

Per questo motivo, secondo alcuni, la violazione del precetto in esame produrrebbe una **responsabilità** precontrattuale, che darebbe luogo a una tutela risarcitoria e non invalidante.

Altri ancora affermano che la clausola non trasparente sia **presuntivamente squilibrante** o finanche **vessatoria tout court**. Una variante di questa tesi ha ritenuto anche che l'opacità della clausola renda possibile la sanzione della nullità anche nel caso in cui venga in rilievo uno squilibrio non significativo.

Merita di essere segnalata un'altra soluzione (ONORATO) secondo cui l'art. 35, comma 1 del Codice del consumo contiene **una norma attizia e precettiva relativa alla forma dell'atto**, concludendo così che il contratto non trasparente, violando una norma formale sull'atto, dia luogo a una **nullità virtuale** ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. Il contratto non trasparente è nullo ex art. 1418, comma 1, c.c., perché l'obbligo di formulare le clausole in modo chiaro e comprensibile, ex art. 35, comma 1, del codice del consumo, è imposto da una regola imperativa sull'atto.

Infine, ulteriore ricostruzione (RIZZO) riconosce la sussistenza di una **pluralità di rimedi** rimettendo la scelta al consumatore.

L'art. 35 ult. comma sancisce poi l'inapplicabilità del criterio dell'interpretazione favorevole al consumatore nei casi di cui all'art. 37 del codice del consumo. Il fine è quello di evitare che un mero criterio ermeneutico possa depotenziare le azioni collettive dirette a inibire l'impiego di clausole vessatorie.

Infine, è bene ricordare che la violazione dell'obbligo di trasparenza costituisce una delle ipotesi in cui è consentito al giudice di sindacare anche l'equilibrio economico del contratto.

8. Le tecniche di tutela individuale del consumatore

Il diritto dei consumatori non presenta una dimensione solo sostanziale, ma investe anche l'ambito processuale, traducendosi in uno statuto di regole che conservano come filo conduttore l'obiettivo di una tutela efficace ed effettiva del consumatore. È bene, dunque, procedere a un'analisi dei vari rimedi apprestati dal Codice del consumo, tanto in una dimensione individuale quanto in una dimensione collettiva o superindividuale.

8.1 *La nullità di protezione*

La prima forma di rimedio individuale riconosciuto al consumatore è la **nullità di protezione** (si veda anche Sez. V, Cap. 2, §1.2 e 7).

La nullità di protezione è una *species* particolarmente importante del più ampio *genus* della nullità relativa.

Si tratta di **una nullità caratterizzata dalla coesistenza della legittimazione ristretta, potendo essere fatta valere dal solo soggetto nel cui interesse è prevista, e dalla rilevabilità d'ufficio subordinata** alla verifica dell'**utilità** pratica che ne potrebbe derivare al **soggetto protetto**.

8.1.1 *L'ordine pubblico di protezione*

Secondo la dottrina maggioritaria, la *ratio* di tale categoria si rinviene nell'introduzione di un nuovo concetto di ordine pubblico e, quindi, di norma imperativa inderogabile.

Negli ultimi anni, infatti, al concetto generale di ordine pubblico si è affiancata la nozione speciale di **ordine pubblico di protezione**, il cui *proprium* si rinviene non tanto nella tutela di un interesse generale della collettività, ma in quella di alcuni soggetti che versano in una situazione di particolare debolezza e vulnerabilità e che, conseguentemente, necessitano di una specifica protezione da parte del legislatore (sul punto, si veda §1.2).

È normativa di ordine pubblico, visto che le disposizioni relative al consumatore sono inderogabili e imperative in quanto perseguono un interesse generale; **ma anche di protezione**, in quanto il fine pubblico è perseguito con una disciplina che protegge solo la parte debole. In sostanza, **l'interesse pubblico non è trascendente ma coincidente con quello del consumatore-parte debole**, in quanto si reputa, alla luce dei valori di cui agli artt. 2 (solidarietà), 3 (eguaglianza), 41 (libertà di iniziativa economica), 47 (tutela del risparmio) che al benessere del consumatore (ossia alla sua aspirazione a una contrattazione giusta, equa e trasparente) corrispondano interessi pubblici primari, allo sviluppo economico, alla concorrenza virtuosa, all'incremento dei traffici e ai valori solidaristici.

Ciò posto, legittimati a far valere l'eventuale violazione della norma imperativa riconducibile alla suddetta nozione speciale di ordine pubblico sono esclusivamente i soggetti da questa protetti e, analogamente, anche la rilevabilità d'ufficio, essendo preordinata alla tutela degli stessi interessi, sarebbe subordinata al vantaggio che dalla rilevazione riceva il contraente c.d. "debole".

Sin dalle prime battute, è agevole comprendere la **difficoltà di inquadramento** sistematico di tale istituto.

Negli **ordinamenti giuridici francese e tedesco**, le nullità relative sono state più propriamente inquadrate nell'area dell'annullamento del contratto come se fossero vizi non essenziali della stipulazione.

La **dottrina tradizionale** avanzava delle **riserve** in ordine alla stessa **ammissibilità della categoria**, che appare intimamente contraddittoria. Si evidenziava, in particolare, che un atto, qualificato come nullo dal legislatore, non può produrre, per definizione, nessun effetto né può determinare alcuna conseguenza nell'ambito dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, riconoscendo l'ammissibilità della legittimazione riservata, deve evidentemente ritenersi che il contratto, benché qualificato nullo, possa produrre effetti fino a quando la parte interessata decida di far valere la nullità stessa.

L'impostazione ormai prevalente ritiene, al contrario, che questa categoria sia ammissibile perché positivizzata dallo stesso legislatore.

La nullità di protezione, che presenta profili di equidistanza tra nullità classica e annullabilità, **ha come paradigma la figura generale della nullità delle clausole abusive**, di cui all'art. 36 del Codice del consumo.

Tale nullità presenta tre differenze rispetto alla nullità prevista dal Codice civile:

- **la legittimazione a farla valere è riservata solo a una parte**, il consumatore;
- **la nullità ha natura parziale**; abbracciando una logica di conservazione, si tratta, dunque, non soltanto di una nullità caducante ma anche confermativa per quella parte di regolamento non viziata;
- **il configurarsi della nullità è collegato alla mancanza della trattativa individuale**. Non è invocabile la nullità di protezione laddove la trattativa si sia svolta: la

disciplina attribuisce, infatti, rilevanza a un **profilo comportamentale**, il quale è normalmente estraneo rispetto alla nullità in senso stretto. Non sono sottratte alla nullità, invece, pur se inserite in un contratto preceduto da una trattativa, le clausole espressamente menzionate nel secondo comma dell'art. 36 Cod. Cons.

Tale disciplina ha creato **dubbi di inquadramento e applicativi**.

8.1.2 *La nullità di protezione può essere virtuale?*

Un primo dubbio interpretativo ha riguardato l'ammissibilità della categoria della nullità virtuale di protezione. In tempi più remoti, il ritenuto carattere di specialità delle nullità protezionistiche, considerate eccezionali rispetto al *genus* nullità, inteso come categoria unitaria, ostava al riconoscimento di nullità di protezione diverse da quelle testuali.

L'acquisizione della consapevolezza del carattere frammentario della nullità ha consentito di spogliare le nullità protezionistiche dagli abiti dell'eccezionalità rispetto a una regola generale e ha portato la dottrina tutt'ora prevalente a sostenere la compatibilità col sistema delle nullità virtuali di protezione. In particolare, tale tipologia di nullità viene in rilievo ogniqualvolta sia ravvisabile, nella clausola contrattuale posta all'esame dell'interprete, la violazione della finalità di protezione del consumatore, avente valenza di principio di ordine pubblico.

Il contratto consumeristico non è un contratto tipico ma un modello contrattuale generale atipico (cd "secondo contratto"), archetipo del contratto asimmetrico, espressione di un principio di ordine pubblico di protezione e, quindi, **passibile di nullità virtuale**.

8.1.3 *La sentenza è dichiarativa o costitutiva?*

Altra questione controversa concerne la **natura dichiarativa o costitutiva della sentenza che accolga la domanda di nullità**.

Una tesi dottrinale (PETRELLI), argomentando dalla previsione della relatività della legittimazione ad agire, che attribuisce al solo consumatore il diritto di attivare la nullità, ha evidenziato l'originaria efficacia della clausola abusiva e, conseguentemente, la natura costitutiva della pronuncia che accolga l'eventuale domanda proposta. La tesi muove dalla premessa dell'**inconciliabilità fra la natura dichiarativa della sentenza e il carattere relativo della legittimazione ad agire**: essendo precluso al non legittimato di eccepire la nullità a fronte della richiesta di adempimento, deve concludersi che il contratto sarà vincolante per il professionista.

Altra dottrina ha invece aderito alla tesi della natura dichiarativa della sentenza, suffragata dal dato letterale dell'art. 36 del Codice del Consumo, espressamente rubricato "*nullità di protezione*". Dalla circostanza che i caratteri di specialità delle nullità consumeristiche siano disciplinati dallo stesso Codice del consumo – il quale rinvia, per il resto, alle disposizioni del codice civile (art. 38 Cod. Cons.) – tale tesi deduce, *a contrario*, che l'interprete sia tenuto a colmare le lacune normative ricorrendo alla disciplina generale in tema di nullità. Infine, secondo gli Autori, corrobora la ricostruzione in esame l'argomento teleologico, in virtù del quale, sancire la vincolatività del contratto concluso tra il consumatore e il professionista frustra-

rebbe la *ratio* protezionistica sottesa alla normativa. Tale rilievo, peraltro, pare coerente con i principi comunitari, avendo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 4 giugno 2009 (causa Pannon GSM, procedimento C-243/08), affermato che *“una clausola contrattuale abusiva non vincola il consumatore e che non è necessario, in proposito, che egli abbia in precedenza impugnato utilmente siffatta clausola”*.

8.1.4 La legittimazione spetta anche a soggetti diversi dai consumatori?

Ulteriori incertezze hanno riguardato la **possibilità di estendere la legittimazione ad esperire l'azione di nullità a soggetti diversi dal consumatore** (o al suo creditore in via di surrogatoria). A ben vedere, la legittimazione relativa costituisce un **principio consustanziale alle nullità di protezione** che opera anche nel silenzio del legislatore.

Le **Sezioni Unite della Corte di Cassazione** (4 novembre 2019, n. 28314, di cui si è in parte riferito nella Parte II, Cap. 1, §7.4) hanno di recente ribadito il principio, (in tal senso, già *Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2014, n. 26642*), con riguardo alla nullità per difetto di forma sancita dall'art. 23, comma 3, D.Lgs. 58/1998, che la **legittimazione riservata a favore del consumatore e la rilevanza officiosa del giudice rappresentano il tratto unificante del regime giuridico delle nullità protezionistiche, operante anche in assenza di riproduzione testuale**.

La Suprema Corte ha riconosciuto che, poiché la nullità del contratto quadro di investimento privo di forma scritta è posta a tutela dell'investitore, soltanto questi è legittimato a esperire l'azione di nullità e può giovare degli effetti processuali e sostanziali che la stessa produce e non già il professionista. La *ratio* protezionistica del consumatore rende **astrattamente ammissibile che l'investitore eserciti selettivamente l'azione di nullità** individuando quali ordini di investimento promananti dal contratto quadro vadano caducati e quali conservati, purché tale cernita non si ponga in contrasto con il canone di buona fede. **Ove in concreto l'esercizio selettivo dell'azione di nullità integri un abuso del diritto**, determinando un ingiustificato sacrificio economico ai danni del professionista, da valutare alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto quadro, l'intermediario potrà **paralizzare la pretesa avversaria attraverso la formulazione di una *exceptio doli generalis***.

L'**attivazione della nullità protezionistica** è, quindi, in ogni caso **vincolata al rispetto delle regole di buona fede e correttezza** nell'esercizio dei diritti. L'interprete è tenuto, dunque, a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche. Così, ad esempio, la Corte di Cassazione ha affermato che *la proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare per mancanza della garanzia accessoria ex art. 2, D.Lgs. 122/2005, una volta che sia stata rilasciata la garanzia prescritta per legge in data successiva alla stipula del preliminare e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente alla cui tutela è preposta la nullità di protezione prevista dalla norma in esame, costituisce abuso del diritto e non può quindi essere accolta* (*Cass., sez. II, 22 novembre 2019, n. 30555*).

Il carattere totalmente riservato a favore del consumatore della legittimazione comporta, inoltre, la **preclusione non soltanto per il professionista ma anche per i terzi** a far valere

la nullità. Tale conseguenza non si applica ai contratti a favore di terzo, quali i contratti di assicurazione, in cui i terzi consumatori, in quanto destinatari dell'operazione contrattuale, sono legittimati ad agire ove la finalità protezionistica venga violata.

8.1.5 *In che termini la rilevazione d'ufficio della nullità è condizionata?*

Altro dibattito è fiorito intorno al tema della **rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione**. La circostanza che sia rimessa al consumatore la facoltà di rilevare il vizio genetico della clausola vessatoria aveva portato la giurisprudenza nazionale a escludere il rilievo officioso delle nullità speciali (*Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828*). Tuttavia, la **Corte di Giustizia** dell'Unione Europea ha, con enfasi sempre maggiore, enunciato la **regola dell'obbligatorietà del rilievo d'ufficio** della nullità da parte del giudice a garanzia dell'effettività della tutela del consumatore (*CGUE, 27 giugno 2000, C-240/98 – C-244/98, Océano Grupo Editorial; CGUE, 21 novembre 2002, C-473/00, Cofidis SA*), purché il consumatore, debitamente informato, non si opponga (*CGUE, 4 giugno 2009, C-243/08, Pannon*). Uniformandosi alla giurisprudenza comunitaria, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (*17 dicembre 2014, n. 26642*) hanno dunque riconosciuto l'**obbligatorietà del rilievo officioso della nullità di protezione**, specificando che la dichiarazione e l'accertamento della nullità è tuttavia subordinata alla manifestazione di volontà della parte tutelata di avvalersi della clausola abusiva (in tal senso anche **Cass., sez. II, 22 ottobre 2018, n. 26614**).

Sul tema della rilevazione d'ufficio della nullità vedi Sez. V, Cap. 2, §8.

8.1.6 *La nullità di protezione è sanabile?*

La circostanza che il consumatore possa opporsi alla dichiarazione di nullità della clausola abusiva a seguito del rilievo officioso in giudizio ha acceso il dibattito intorno alla questione della **sanabilità della nullità di protezione**.

Parte della dottrina è favorevole alla sanabilità. Secondo questi Autori, infatti, l'assunto dell'insanabilità del contratto nullo è strettamente connesso al profilo della legittimazione assoluta, in quanto posto a presidio di interessi generali e, pertanto, sarebbe da revocare in dubbio rispetto alle nullità protezionistiche. Più precisamente, l'inscindibile collegamento fra l'art. 1423 e 1421 c.c. porta a ritenere *ammissibile la sanatoria delle nullità protezionistiche* data la loro **strumentalità alla tutela di un interesse di parte** che si riflette nella previsione della **legittimazione riservata**, in palese simmetria con la disciplina dell'annullabilità. Inoltre, la circostanza che la **trattativa individuale ex ante** avente a oggetto la clausola ne escluda il carattere vessatorio conduce a sostenere che, analogamente, al contegno del consumatore, successivo alla stipula del contratto, che manifesti la volontà consapevole di sanare il vizio, possa attribuirsi valore di convalida (PAGLIANTINI).

Altra dottrina si esprime, al contrario, a sostegno dell'insanabilità delle nullità di protezione. Dando rilievo al *nomen iuris* prescelto dall'art. 36 Cod. Cons., si ritiene che, compatibilmente con il sistema, la convalida della nullità debba essere prevista espressamente dal legislatore (art. 1423 c.c.). Si obietta alla teorica esaminata in precedenza che la piena disponibilità dell'interesse protetto, presupposto della convalida, non ricorre nella disciplina delle nullità protezionistiche, data la stretta compenetrazione fra interessi particolari e generali, tale per cui la legittimazione riservata è concessa al singolo quale esponente

di una categoria protetta (MANTOVANI). Neppure appare convincente a sostenere la sanabilità l'argomento dell'esclusione della vessatorietà della clausola a fronte dello svolgimento della trattativa individuale *ex ante* sulla stessa.

Da un lato, infatti, le clausole individuate al secondo comma dell'art. 36 Cod. Cons., rimangono vessatorie malgrado la trattativa individuale.

Dall'altro, la stessa *ratio* protettiva delle nullità sarebbe frustrata qualora si ammettesse la convalida del contratto nullo: la parte debole del contratto potrebbe essere indotta a convalidarlo dalle pressioni della controparte, precludendosi la possibilità di agire in giudizio, successivamente, per farne dichiarare l'invalidità.

In ultimo, depona a favore della tesi l'art. 143 Cod. Cons. che dispone l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti dal Codice al consumatore, sanzionando con la nullità i patti contrari. Fra tali diritti è infatti incluso quello a far valere la nullità, seppure alcuni Autori (PERLINGIERI) obiettano che tale disposizione si applichi unicamente all'atto abdicativo che sia anteriore o contestuale alla stipulazione del contratto. Tanto più che l'art. 141 del Cod. Cons. prevede la possibilità per il consumatore di risolvere tramite procedure extragiudiziali le controversie sorte col professionista, a riprova del fatto che il consumatore possa transigere, rinunciare e disporre dei diritti che ha già acquistato, al fine di poterne trarre anche dei vantaggi.

La non sanabilità sostanziale è compensata dalla ricordata verifica processuale in merito all'abusività dell'azione di nullità proposta dal professionista in assenza di effettivo interesse.

8.1.7 *Il sub-acquirente a titolo oneroso in buona fede è tutelato?*

La nullità di protezione ha suscitato dubbi interpretativi anche sul tema della **posizione giuridica del subacquirente** nel caso in cui venga dichiarata la nullità del contratto stipulato dall'acquirente dante causa. Un orientamento risalente, infatti, reputava che la nullità relativa fosse *inopponibile al terzo avente causa dall'acquirente in base al negozio nullo*, sostenendo l'equiparazione della nullità di protezione alla disciplina dell'annullabilità. Si argomentava, infatti, sulla base del rilievo che la legittimazione riservata, impedendo al terzo di far valere la nullità, al contempo la rendesse inopponibile a quest'ultimo. La **tesi prevalente**, tuttavia, propende per *l'opponibilità della nullità relativa ai terzi aventi causa* dall'acquirente in base al negozio nullo, in aderenza con le norme codicistiche dettate in tema di nullità, salva la disciplina prevista dall'art. 2652, n. 6, c.c.

8.1.8 *La nullità di protezione è davvero necessariamente parziale?*

Il principio conservativo della necessaria parzialità, fissato in deroga agli artt. 1419 e 1339 dall'art. 33 del codice del consumo, **trova deroga nei casi in cui la clausola nulla sia indispensabile per la sopravvivenza del contratto** (si pensi alla clausola intrasparente che fissi il corrispettivo o l'oggetto del contratto ai sensi dell'articolo, comma 2), alla nullità formale o alla nullità comportamentale (che inficino l'intero contratto privo della forma necessaria o preceduto da comportamento scorretto eccezionalmente invalidante).

La giurisprudenza eurounitaria (25 novembre 2020, C-269/19) si è anche occupata dell'ipotesi in cui a **seguito dell'eliminazione della clausola abusiva il contratto non possa**

più sussistere e questo possa comportare delle **conseguenze** particolarmente **dannose per il consumatore** e manchi una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva. In tal caso, secondo la Corte di Giustizia, nulla osta a che **il giudice nazionale rinvii le parti a una trattativa** allo scopo di rideterminare i contenuti della clausola vessatoria, **purché determini il quadro di tali trattative** e queste siano **volte a stabilire** tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un **equilibrio reale** che tenga conto segnatamente dell'obiettivo di tutela del consumatore sotteso alla direttiva.

Ove, invece, il contratto sopravviva, si pone il problema delle **conseguenze della lacuna**. Secondo la Corte di Giustizia **andrà preferita**, in assenza di norma specifica, **la soluzione più soddisfacente per il consumatore** nel novero delle alternative date dall'amputazione pura del contratto privato della clausola invalida, dalla riespansione della norma indebitamente derogata dalla clausola abusiva o dall'intervento giudiziale volto al riequilibrio.

In definitiva, alla luce della giurisprudenza unionale, va condotta una **valutazione differenziata** in ragione delle caratteristiche della clausola ritenuta abusiva.

Quando quest'ultima non definisce un aspetto essenziale dell'operazione economica, sicché il contratto è in grado di resistere alla sua rimozione, trova applicazione **la nullità parziale** necessaria che costituisce l'esito ordinario del giudizio di abusività. Si ritiene, allora, che alla declaratoria di nullità della clausola consegua senz'altro **l'integrazione del regolamento contrattuale con una norma di fonte legale**. L'affermazione, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, in base alla quale l'abusività della clausola comporta esclusivamente la sua soppressione, preclude la riduzione conservativa della clausola: non, invece, la sua sostituzione con le norme che sarebbero state applicate in assenza di essa.

La situazione è diversa quando la clausola definisce un aspetto essenziale dell'operazione economica, come il bene o il servizio fornito dal professionista o il corrispettivo dovuto dal consumatore; al verificarsi di queste condizioni, si configura un'**alternativa tra la nullità dell'intero contratto** e la sua **integrazione "ortopedica" mediante regole di fonte legale**.

8.1.9 *La nuova 'frontiera processuale' della rilevabilità d'ufficio dell'abusività delle clausole, dopo il monito della Corte di Giustizia nel 2022 e la risposta delle Sezioni Unite nel 2023: la fase esecutiva*

Quid juris nel caso in cui a valle di una **decisione**, che abbia acquisito l'autorità di **cosa giudicata**, il **giudice dell'esecuzione** dovesse rilevare **l'abusività di una clausola**, non stigmatizzata nella fase di cognizione?

Al quesito ha risposto in un primo momento la **Corte di Giustizia UE** (grande sezione, 17 maggio 2022, n. 693, cause riunite C-693/19 e C-831/19) che ha ritenuto **confligente con la disciplina unionale** (artt. 6, par. 1, e 7, par. 1, Dir. 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993) una **normativa nazionale che impedisca al giudice dell'esecuzione** – 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 – **di controllare successivamente l'eventuale carattere abusivo** di tali clausole.

Le Sezioni Unite (6 aprile 2023, n. 9479) hanno risposto con una pronuncia molto articolata, offrendo un utilissimo vademecum per i giudici, chiarendo limiti e facoltà nella rilevazione delle clausole abusive nelle tre fasi.

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

Nella 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, a 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; (ulteriori evenienze);

- e) se il debitore ha proposto opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 1, 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 (*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».

Infine, nella 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.

8.2 La tutela restitutoria

L'azione restitutoria è un'azione diversa ma potenzialmente **integrativa rispetto a quella di nullità**, da esercitare nel termine di prescrizione ordinario decennale.

La Cassazione in materia si è uniformata agli arresti dalla Corte di Giustizia (interventuta con *sent. 154/2016*), secondo cui sarebbe **incompatibile con la normativa comunitaria una disciplina nazionale che limiti la restituzione alle sole prestazioni eseguite dopo la sentenza che ha dichiarato la nullità**, tradendo la *ratio* protezionistica che vuole che il contratto nullo sia inefficace *ab origine* e che, quindi, tutte le prestazioni eseguite per effetto di esso siano passibili di restituzione.

8.3 La tutela risarcitoria

Ancora, è pacifico che il consumatore in caso di clausola abusiva o, in generale, in caso di comportamento violativo dei suoi diritti può fare valere anche il proprio diritto al **risarcimento del danno**.

La Corte di Giustizia (*5 giugno 2014, n. 557/12*) riconosce tale tutela in via estensiva, finanche quando un'intesa anticoncorrenziale tra due imprese riverberi i propri effetti distorsivi sui diritti del consumatore. Per giurisprudenza costante è, infatti, pacifico che il consumatore che subisca l'imposizione di **contratti iniqui determinati dalle intese restrittive a monte** possa chiedere il **risarcimento del danno alle parti delle intese** (cd *umbrella effects*), dimostrando il nesso causale tra quell'intesa a monte e l'inserzione a valle di clausole abusive, anche **quando abbia stipulato con un altro professionista che abbia solo recepito l'intesa a monte**.

Non a caso, la Cassazione (*Cass., Sez. Un., 2207/2005; Cass. 29810/2017*) ha precisato che la legge antitrust del 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della

libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti che abbiano interesse alla conservazione del carattere competitivo del mercato al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto altresì conto che, di fronte a un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore vede eluso il proprio diritto a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza e che il contratto "a valle" costituisce lo sbocco naturale dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne gli effetti.

8.4 *Il recesso*

Infine, viene riconosciuto al consumatore il **rimedio del diritto di recesso** in determinate tipologie di contratti contraddistinti dalle particolari modalità della loro stipulazione. Si richiamano, al riguardo, **i contratti a distanza o conclusi fuori dai locali commerciali** in cui la proposta contrattuale proveniente dal professionista, normalmente, presenta un carattere aggressivo, che sfrutta l'effetto sorpresa, che induce il **consumatore non perfettamente consapevole** ad acquistare il bene o a stipulare contratti che non avrebbe certamente stipulato.

A tal fine, **varie norme speciali** (si pensi agli artt. 52, 67 e 73 del Codice del consumo, ma anche agli artt. 125ter e quater TUB) prevedono **il diritto a un recesso legale e non condizionato**, che non necessita di **alcuna giustificazione** che non sia la mera volontà di recedere, e **per il cui esercizio** non è prevista **alcuna compensazione economica**.

La ratio del recesso è di consentire al consumatore di **rimeditare la propria scelta** di acquistare un bene o un servizio, **rimediando a una decisione incauta** fortemente sollecitata dalla proposta aggressiva del professionista (nei contratti conclusi fuori dal locale commerciale), nonché di poter sciogliersi da un acquisto effettuato a distanza che gli impediva di avere una piena cognizione del prodotto acquistato. Il recesso, pertanto, permette al consumatore di **valutare l'effettiva convenienza dell'affare**, garantendone la **libertà di scelta e la sua autonomia contrattuale**.

Infine, se già evidenti appaiono le differenze tra tale modello e quello codicistico di recesso *ex art. 1373 c.c.*, si aggiunga che **il recesso consumeristico riguarda anche contratti a efficacia reale già eseguiti**, superando la tradizionale obiezione all'ammissibilità del recesso per quei negozi che abbiano già prodotto il loro effetto reale.

Sul recesso in generale si rinvia alla Sez. IV, Cap. 5, §2.

9. Oltre l'individuo: la tutela meta-individuale e puri-individuale

A fianco alla descritta tutela individuale, la materia consumeristica prevede anche strumenti di tutela che trascendono il singolo consumatore, attingendo a una dimensione super-individuale.

9.1 *La tutela collettiva (o meta-individuale) e la legittimazione delle Associazioni*

Il Codice del consumo prevede anche una **tutela meta-individuale**, tesa a ottenere **l'inibizione e la rimozione a monte di tutte le condizioni abusive** idonee a incidere sui diritti fondamentali della persona, che possano rappresentare un pericolo per la categoria dei consumatori.

Tale particolare forma di tutela è riconosciuta attraverso **due diverse azioni inibitorie**.

Una **prima azione inibitoria**, c.d. **contrattuale**, mira a ottenere una **pronuncia** del giudice che **ordini al professionista** convenuto **di astenersi dall'utilizzazione di clausole** delle quali sia stata positivamente **accertata la vessatorietà**, nell'ambito dei rapporti contrattuali con i consumatori, già instaurati o futuri.

Peraltro, l'art. 37bis del Codice del consumo prevede anche **un'azione inibitoria per via amministrativa**, che consente alle stesse associazioni di agire a fini inibitori presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il potere dell'AGCM non ha carattere sanzionatorio, inibitorio o impeditivo dell'uso delle clausole **ma di mero accertamento**: il provvedimento dichiarativo della vessatorietà delle clausole, infatti, impone solamente che l'esito dell'accertamento sia reso pubblico, al fine di porre la platea dei potenziali consumatori a conoscenza di un dato rilevante per la futura stipulazione. Il potere sanzionatorio scatta in caso di inottemperanza all'ordine di diffusione sul sito operatore o tramite altro mezzo utile.

La **giurisdizione del GA** sui provvedimenti in esame è coerente con il carattere pubblicistico del potere esercitato.

Infine, agli artt. 139 ss., è disciplinata l'azione collettiva volta a porre rimedio non solo all'inserimento di clausole vessatorie ma a tutte quelle situazioni in cui vi sia una violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nel Codice del consumo. In questi casi la pronuncia del giudice potrà **inibire gli atti** e i comportamenti lesivi posti in essere dai professionisti, ma anche adottare **tutte le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi** delle violazioni accertate, finanche prevedendo la **condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni inadempimento**, secondo un modello di coazione indiretta che rappresenterebbe ad opinione di molti una prima forma di *astreinte* italiana.

Inoltre, è prevista la **pubblicazione del provvedimento** su uno o più quotidiani nazionali.

Anche **tale azione**, come la *class action* di cui nel prosieguo, **confluirà nel Codice di procedura civile all'art. 840sexiesdecies**.

Infine, la legittimazione ad agire con gli strumenti della tutela collettiva è riservata dalla legge alle **associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale** che soddisfino i requisiti di cui all'art. 137 C.d.C. Tali associazioni non agiscono quali sostituti processuali bensì a tutela di un interesse collettivo autonomo rispetto agli interessi dei singoli consumatori.

9.2 La tutela pluri-individuale e la class action dopo la L. 31/2019

È bene premettere che, a differenza dell'azione collettiva, l'azione di classe nasce come un **modello pluri-individuale**, per cui qualora ad agire sia un'associazione esponenziale dei diritti dei consumatori, essa dovrà essere dotata di mandato dagli stessi, posto che, a essere perseguiti, non sono gli interessi autonomi di cui essa sia portatrice, ma quelli individuali dei singoli consumatori. La *class action* è stata introdotta in Italia nel 2009 ma solo nel 2012 è stato inserito l'**art. 140bis del Codice del consumo**. Con la **L. 12 aprile 2019, n. 31 (in vigore, dopo una serie di rinvii, a partire dal 19 maggio 2021)** è stato modificato il volto della *class action*, con la scelta rivoluzionaria di **collocare le nuove norme** sull'azione di classe **nel codice di procedura civile**, introducendo il Titolo VIII-bis dedicato ai procedimenti collettivi (artt. 840bis-840sexiesdecies c.p.c.), e di abrogare espressamente le norme sulla *class action* già contenute nel Codice del consumo.

Nella sua nuova configurazione normativa, peraltro, la *class action* assume una **portata generale**, quale strumento alternativo alla tutela individuale anche **oltre i confini della materia consumeristica**, a fronte della lesione di interessi omogenei lesi da **illeciti contrattuali, extracontrattuali o da contatto sociale** (per le sole condotte poste in essere successivamente alla data di entrata in vigore), al fine di **accertare la responsabilità e condannare al risarcimento del danno e alle restituzioni** imprese ed enti gestori di servizi pubblici.

Possono aderire all'azione tutti i soggetti portatori di **diritti individuali omogenei**, ma un'importante novità riguarda il fatto che l'adesione potrà avvenire **sia nella fase anteriore allo svolgimento del giudizio di merito sia successivamente alla sentenza** di accoglimento, con l'apertura di un'apposita fase procedimentale. È un'azione **unica, con più pretese sostanziali**, che hanno le caratteristiche di **interessi individuali omogenei** (risarcitori o restitutori), i c.d. **diritti isomorfi**.

La legge ha sposato il modello dell'azione di classe non collettiva di stampo americano, invece di quello dell'azione collettiva associativa di matrice tedesca (*verbandsklage*). Trattasi, cioè, di un **modello di tutela individual-cumulativo**.

È opportuno evidenziare come, a differenza del modello italiano, la *class action* statunitense richiede tre presupposti: la *numerosity* (la classe deve essere sufficientemente ampia), la *communality* (l'esigenza di trovare soluzione a questioni di diritto e di fatto comuni), la *representation* (la classe deve essere rappresentata da un soggetto idoneo ad agire per tutti). Oltre a tali presupposti, altre caratteristiche distinguono profondamente i due modelli: in primo luogo, la *class action* americana è atipica, sia dal punto di vista soggettivo (non è limitata ai soli consumatori), sia dal punto di vista oggettivo (può essere esperita a fronte di qualsiasi danno, attraverso qualsiasi azione); inoltre, la sentenza che accoglie la domanda nel sistema americano fa stato nei confronti di tutti i componenti della classe che non abbiano manifestato la volontà di non essere coinvolti dall'azione (secondo il modello *opt-out*, opposto rispetto a quello italiano dell'*opt-in*).

Va segnalato come, alla luce della riforma che ha interessato la *class action* nell'aprile del 2019, **le differenze tra il modello interno e quello statunitense**, che pure non vengono del tutto meno, si vengono sensibilmente ad assottigliare.

Ora come allora, comunque, il presupposto dell'azione resta quello dell'**omogeneità** di tutte le questioni dedurre in giudizio le quali devono presentare la medesima *causa petendi* e

richiedere il vaglio delle medesime situazioni di fatto e di diritto (in tema v. *Corte d'appello di Milano, sez. II, 2828/2017* che ha interpretato teleologicamente il termine “omogenei” valutando la sussistenza del requisito sulla base dello scopo e delle esigenze che hanno condotto all'azione).

La ratio che, ancor più alla luce del testo licenziato nel 2019, giustifica tale azione, riposa nel fatto che **spesso il singolo** soggetto leso **non ha un sufficiente interesse per fare valere situazioni asimmetriche di scarso rilievo**; si è, dunque, introdotto un modello di azione con cui egli possa assommare il proprio interesse marginale a quello di coloro che vertano in una situazione analoga in un unico giudizio, che si traduce in un'unica sentenza idonea a produrre effetti per tutti i componenti della classe che abbiano aderito.

La *class action* è e resta, dunque, un'azione caratterizzata da **una pluralità di domande** (e quindi di sottesi interessi) **individuali**.

Va evidenziato che, sul punto, è di recente intervenuta una pronuncia della Corte di Cassazione (*sent. 31 maggio 2019, n. 14886*).

Nella pronuncia, la Suprema Corte ha posto l'accento sulle **peculiarità del danno non patrimoniale nell'azione di classe**: infatti, in questi casi, il giudice di merito deve accertare che **le situazioni soggettive lese e i diritti concretamente pregiudicati** (di necessaria rilevanza costituzionale così come affermato dalle Sezioni Unite nel 2008, si rinvia alla Parte IV, Cap. 2, §3) siano caratterizzati (non solo dalla gravità e serietà della relativa lesione, bensì anche) dall'essenziale **requisito** della relativa **omogeneità**. Per la Cassazione, quindi, se il singolo consumatore intende far valere il proprio diritto al risarcimento del danno non patrimoniale dovrà valutare attentamente la propria strategia a seconda che voglia, per così dire, “accontentarsi” di una forfettizzazione del danno, oppure abbia interesse a un accertamento “su misura” del danno. Infatti, non vi è dubbio che in linea generale e astratta non vi sia nessuna preclusione a poter dedurre in un processo di classe i danni non patrimoniali, ma non quando occorrono «*accertamenti calibrati su specifiche situazioni personali*» ovvero quando occorra soffermarsi «*sulla consistenza specifica della sfera emotiva o dell'esperienza dinamico-relazione di singoli danneggiati*».

9.3 *Una nuova freccia nella faretra del consumatore: l'azione rappresentativa, nazionale e transfrontaliera, promossa da enti legittimati per l'adozione di provvedimenti inibitori e compensativi, a tutela di interessi collettivi dei consumatori (D.Lgs. 10 marzo 2023, n. 28)*

Nel 2020 il legislatore unionale ha adottato la **direttiva (UE) 2020/1828** del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alle **azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori**.

La direttiva muove dall'intento di consolidare la fiducia dei consumatori nel mercato interno e di assicurare una tutela effettiva e uniforme dei diritti loro riconosciuti dalle norme dell'Unione europea contribuendo a evitare possibili distorsioni della concorrenza. In particolare, la direttiva **consente agli enti legittimati** – che agiscono nell'interesse dei consumatori – **di esperire azioni rappresentative**, nazionali e transfrontaliere, **volte all'adozione di provvedimenti inibitori e risarcitori**, nei confronti dei professionisti che violino specifiche disposizioni del diritto dell'Unione europea. Il Legislatore europeo mira, inoltre, a bilanciare il rafforzamento degli strumenti di tutela degli interessi dei consumatori con l'esigenza di prevenire l'abuso del contenzioso, anche a garanzia dei professionisti.