratoria dell'abusività della clausola implicherebbe, potenzialmente, effetti "esiziali" per la pretesa monitoria.

Al fine di giustificare il rinvio pregiudiziale, il Giudicante evidenzia:

²¹⁷ Trib. Brindisi, ord., 12/09/2024.

- la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in sede di rinvio pregiudiziale, con decisione emessa il 19 novembre 2015, nella causa C-74/15 (p. 26), ha riconosciuto la qualità di consumatore al fideiussore, garantendogli una tutela rafforzata, precisando che è alle condizioni personali del garante e non del garantito che bisogna guardare per vedere se definirlo come consumatore o meno, demandando, tuttavia, al Giudice di merito di accertare se, nel caso concreto, il garante abbia prestato la garanzia per ragioni meramente personali, estranee alla sua attività professionale. Ciò è avvenuto successivamente all'emissione del decreto ingiuntivo, oggetto del giudizio di merito presupposto alla presente esecuzione e alla consumazione del termine di giorni 40 per proporre opposizione;

- premessa la qualificabilità, allo stato, del fideiussore come consumatore, si dubita, innanzi tutto, della conformità delle clausole sopra evidenziate all'art. 33, comma 2, lett. u) del Codice del consumo (cfr. art. 3.3 della direttiva n. 93/13/CEE e la lett. q) dell'allegato alla medesima direttiva);

- alla stregua della normativa processuale e, soprattutto, della sua decodificazione da parte del diritto vivente, la mancata vessatorietà di tali clausole deve ritenersi oggetto di giudicato implicito in conseguenza della emissione del decreto ingiuntivo, oggetto di opposizione, ma senza che, in seno alla stessa, venisse in rilievo il predetto profilo di vessatorietà; ciò, in quanto la validità delle clausole in cui si concretizzi la regolamentazione del rapporto costituisce presupposto logico-giuridico dell'accertamento di fondatezza della pretesa azionata;

- secondo parte creditrice, proprio la mancata articolazione, da parte della debitrice, in occasione della proposta opposizione, di un motivo che investisse tale aspetto, precluderebbe la possibilità di valutare in questa sede esecutiva la vessatorietà delle clausole contrattuali;

- nel presente procedimento, la debitrice, che, in passato, ha proposto rituale opposizione alla pretesa monitoria, per ragioni che esulavano dalla vessatorietà delle clausole del contratto di fideiussione, ora, in sede esecutiva, a fronte della giurisprudenza sovranazionale sopravvenuta in punto di qualificabilità del garante quale consumatore, ha articolato una nuova opposizione, deducendo di avere concluso il contratto di fideiussione in qualità di consumatore e ha elencato alcune clausole della cui vessatorietà ha dichiarato di volersi valere. Non risulta, dunque, prefigurabile alcuna inerzia se non nel far valere le sole ragioni di doglianza oggi fatte valere in sede di opposizione;

- ciò premesso, non può non essere evidenziata la peculiarità del caso concreto, nel quale può essere utilmente invocata la categoria della c.d. anticomunitarietà sopravvenuta. Infatti, al momento della emissione del decreto ingiuntivo, ovvero nel 2014, non v'erano ancora state le

decisioni con le quali la Corte di Lussemburgo ha indicato i parametri alla stregua dei quali anche il fideiussore può essere considerato consumatore²¹⁸;

- invero, pur essendo in astratto prevista la possibilità per un (qualsiasi) consumatore di far valere, anche in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, la vessatorietà delle clausole contenute nel contratto concluso con il professionista, una simile possibilità era, stante il diritto vivente illo tempore vigente preclusa, di fatto, all'opponente;

- in siffatto contesto interpretativo, a dispetto di quanto sostenuto da parte creditrice, più che di colpevole inerzia, potrebbe a ben vedere parlarsi di incolpevole ignoranza del proprio status di consumatore. Dunque, un'incolpevole ignoranza - perché conseguente al mutamento del quadro interpretativo - ha precluso a parte debitrice di scegliere in modo consapevole se avvalersi o meno della tutela, in astratto, accordata dall'ordinamento, in quanto persona fisica contraente per uno scopo estraneo all'attività professionale eventualmente svolta. Una simile, consapevole scelta è, invece, stata possibile solo dopo l'instaurazione del procedimento esecutivo, in un momento nel quale, stando al diritto nazionale, risulta tuttavia preclusa la superabilità delle decisioni contenute nei decreti ingiuntivi;

- si impone, pertanto, il dubbio se, nella situazione in concreto ricorrente, “un diritto vivente quale quello descritto (relativo alla - non - qualificabilità del fideiussore come consumatore e vigente al momento della formazione del titolo esecutivo) possa costituire un elemento idoneo a rendere impossibile - o anche solo eccessivamente difficile - l'esercizio dei diritti al consumatore attribuiti dalla disciplina nazionale di recepimento della direttiva n. 93/13/CEE”;

- infatti, avuto riguardo ai principi processuali nazionali sopra citati deve ritenersi che la qualificazione, come non vessatorie, delle clausole pattuite nel contratto di fideiussione sia, in conseguenza della mancata specifica deduzione in occasione della proposta opposizione al decreto ingiuntivo, oggetto di giudicato implicito, con il corollario della mancata possibilità di far valere la vessatorietà delle clausole in un distinto e successivo giudizio di merito, anche perché questione che la parte avrebbe dovuto proporre in sede di formazione del titolo esecutivo giudiziale (e, pertanto, con riferimento al caso concreto, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo);

- questo Giudice, avuto anche riguardo alle peculiarità del caso concreto, ha tuttavia alcune perplessità in ordine alla compatibilità di un simile risultato con il diritto dell'Unione, in quanto si chiede “se le esigenze di certezza, di stabilità delle situazioni giuridiche, così come di tutela del legittimo affidamento, che sono a fondamento base del giudicato si pongano nella

²¹⁸ Cfr. C. giust., 14/09/2016, C-534/15, e Id., 19/11/2015, C-74/15.

medesima misura, tanto in caso di giudicato esplicito, quanto in caso di giudicato implicito, oppure se gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE, letti alla luce dell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, consentano il superamento del giudicato implicito allorquando la decisione passata in giudicato (implicito) sia manifestamente in contrasto con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva”;

- sebbene il giudicato implicito si fondi sulla considerazione empirica, perché tratta dall'osservazione della prassi giurisprudenziale, a sua volta, oggetto di un processo di astrazione, secondo cui se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare logicamente preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa²¹⁹, nondimeno, “e' evidente come non si tratti di una regola inferenziale assoluta e sorretta da coefficienti probabilistici certi, in quanto tale modello astratto di decodificazione del reale non sempre corrisponde all'iter decisionale concretamente percorso dal Giudice e, in ogni caso, per definizione, un simile iter logico non è mai esternato e, dunque, è insuscettibile di controllo postumo, anche al fine di verificare l'effettivo oggetto della decisione”;

- proprio il caso controverso è molto probabilmente sintomatico dell'assenza di una relazione logica certa fra modello astratto e realtà concreta e, dunque, dell'effettività di un controllo anche "sommario" sulla vessatorietà delle clausole contrattuali, giacché è probabile che, al momento dell'emissione del decreto ingiuntivo, il giudice non abbia in alcun modo svolto l'indagine relativa alla vessatorietà delle clausole (così non esercitando la fondamentale funzione di riequilibrio – anche - processuale dei rapporti tra imprenditore e consumatore sopra citata), così precludendo, a priori, la possibilità che il fideiussore potesse essere qualificato come consumatore. Del resto, proprio il carattere, di per sé, non manifesto dell'iter logico concretamente osservato dal giudice che, per nulla, risulta aver motivato sul punto può comportare un pregiudizio al diritto alla tutela effettiva del debitore cui (anche nella prospettiva dell'impugnazione) potrebbe essere preclusa la percezione dell'effettiva portata della decisione.

Alla luce degli argomenti che precedono, il Tribunale di Brindisi ha nella sostanza sollevato il dubbio in ordine alla estendibilità dei principi enucleati dalla Corte di Giustizia, con le pronunce del 17 maggio del 2022 e, cioè, “se il diritto ad una tutela effettiva derivante dagli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE, letti in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea consenta al consumatore di contestare, mediante un'opposizione all'esecuzione, il contenuto intrinseco di una decisione giudiziale che, pur non

²¹⁹ In questo senso, v. Cass. S.U. 12/12/2014, n. 26242.

avendo esplicitamente statuito sulla natura vessatoria delle clausole contenute in un contratto, sia ormai passata in giudicato”.

Di qui la rimessione alla Corte di Lussemburgo delle seguenti questioni pregiudiziali:

A) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento come quello nazionale che preclude al Giudice dell'esecuzione (in sede di istanza di sospensiva e, quindi, di cognizione sommaria oppure in sede di trattazione del merito dell'opposizione all'esecuzione), di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato, d'ufficio o su richiesta del debitore, nonché di accertare una simile vessatorietà, anche solo in via incidentale e sommaria e/o di concedere un termine per l'introduzione di un giudizio di opposizione tardivo al fine di far accertare dal Giudice della cognizione la predetta vessatorietà.

Ciò, allorquando, concorrano le seguenti condizioni:

a. sia stata proposta un'opposizione a decreto ingiuntivo per ragioni che esulano dalla vessatorietà delle clausole del contratto di fideiussione e la stessa sia stata definita con sentenza passata in giudicato (che investa implicitamente la mancata vessatorietà di una clausola contrattuale);

b. non vi sia stato il controllo di abusività in sede monitoria o di giudizio di opposizione;

c. né, in sede di genesi e emissione del decreto ingiuntivo, vi sia stata l'informazione diretta all'ingiunto della possibilità di avvalersi della tutela consumeristica;

B) Se, in tale fattispecie, ai fini della predetta valutazione di compatibilità della disciplina interna, assuma rilievo, anche solo *ad abundantiam*, che il consumatore acquisisca consapevolezza del proprio *status* dopo la proposizione della prima tempestiva opposizione e tale presa di coscienza sia stata precedentemente preclusa dal diritto vivente (che disconosceva in capo ad esso la qualità di consumatore solo perché garante, senza distinguere secondo lo scopo obiettivo della garanzia).

CONCLUSIONI

L'alluvionale normativa scaturita dai numerosi interventi delle istituzioni comunitarie a tutela del soggetto "consumatore", seppure detti interventi siano apparentemente privi di un filo conduttore diverso dalla dichiarata finalità di uniformare la disciplina dei vari Stati membri in materia di protezione del soggetto debole del rapporto contrattuale, per questo necessariamente destinatario di tutela finalizzata al riequilibrio dell'accordo tra contraenti, risponde ad una *ratio* di fondo meno immediata, che affonda le proprie radici negli obiettivi cardine del Trattato. Tra questi, la concreta attuazione dell'Unione Economica Europea attraverso «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno», cui si richiama espressamente l'art. 3, lett. b), del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

L'obiettivo di uniformazione sul piano europeo del diritto privato, da sempre avvertito nei rapporti transnazionali, assume tra i Paesi dell'Unione un'importanza ancora maggiore proprio in forza dell'intento di creare un mercato comune, il quale ha animato la Comunità fin dalla sua fondazione. Ciò in quanto la certezza del diritto dei privati ha la capacità e l'effetto di rendere certe le norme regolatrici dei rapporti interni ad un mercato plurinazionale, facilita gli scambi al suo interno e favorisce l'instaurazione di un mercato unitario.

Proprio perché questo è il vero obiettivo dell'azione comunitaria, vi sono interi settori della materia privatistica completamente ignorati dal legislatore europeo (per es. i settori del diritto di famiglia e delle successioni) e altri, viceversa, fatti oggetto di un intervento molto penetrante. Nei settori in cui intervengono, le norme di fonte comunitaria assumano un carattere per così dire «promozionale», viceversa non riscontrabile nelle norme di fonte nazionale, perseguendo interessi finali di natura prevalentemente economica quali, ad esempio, la facilitazione della circolazione di beni e persone.

Questo alluvionale intervento del legislatore comunitario, attuato sovente mediante lo strumento della direttiva recepita nel diritto interno con fonte di rango primario, negli ultimi decenni ha innovato fortemente il diritto privato nazionale, tanto da spingere la dottrina a tentativi di ricostruzione unitaria della nuova branca del diritto dei rapporti interprivati denominato diritto privato europeo²²⁰.

Tra le direttive europee a tutela del consumatore, quella che ha radicalmente innovato interi settori del diritto dei contratti, come disciplinati nel codice civile del 1942, è la direttiva n. 93/13/CEE concernente i contratti stipulati tra un consumatore e un professionista, il cui principale elemento innovativo è rappresentato da una tecnica di tutela fondata su di un penetrante controllo giudiziale sul contenuto delle clausole contrattuali non oggetto di trattativa

²²⁰ Cfr. LIPARI N., *Manuale di diritto privato europeo*, Padova, 1997.

individuale, il cui esito, in caso di abusività (i.e.: vessatorietà), è la nullità di protezione. In sintesi, l'individuazione del carattere vessatorio della clausola è devoluto dalla norma alla discrezionalità del giudice, atteso il carattere aperto della fattispecie prevista al comma 1 dell'art. 33 del Cod. cons. (che si incentra sulla nozione di significativo squilibrio delle clausole comprese nel contratto predisposto unilateralmente), individuandosi così una forma di nullità contrattuale (i cui caratteri sono la relatività, in quanto è rilevabile solo nell'interesse del consumatore, e la necessaria parzialità, in quanto l'invalidità della clausola o del gruppo di clausole non travolge il contratto, diversamente da quanto disposto in via generale dall'art. 1419 c.c.) che deriva dall'applicazione di una clausola generale, quindi non di una previsione normativa tassativa, benché eventualmente virtuale secondo il modello dell'art. 1418, comma 1, c.c.

L'innovatività di questa tecnica di tutela del soggetto debole del rapporto contrattuale e la sua maggiore efficacia rispetto alle tecniche tradizionali disciplinate dal legislatore del 1942 per i c.d. contratti di massa è evidente se solo si considera che il controllo meramente formale di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. sulle clausole vessatorie (i.e. doppia sottoscrizione) sottoposte all'approvazione dell'aderente (sia esso o meno un consumatore, nell'accezione di matrice europea) non autorizzava il giudice ad effettuare alcuna verifica in ordine al contenuto della clausola, né tanto meno a valutare l'impatto della clausola stessa sull'equilibrio sostanziale del rapporto scaturente dal complesso delle clausole del contratto. Tale evidente crescita del livello di tutela del soggetto debole del rapporto ha chiamato il giudice nazionale a svolgere un ruolo diverso e più complesso rispetto a quella assegnatogli dal codice civile.

Ed invero, in questa rinnovata cornice normativa, il ruolo del giudice diventa centrale, essendo rimesso dalla disciplina di matrice europea proprio a quest'ultimo di effettuare, anche d'ufficio, quel controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali che il consumatore, soggetto debole meritevole di protezione in virtù delle asimmetrie informative e della endemica incapacità di incidere sul contenuto dell'accordo negoziale, con la finalità di riequilibrare il rapporto obbligatorio mediante la declaratoria di nullità parziale di una o più clausole, salvaguardando, per il resto, la persistenza del contratto. E ciò, in quanto, l'eventuale estensione della nullità della clausola all'intero contratto, in applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c., potrebbe privare il consumatore dei beni o servizi che, mediante la stipula del contratto di massa, ha inteso acquisire sul mercato.

L'applicazione delle innovative tecniche di tutela di cui alla direttiva n. 93/13/CEE nel diritto nazionale, e segnatamente quella incentrata sul controllo giudiziale officioso delle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori, ha innescato un ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale, il quale ha avuto sostanzialmente ad oggetto le modalità con le

quali detto controllo deve esplicarsi nell'ambito del processo ordinario di cognizione e nei riti speciali disciplinati dal codice di procedura civile di cui risulti parte il consumatore. Tale interlocuzione ha chiamato, a più riprese, in causa la Corte di giustizia UE, nella sua veste di giudice vocato alla interpretazione vincolante del diritto europeo, con l'obiettivo di garantirne la massima uniforme applicazione sul territorio dell'Unione.

La vicenda del controllo giudiziale officioso sulle clausole vessatorie nei contratti con un consumatore nei procedimenti monitori di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., caratterizzati nel diritto processuale interno da un modello bifasico - in cui ad una prima fase senza contraddittorio conclusa con il decreto ingiuntivo o con il rigetto della istanza del creditore, segue, eventualmente, la seconda fase a contraddittorio pieno, e differito, avviata dall'opposizione tempestiva del debitore - è stata il principale banco di prova per testare la idoneità degli istituti processualcivilistici nazionali a garantire quegli obiettivi di massima protezione del consumatore e di uniformazione del diritto contrattuale dei consumi perseguiti dalle istituzioni europee con la direttiva n. 93/13/CEE.

Ne è scaturito un dialogo molto serrato tra corti nazionali e Corte di Lussemburgo, in cui le decisioni della Corte di giustizia - Grande sezione del 17 maggio 2022²²¹ (rese, in parte, su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano) e delle Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479 (pronuncia recante enunciazione di principi di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 362 c.p.c.), hanno contribuito a disegnare la cornice normativa pertinente di riferimento, senza, però, riuscire, ad oggi, a sciogliere tutti i dubbi e gli interrogativi preesistenti.

La risposta resa sul punto dalla Corte di giustizia è stata netta: l'art. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, della direttiva n. 93/13/CEE devono essere interpretati nel senso che «ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa - per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità - successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come "consumatore" ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo».

Sebbene la Corte sovranazionale si sia premurata di salvaguardare, almeno nella forma, il principio di intangibilità del giudicato, qualificato principio fondamentale posto a presidio della certezza dei rapporti giuridici interpretati, alla luce dei noti canoni di effettività e non

²²¹ Sono le quattro sentenze rese nelle cause C-693/19 e C-831/19, *Banco Desio e SPV Project 1503 s.r.l.*, C-600/19, *Ibercaja Banco*; C725/19, *Impuls – Leasing Romania*; C-869/19, *Unicaja Banco*.

discriminazione, le quattro sentenze del 2022 hanno innescato un ampio dibattito e una scia di discussioni sia tra i sostanzialisti, sia tra i processualcivili, che neppure la monumentale sentenza delle Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479 è riuscita a tacitare. Ne sono riprova sia le questioni pregiudiziali rimesse da giudici nazionali ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E. dopo la pronuncia delle Sezioni Unite su tematiche connesse a quelle già decise dal Giudice sovranazionale, sia le numerose lacune della disciplina consumeristica riconducibile al controllo giudiziale di vessatorietà di cui alla direttiva n. 93/13/CEE che la Cassazione non è riuscita ancora a colmare.

L'esame approfondito svolto nel testo della decisione delle Sezioni Unite ha evidenziato come il giudice di legittimità, nell'enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c., pur esplicitando l'obiettivo di «operare, con convinzione, la necessaria saldatura tra ordinamenti, sovranazionale e interno, che è la cifra, anche culturale, attraverso la quale rendere concretamente operante il principio di effettività», ha agito in una evidente ottica di salvaguardia degli istituti processuali di diritto interno e degli approdi giurisprudenziali già da tempo consolidati nella giurisprudenza nazionale. Può dirsi, senza rischio di smentita, che la Corte di legittimità ha inteso innovare il sistema di tutela come applicato dai giudici nazionali di merito, senza stravolgere istituti e tecniche processuali: in sintesi, procedendo in una logica chiaramente conservativa, la Cassazione ha tentato di attuare il *decisum* della Corte di Lussemburgo di cui alla quattro sentenze del 2022, limitando al massimo l'uso dello strumento della disapplicazione di norme e istituti processuali per contrasto con il diritto sovranazionale e incanalando l'obbligo giudiziale di accertamento della vessatorietà delle clausole vessatorie di cui alla direttiva n. 93/13/CEE sui binari tradizionali dell'opposizione tardiva di cui all'art. 650 c.p.c., per tale via autorizzando una sostanziale, sebbene non formale, deroga al principio di intangibilità del giudicato.

Le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite sono state accolte positivamente dalla dottrina, perché considerate nel complesso apprezzabili, trattandosi di un modello di disciplina che non lascia margini di incertezza e garantisce semplicità di applicazione, sebbene lasci al giudice ampi margini di apprezzamento in ordine all'effettivo perimetro dell'istruttoria da compiere.

Fin qui le innumerevoli luci della sentenza delle Sezioni Unite che ha innovato, senza stravolgere. Basti pensare che lo stesso Procuratore Generale, nella sua requisitoria, aveva patrocinato l'idea di dare ingresso nel sistema all'*actio nullitatis* e che ampi settori della dottrina avevano suggerito di introdurre, emendando l'art. 395 c.p.c., un nuovo motivo di revocazione straordinaria per superare il giudicato formatosi sul decreto ingiuntivo divenuto irrevocabile e avente ad oggetto la non vessatorietà delle clausole del contratto da cui origina il credito.

Ma non mancano le ombre. Queste attengono soprattutto alle non poche lacune lasciate dalla Corte con riferimento a fattispecie concrete sulle quale la sentenza tace, sebbene apparentemente caratterizzate dalla stessa esigenza di tutela del consumatore nell'ambito del procedimento monitorio. Tra queste, senza alcuna pretesa di esaustività: la doverosità del sindacato sulle clausole abusive in presenza di titoli esecutivi stragiudiziali e le ricadute del mancato controllo sull'apparato rimediale, le conseguenze dell'impossibilità, in presenza di un decreto ingiuntivo non opposto, per il giudice dell'esecuzione di effettuare il controllo a causa della mancata produzione del contratto da parte del professionista, la doverosità del controllo in presenza di un giudicato implicito formatosi all'esito di un processo contumaciale, nonché l'ipotesi di decreto ingiuntivo opposto dal consumatore nei termini di legge, ma con giudizio di opposizione dichiarato inammissibile dal giudice dell'opposizione²²². O, ancora, la fattispecie fatta oggetto di rinvio pregiudiziale *ex art. 267* del T.F.U.E. da parte del Tribunale di Brindisi con ordinanza 12 settembre 2024 di cui si è già ampiamente discusso, in cui il consumatore ha proposto tempestiva opposizione a decreto ingiuntivo, ma per ragioni che esulano dalla vessatorietà delle clausole contrattuali, e detta opposizione sia stata respinta.

Quale sarà l'evoluzione giurisprudenziale nei prossimi mesi non è possibile prevederlo, né tanto meno quali risposte renderà la Corte di Lussemburgo agli ulteriori quesiti posti dai giudici nazionali *ex art. 267* del T.F.U.E.

Ma la complessa vicenda della verifica di vessatorietà delle clausole contrattuali nei procedimenti monitori autorizza ugualmente alcune riflessioni conclusive.

In primo luogo, sul piano del ruolo del giudice nazionale in un sistema di *civil law* come è quello italiano, il dialogo pressante tra giudicanti nazionali e giudice di Lussemburgo ha contribuito significativamente a cambiare il volto dei primi: ci si trova ormai in presenza di un giudice nomofilattico non solo interprete della norma, ma sempre più creatore della stessa. A Costituzione vigente, si tratta, senza dubbio, di un ampliamento di fatto dei poteri della Suprema Corte della cui coerenza con il nostro sistema di *civil law*, tuttora ancorato al diritto positivo quale fonte primaria di produzione della norma vincolante anche per il giudice, taluno può forse legittimamente dubitare. Ma ciò ormai accade, sempre con maggiore frequenza, in quanto il legislatore sovente *abdica* al proprio ruolo, non intervenendo tempestivamente sulle lacune che il nostro ordinamento presenta sotto i colpi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Questa situazione, non sgradita alle istituzioni europee, permette un automatico e rapido adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello europeo, sebbene al costo di ridurre sempre di più le

²²² Cfr. Trib. Lodi, ord., 18/10/2023, in www.inexecutivis.it, che rimette la relativa questione pregiudiziale alla C. giust.

distanze tra ordinamenti di *civil law* e di *common law* e facendo per tale via gradualmente svanire gli elementi caratterizzanti e distintivi di una classificazione cara ai comparatisti.

In secondo luogo, sul versante dei rapporti tra diritto sostanziale dei consumi e rimedi processuali, la complessa vicenda della verifica di vessatorietà nei procedimenti monitori, evidenzia come il legislatore europeo, formalmente intervenendo soltanto sul rapporto contrattuale tra professionista e contraente debole e disinteressandosi dei rimedi processuali in apparente osservanza del principio di autonomia processuale dei Paesi membri, stia penetrando gradualmente, ma in modo significativo, anche il diritto processuale, imponendo - in nome dei principi di effettività e non discriminazione - radicali modifiche e revisioni di norme e principi che si ritenevano ormai sedimentati nella prassi giurisprudenziale nazionale. Il dialogo tra Corte di giustizia e Corte di cassazione sull'applicazione della direttiva n. 93/13/CEE nell'ambito dei procedimenti monitori non lascia adito a dubbi di sorta: se l'obiettivo di tutela del consumatore avuto di mira dal legislatore europeo trova ostacoli nel principio di intangibilità del giudicato, come applicato dalle corti nazionali, ovvero in un particolare rito previsto dalla disciplina interna, tali ostacoli vanno immediatamente rimossi, ove possibile dal giudice nazionale in via interpretativa, il quale deve fare uso, in virtù della primazia del diritto sovranazionale (artt. 11 e 117 Cost.), del potere di disapplicazione della norma interna in contrasto con quella europea, come risultante dalle decisioni della Corte di Lussemburgo. Soltanto laddove né lo strumento dell'interpretazione adeguatrice, né il potere di disapplicazione della norma anticomunitaria permettano di dare piena attuazione al diritto sovranazionale, si apre la strada dell'intervento legislativo, alla cui doverosità consegue, in caso di inerzia, la procedura di infrazione.

In terzo luogo, e focalizzando l'attenzione sul controllo di vessatorietà come disciplinato dalla direttiva n. 93/13/CEE e dalle relative norme attuative del Codice del consumo, al di là della già evidenziata innovatività rispetto ai tradizionali rimedi formali disciplinati nel codice civile del 1942 (art. 1341, comma 2, c.c.), nel diritto vivente emerge sempre con maggiore forza il ruolo del giudice, al quale spetta non solo e non tanto di essere arbitro imparziale di una controversia tra privati e di giudicare sulla base delle allegazioni e prove versate in giudizio dalle parti, bensì di esercitare attivamente, e d'ufficio, una funzione di controllo, per il riequilibrio complessivo del rapporto contrattuale, nell'interesse non solo e non tanto del contraente debole di per sé considerato, bensì del complessivo sistema dei rapporti tra privati e, in particolare, per la salvaguardia dell'interesse, di chiara matrice pubblicistica e sovranazionale, al corretto svolgimento delle relazioni concorrenziali tra imprese e l'effettiva creazione del mercato interno. Si tratta di tutelare il consumatore, ma essendo soggetto debole per definizione, l'ordinamento rimette al giudice nazionale di intervenire anche d'ufficio sul rapporto contrattuale, non più lasciato al libero esercizio dell'autonomia privata, ma soggetto a

penetrante e sostanziale verifica per eliminare le asimmetrie informative e gli squilibri che una libera contrattazione tra soggetti muniti di diverso potere negoziale inevitabilmente origina.

Si tratta di una rivoluzione copernicana rispetto ai pilastri che reggevano il diritto dei contratti nel codice civile del 1942, le cui potenzialità innovatrici sono ancora non del tutto esplorate. Previsioni sul futuro non possono essere fatte, ma ciò che appare certo è un sempre più importante ruolo del giudice, i cui poteri devono potersi esplicitare anche al di fuori dei tradizionali confini tracciati dal processo di parti del codice di rito, in una logica di supplenza rispetto alle difficoltà di azione del contraente debole, al fine di garantire i fondamentali obiettivi di effettività e piena applicazione del diritto di matrice sovranazionale.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA G. - CHINE' G., Consumatore (protezione del) nel diritto civile, Digesto disc priv, Appendice, XV, Torino, 1997, 547 ss.
- ALPA G. - ROSSI CARLEO V., Codice del consumo, Napoli, 2005, 25.
- ALPA G., Diritto privato dei consumi, Bologna, 1986.
- ALPA G., Il diritto dei consumatori, Roma-Bari, 2003.
- ALPA G., Il contratto, Milano, 2004, 308.
- ALPA G., Il diritto privato nel prisma della comparazione, Torino, 2004, 310.
- ALPA G., Introduzione al diritto dei consumatori?, Bari, 2007, 16.
- ALPA G., Istituzioni di diritto privato, Torino, 1994, 309.
- ALPA G., Introduzione allo studio critico del diritto privato, Torino, 1994.
- ALPA G., L'arte di giudicare, Laterza, Bologna, 1996, 51.
- ALPA G., Introduzione, Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, a cura di G. ALPA G. - PATTI S., Milano, 1997, I, XXV.
- ALPA G., Manuale di diritto privato, Padova, 2009, 5.
- ALPA G, Principi Generali, Milano, 2006, 2.
- ALUNNI S., Nullità di protezione e rilievo officioso del giudice. Giur. It., 2024, 203 ss.
- ASTONE F., Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di “consumatore” e “professionista”, in ALPA G., PATTI S. (a cura di), Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Commentario, Milano, 2003, 139 ss.
- AULETTA F., Gli ultimi cinquant'anni del “fare Stato”, Riv. Dir. Proc., 2024, 2, 482 ss.
- AULETTA F., Tutela del consumatore e decreto ingiuntivo non opposto: il ruolo del giudice dell'esecuzione alla luce della recente giurisprudenza della CGUE, in GiustiziaCivile.com, 6/02/2023.
- BARENGHI A., Dei contratti del consumatore, Commentario al Codice del Consumo, a cura di Cuffaro, Milano, 2015, 298 ss.
- BARENGHI A., La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile, Napoli, 1996, 261.
- BARENGHI A., in Codice del consumo, a cura di Cuffaro, 302.
- BESSONE M., Clausole vessatorie e buona fede contrattuale, in Riv dir civ, 2005, I, 45 ss.
- BIN R. - PITRUZZELLA G., Le fonti del diritto, Torino, 2019, 467.
- BURTI A., Questioni ancora aperte sulla tutela del consumatore nel processo esecutivo, Riv. Esec. Forz., 2025, 2, 262 ss.
- CAMERO R. - DELLA VALLE S., La nuova disciplina dei diritti del consumatore, Milano, 1999.

CAPOBIANCO E. - PERLINGIERI P. (a cura di), Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Napoli, 2009, sub art. 3.

CAPORUSSO S., Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2023, 3, 1228.

CARINGELLA F., Corso di diritto amministrativo I, Milano, 2011, 235.

CARLASSARE L. – VERONESI P., Regolamento (dir. cost.), *Enciclopedia del diritto*, aggiornamento, V, Milano, Sub art. 1, 2001, 976;

CARRATTA A., L'effetto del giudicato fra dedotto e deducibile, *Riv. Dir. Proc.* 2024, 2, 482 ss.

CARRATTA A., Le Sezioni unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023, in *Esecuzione forzata*, 2023, 2, 336.

CECERE E., in BARENGHI A, La nuova disciplina delle clausole vessatorie, Napoli, 1996, 68.

CESARO V., Clausole vessatorie e contratto del consumatore, Padova, 1996, 665.

CIAN A., Il nuovo capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, Sulla disciplina dei contratti del consumatore, Siena, 1996, 411 ss.

CONSOLO C., Istruttoria monitoria “ricarburata” e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica “rimaneggiata” (specie) su invito del g.e., in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, 5, 1054.

CRIVELLI A., Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori, in *Esecuzione forzata*, 2022, 3, 699.

CRIVELLI A., Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo, in *Esecuzione forzata*, 2023, 2, 336.

D’ALESSANDRO E., Decreto ingiuntivo – Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l’armonia (e l’autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell’art. 650 c.p.c., in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, 5, 105.

DE NOVA G., Le clausole vessatorie, Milano, 1996, 65.

DE NOVA G., Le nullità contrattuali, in *trattato di Dir. Civ. comm*, Milano, 2012, 515 ss.

FARINA M., Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nella giurisprudenza delle Corti di vertice, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2023, 4, 1527.

FRADEANI F., Esecuzione di decreto ingiuntivo non opposto e tutela consumeristica: i poteri del giudice dell’esecuzione, in *Esecuzione forzata*, 2024, II, 376 ss.

FURGIUELE G. (a cura di), Condizioni generali e clausole vessatorie, *Diritto privato* 1996, Padova, 1997.

GALGANO F., *Lezioni di diritto privato*, Padova, 1994, 73.

GAROFALO A.M., Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie, in *Nuova Giur. Civ.*, 2023, 1, 86.

GENTILI A., L'inefficacia delle clausole abusive, *Riv dir civ*, 1997, 403.

IRTI N., *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001.

LENER R., La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, in *Foro it.*, 1996, 163.

MACARIO F., Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, I, 663 ss.

MACARIO F., *Le nullità di protezione*, Napoli, 2008.

MAIORCA S., *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei "contratti del consumatore"*, Torino, 1998.

MAK V., Standards of protection: in search of the average consumer of EU law in the proposal for a consumer rights directive, *European review of private law*, Volume 19, n.1, 2011, 20 ss.

MALO M., Testo unico, in *Dig pubbl*, XV, Torino, 1999, 293 ss.

MATTARELLA B.G., Codificazione e stato di diritto in *Riv trim dir proc civ*, 1998, 365 ss.

MICKLITZ H., *European Fair-Trading Law: The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, 2008, 52.

MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

MONOSI L., Il principio di effettività tollera il giudicato interno sulla clausola di rivalsa della polizza R.C.A.? Un viatico per la Corte di giustizia, in *danno e resp.*, 2025, 4, 481 ss.

MOROTTI M., Nullità di protezione e decreto ingiuntivo: poteri del giudice e (assenza di) giudicato, in *Il Quotidiano Giuridico*, 3 maggio 2023.

PARDOLESI R., Clausole abusive e contratti del consumatore, in *contratto e impresa*, 2005, 577 ss.

PATRONI GRIFFI F., La fabbrica delle leggi e la qualità della normazione in Italia in *Dir amm*, 2000, 97 ss.

PATTI S., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, NGCC, Postilla, ivi, 282 ss.

PEZZELLA R., Tutela del consumatore in caso di decreto ingiuntivo non opposto: prime applicazioni della sentenza delle Sezioni Unite n. 9479/2023, in *GiustiziaCivile.com*, 13 ottobre 2023.

RIZZO V., *Trasparenza e "contratti del consumatore" (la novella del codice civile)*, Napoli, 1997.

ROPPO V., *Il contratto*, Torino, 2011, 22.

SACCOMANI A., in ALPA G. (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, 125.

SANGIOVANNI V., Le eccezioni del fideiussore come consumatore tra codice civile e codice del consumo, in *i contratti*, 2025, III, 333 ss.

SIRENA P., in ALPA G. – PATTI S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 2003.

SIRENA P., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, NGCC, 2005, II, 279 ss.

STILO N., *Osservatore europeo*, in *i contratti*, 2025, I, 108 ss.

TAKANEN F., *La nullità di protezione, riequilibrio del contratto e autonomia contrattuale*, in *i contratti*, 2024, V, 543 ss.

TROIANO P., *Gli enti pubblici come “professionisti” e come “consumatori”*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Commentario*, cit., 186.

TULLIO A., *Il contratto per adesione*, Milano, 1997.

VALLE L., *L’inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004.

VINCRE S., *La Corte di giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2023, 4, 1487 ss.

GIURISPRUDENZA

C. giust., 01/06/1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss*.

C. giust., 27/06/2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, *Océano*.

C. giust., 30/09/2003, in causa C-224/01, *Kobler*.

C. giust., 16/03/2006, in causa C-234/04, *Kapferer*.

C. giust., 18/07/2007, in causa C-119/05, *Lucchini*.

C. giust., 3/09/2009, in causa C-2/08, *Olimpiclub*.

C. giust., 06/10/2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, in causa C-40/, par. 37.

C. giust., 06/10/2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*.

C. giust., 09/11/2010, causa C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*.

C. giust., 14/06/2012, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*.

C. giust., 21/02/2013, causa C-472/11, *Banif Plus*.

C. giust., 14/03/2013, causa C-415/11, *Aziz*.

C. giust., 19/11/2015, causa C-74/15.

C. giust., 11/11/2015, in causa C-505/14, *Klausner Holz*.

C. giust., 01/10/2015, in causa C-32/14, *Erste Bank*.

C. giust., 21/12/2016, *Gutiérrez Naranjo*, in cause riunite C-54/15, C-307/15 e C-308/15.

C. giust., 18/02/2016, causa C-49/14, *Finanmadrid*.

C. giust., 05/04/2016, causa C-689/13, *PFE*.

C. giust., 14/09/2016, causa C-534/15.

C. giust., 21/12/2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Gutiérrez Naranjo.

C. giust., 26/01/2017, causa C-421/14, Banco Primus.

C. giust., 13/09/2018, causa C-176/17, Profi Credit Polska.

C. giust., 20/09/2018, causa C-448/17, EOS KSI.

C. giust., 26/09/2018, causa C-180/17.

C. giust., 26/06/2019, causa C-407/18, Addiko Bank.

C. giust., 24/09/2019, causa C-573/17, Popławski.

C. giust., 03/10/2019, causa C-260/18, Dziubak.

C. giust., 04/06/2020, causa C-495/19, Kancelaria Medius.

C. giust., 10/06/2021, cause riunite C-776/19 – C-782/19, Paribas Personal Finance.

C. giust., 17/05/2022, causa C-600/19, Ibercaja Banco.

C. giust., 30/06/2022, causa C-170/21, Profi Credit Bulgaria.

C. giust., 07/04/2022, in causa C-116/20, Avios.

C. giust., 7/7/2022, in causa C-261/21, Hoffmann.

C. giust., 17/05/2022, in causa C-869/19, Unicaja.

C. giust., 23/11/2023, in causa C-84/22, Right to Know.

C. giust., 21/09/2023, causa C-139.

C. giust., 29/02/2024, causa C-724/22, con nota di A. BURTI, Il controllo del giudice dell'esecuzione sulla vessatorietà delle clausole contrattuali. Prime riflessioni sulla sentenza della C. giust. 29/02/2024, causa C-724/22, in www.inexecutivis.it.

C. giust., 14/11/2024, causa C-646.

C. giust., Grande Sezione, 9/04/2024, in causa C-582/21, FY c. Profi Credit Polska.

C. giust., 18/01/2024, in causa C-531/22, Getin Noble Bank.

Corte cost., sentenza 20/05/1976, n. 120.

Corte cost., sentenza 15/05/1990, n. 241.

Corte cost., sentenza 30/06/1999, n. 282.

Corte cost., ordinanza 16/07/2004, n. 235.

Corte cost., sentenza 22/07/2010, n. 270.

Corte cost., ordinanza 12/07/2013, n. 190.

Corte cost., sentenza 22/10/2014, n. 238.

Corte cost., sentenza 29/10/2015, n. 210.

Corte cost., sentenza 26/05/2017, n. 123.

Cass., 11/01/2001, n. 314.
 Cass., 19/07/2004, n. 13359.
 Cass., 06/10/2005, n. 19429.
 Cass., 11/01/2007, n. 369.
 Cass., 21/05/2008, n. 13051.
 Cass., 20/03/2010, n. 6802.
 Cass., 20/09/2013, n. 21600.
 Cass., 05/11/2013, n. 2479.
 Cass., 18/02/2015, n. 3277.
 Cass., (S.U.).10/07/2015, n. 14475.
 Cass., 27/10/2015, n. 21912.
 Cass., S.U., 06/05/2016, n. 9140.
 Cass., 26/03/2019, n. 8419.
 Cass., 23/07/2019, n. 19889.
 Cass., 14/04/2021, n. 9839.
 Cass., 15/04/2021, n. 9910.
 Cass., 14/10/2021, n. 28044.
 Cass., 03/12/2021, n. 38264.
 Cass., 07/02/2022, n. 3810.
 Cass., 28/09/2023, n. 27558, N.G.C.C., 2024, 2, 291, con nota di P.G. SILVESTRI, Condizioni generali di contratto e tutela consumeristica.
 Cass., 11/04/2022, n. 11639.
 Cass., 20/06/2024, n. 17055.
 Cass., 14/02/2024, n. 4130.
 Cass. 23/12/2024, n. 34107.
 Cass., ord., 23/12/2024, n. 34107.

Cons. Stato, ad. gen., Sez. cons., 20/12/2004, n. 11602.

Trib. Lodi, ord., 18/12/2023, in www.inexecutivis.it.
 Trib. Larino, 20/12/2023, Riv. Esec. Forz., 2024, 2, 376 ss.
 Trib. Brindisi, ord., 12/09/2024.
 Trib. Bologna, 23/10/2024, n. 2407.
 Trib. Como, 26/03/2025.
 Trib. Ancona, 03/05/2025, n. 795.