

IL CONTROLLO D'UFFICIO SUL SIGNIFICATIVO SQUILIBRIO NELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA

Di Federico Della Negra

| 71

SOMMARIO: 1. *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e i diritti dei consumatori.* - 2. *L'esame d'ufficio del diritto comunitario.* - 3. *L'esame d'ufficio della clausola vessatoria.* - 4. *I presupposti dell'esame officioso.* - 5. *I poteri del giudice e i rimedi contrattuali.* - 6. *Diritti dei consumatori e diritti fondamentali: quale futuro?*

1. Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e i diritti dei consumatori.

Il principio di effettività ha da sempre svolto un ruolo cruciale nel diritto comunitario (ora dell'Unione europea).¹ Generalmente inteso a designare «una esistenza giuridica valutata nella concretezza dei comportamenti praticati»,² nell'ambito del diritto dell'Unione il principio o criterio di effettività è stato inizialmente declinato dalla Corte di Giustizia nei principi di efficacia diretta³ e primazia o prevalenza del diritto comunitario⁴. Non soltanto il singolo può invo-

care direttamente i diritti a lui attribuiti dal legislatore comunitario senza l'intermediazione dello Stato membro (efficacia diretta), ma tale attribuzione non può essere modificata dal legislatore nazionale, nemmeno mediante una legge successiva all'entrata in vigore della normativa dell'Unione (primazia). Tali principi, tra loro complementari, hanno contribuito a saldare il legame tra cittadino europeo, norma e ordinamento giuridico comunitario.⁵ Nell'ottica di rafforzare il ruolo del singolo nel sistema giuridico disegnato dai Trattati, la Corte di Giustizia ha utilizzato il concetto di effettività anche al fine di fissare la soglia minima di tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione.⁶ In tale diversa accezione, esso viene dunque associato alla garanzia di una tutela giurisdiziona-

¹ Con il passaggio dalla Comunità europea all'Unione europea sono state avanzate diverse proposte terminologiche per sostituire l'aggettivo "comunitario". Ai fini di questo contributo si impiegheranno, indistintamente, le formule di "diritto comunitario" e "diritto dell'Unione".

² N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 3, p. 887 ss. Per un inquadramento teorico del principio di effettività si vedano, ex multis, P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.

³ CGCE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, in *Racc.*, p. 1.

⁴ CGCE, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. ENEL*, *Racc.*, p.

1127.

⁵ Per il riferimento del principio di effettività alla norma ovvero all'ordinamento giuridico si veda A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 457 ss.

⁶ Si vedano, in tal senso, N. Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, cit., p. 890; N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2, 2010, p. 361 ss.



le effettiva,⁷ principio che trova espressione anche negli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) nonché l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (d'ora in avanti anche "la Carta").⁸ Il carattere tipicamente rimediabile del diritto dell'Unione si è infatti sviluppato in relazione all'esigenza, sentita soprattutto dalla Corte di Giustizia, di assicurare i mezzi attraverso cui un certo risultato, previsto in astratto dalla norma comunitaria, può essere conseguito nella vicenda applicativa del diritto interno.⁹ La circostanza che gli Stati membri rimangano liberi, in linea di principio, di stabilire le modalità di attuazione dei diritti, in senso sostanziale e soprattutto processuale, rappresenta infatti un potenziale ostacolo per l'effettività e l'uniforme applicazione del diritto comunitario. Per questo la Corte di Giustizia ha stabilito che, ferma restando l'autonomia procedurale, le modalità di attuazione dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

I vuoti di tutela lasciati dal diritto nazionale emergono in modo più accentuato là dove esistono difficoltà "pregiuridiche", connesse, ad esempio situazioni di difficoltà economica, culturale e sociale, che si frappongono all'esercizio dei diritti. Non è dunque un caso che il dialogo fra le Corti sulle tecniche e sulle forme di tutela abbia riguardato il diritto dei

consumatori ed in particolare i poteri di intervento del giudice nella dinamica processuale (e sostanziale) tra professionista e consumatore.¹⁰ Al giudice nazionale la Corte di Giustizia ha così attribuito il potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità ex art. 3 della direttiva 1993/13 sulle clausole abusive allo scopo di riequilibrare, sul piano processuale, l'asimmetria che contraddistingue il rapporto di consumo.

Il presente contributo ambisce a tracciare i caratteri fondamentali di tale rimedio, verificandone, in particolare, l'incidenza sulla protezione del consumatore e sulla tutela dei diritti fondamentali.

2. L'esame d'ufficio del diritto comunitario

Prima che in relazione al diritto dei consumatori, la Corte di Giustizia ha allargato i poteri officiosi del "giudice comune del diritto comunitario" in riferimento alle violazioni del diritto comunitario riferibili agli Stati membri. L'obbligo di rilevare d'ufficio tali questioni discende, come logico corollario, dal principio di primazia del diritto dell'Unione. Come affermato nella sentenza *Simmmenthal*, quest'ultimo implica che il giudice nazionale abbia il dovere di disapplicare le disposizioni contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva, con la norma comunitaria.¹¹ Qualsiasi previsione di carattere processuale che ostacoli ovvero non faciliti tale compito del giudice nazionale si pone per ciò stesso in contrasto con il diritto comunitario.

Alla luce di tale principio nel 1991 la Corte di Giustizia attribuiva, per la prima volta, al giudice nazionale il potere di valutare la conformità interna con le disposizioni puntuali ed incondizionate di una direttiva per la quale era scaduto il termine di attuazione anche nel caso in cui l'interessato non abbia invocato dinanzi al giudice il beneficio di detta direttiva.¹² Il medesimo principio è stato suc-

⁷ G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della corte di giustizia nell'evoluzione dell'unione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, fasc.3, 2013, p. 483. Si veda anche R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 7 ss.

⁸ Dal 1° dicembre 2009, data in cui il Trattato di Lisbona è entrato in vigore, la Carta dei diritti fondamentali ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 del Trattato sull'Unione Europea). Il diritto ad un ricorso effettivo è anche riconosciuto, a livello internazionale, dall'art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo firmata a New York nel 1948 e dall'art. 2 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici firmato a New York il 16 dicembre 1966.

⁹ Si veda, in senso quasi letterale, N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 3, p. 887 ss. Si vedano anche A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008; S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

¹⁰ Si veda G. VETTORI, *Diritti, Principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le Corti*, in *Eur.dir.priv.*, 2011, p. 237 ss.

¹¹ CGCE, sentenza 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmmenthal*, in *Racc.*, pag. 626

¹² CGCE, sentenza 11 luglio 1991, C-87/90-89/90, *Verholen* *Racc.* I-3757. La Corte di Giustizia non segue invece l'Avvocato Generale Darmon, del 29 maggio 1991, che in-



cessivamente affermato nella sentenza *Van Schijndel* in relazione ai principi della libera concorrenza e libera circolazione dei servizi previsti dal Trattato CE.¹³ In tale sentenza la Corte affronta inoltre delicato rapporto tra principio della tutela giurisdizionale effettiva ed autonomia procedurale. In base a quest'ultimo principio gli Stati membri rimangono liberi di stabilire le modalità di attuazione dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione ma queste non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).¹⁴ Secondo la sentenza *Van Schijndel* per stabilire se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario è necessario esaminare i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, ed, in particolare, il principio dispositivo, «secondo il qua-

l'ufficio solo in casi eccezionali in cui il pubblico interesse esige il suo impulso». ¹⁵ Ne deriva, secondo la Corte che i giudici nazionali non sono tenuti a sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo.¹⁶ Il principio di effettività viene

vece aveva configurato l'esame officioso come un obbligo per il giudice nazionale.

¹³ CCGE, sentenza 14 dicembre 1995, C-430/93-431/93, *Van Schijndel*, Racc. I-04705. In proposito si veda S. Prechal, *Community Law in National Courts: The Lessons from Van Schijndel*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 681 ss.

¹⁴ CGCE, sentenza 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe*, Racc. I-00649; sentenza 9 novembre 1983, C-199/82, *San Giorgio*, Racc. pag. 3595; sentenza 25 febbraio 1988, C-331/85, 376/85 e 378/85, *Bianco e Girard*, Racc. pag. 1099; sentenza 24 marzo 1988, C-104/86, Commissione/Italia, Racc. pag. 1799; sentenza 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, Racc. pag. I-5357. Recentemente, si veda CGUE, sentenza del 19 luglio 2012, C-591/10, *Littlewoods Retail e a.*

¹⁵ CCGE, sentenza 14 dicembre 1995, C-430/93-431/93, *van Schijndel*, cit., p. 21.

¹⁶ In questo senso anche CGCE, sentenza 7 giugno 2007, C-222/05, *van der Weerd*, Racc. I-04233. Si veda invece la sentenza 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, Racc. I-04599 in cui la Corte attribuisce al giudice nazionale la facoltà di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria. Naturalmente l'esame d'ufficio potrà essere affermato sulla

dunque più propriamente inteso come criterio di valutazione o di bilanciamento tra la normativa comunitaria e nazionale.¹⁷

3. L'esame d'ufficio della clausola vessatoria

Nell'ambito del diritto dei consumatori, invece, il criterio di effettività ha assunto una diversa fisionomia. Esso infatti figura non tanto come criterio di bilanciamento quanto come standard minimo di tutela di un certo diritto. Più che sulla relazione tra normativa processuale interna e comunitaria, l'attenzione della Corte in tale contesto, si sposta infatti sul rapporto tra rimedio nazionale e situazione soggettiva del consumatore al fine di verificare se il primo offra una risposta adeguata al bisogno di tutela del secondo.¹⁸

Tale ragionamento emerge per la prima volta nella sentenza *Océano* che ha attribuito al giudice nazionale la facoltà di esaminare d'ufficio la vessatorietà della clausola contrattuale.¹⁹ Nel caso che ha dato origine al rinvio pregiudiziale, il venditore agiva in giudizio contro il consumatore instaurando un procedimento ingiuntivo. Il giudice competente era quello presso cui il professionista aveva sede legale in virtù di una clausola derogativa della competenza inserita nelle condizioni generali di contratto. Il giudice del rinvio, accertata la mancata costituzione in giudizio del consumatore, non poteva tuttavia rilevare la nullità della clausola d'ufficio dal momento che tale facoltà non gli veniva accordata dalla legge spagnola.

È importante ricordare che la direttiva 1993/13/CE sulle clausole abusive, la quale stabilisce un regime di armonizzazione minima delle legislazioni nazionali, si limita a prevedere che le clausole abusive non vincolano il con-

base del criterio dell'equivalenza ove le norme nazionali prevedano un dovere di intervento officioso in relazione alla medesima fattispecie emersa a livello comunitario. Si veda, in particolare, CGCE, sentenza 1° giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, Racc. 03055.

¹⁷ Si veda H. SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, in *European Review of Private Law*, 4, p. 858.

¹⁸ Cfr. H. SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, cit., p. 859.

¹⁹ CGCE, sentenza 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, Racc. I-04941.



sumatore (art. 6).²⁰ Gli Stati membri hanno tradotto il vago riferimento alla “non vincolatività” della clausola attraverso varie soluzioni tra cui la nullità assoluta²¹, l’inesistenza²², la nullità relativa²³ e la nullità di protezione²⁴. Dal momento che il legislatore spangolo ha previsto una nullità relativa,²⁵ il giudice *a quo* domandava alla Corte di Giustizia se la normativa di trasposizione fosse compatibile con la direttiva 1993/13. La Corte parte dal presupposto secondo cui «il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull’idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione».²⁶ Nel caso di specie, tale asimmetria risultava, per altro, accentuata dal fatto che l’obbligo di sottoporsi alla giurisdizione del foro dell’imprenditore, poteva comportare costi sproporzionati rispetto al valore modesto della controversia.²⁷ Per tale ragione, secondo la Corte, soltanto mediante l’intervento del giudice, che valuti *ex officio* la vessatorietà, è possibile rimediare a tale squilibrio contrattuale.²⁸

È evidente dunque che la regola processuale viene modellata sulla particolare condizione di debolezza economica, prima che contrattuale,

del consumatore.²⁹ Non è chiaro, invece, se il potere del giudice possa spingersi sino al punto di disapplicare *motu proprio* la clausola nulla o debba invece essere limitato alla sua rilevazione.³⁰ Prima di affrontare tale questione, che incide profondamente sul livello di tutela del consumatore e sul rapporto tra diritto nazionale e comunitario, è opportuno definire i presupposti in presenza dei quali la Corte di Giustizia ha riconosciuto il potere-dovere del giudice di esaminare la vessatorietà d’ufficio.

4. I presupposti dell’esame officioso

Nella sentenza *Mostanza Claro* la Corte ha innanzitutto precisato il giudice nazionale ha non soltanto la facoltà ma l’obbligo di esaminare la vessatorietà d’ufficio.³¹ L’approdo verso il carattere obbligatorio trova fondamento nel carattere imperativo degli artt. 6, 7 della direttiva la quale costituisce «un provvedimento indispensabile per l’adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per l’innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno».³² L’attuazione di tale obiettivo, chiaramente ispirato da esigenze di ordine pubblico, non può essere lasciato ad una scelta discrezionale del singolo giudice. Quest’ultimo è tenuto, come affermato nella sentenza *Pannon*, ad esaminare la vessatorietà a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine.³³ Nella successiva sentenza *Pénzügyi*, tale obbligo è stato esteso, seppur in relazione alle clausole derogative della competenza territoriale, anche alle misure istruttorie necessarie per poter procedere all’esame della vessatorietà.³⁴

²⁰ Per un quadro completo delle soluzioni legislative adottate dagli Stati membri in sede di trasposizione della direttiva si veda H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG-FLESNER, *Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier, 2008, p. 340 ss.

²¹ Si veda, in particolare, il § 306 BGB.

²² Art. 132-1 code de la consommation.

²³ Si vedano, in particolare, l’art. 55 del codice civile della Repubblica Ceca; l’art. 385 del codice civile polacco; l’art. Art. 6:233 del codice civile olandese; l’art. 209 del codice civile ungherese.

²⁴ Si veda, in particolare, l’art. 36, comma 3, codice del consumo e l’art. 141-4, code de la consommation.

²⁵ Art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007.

²⁶ CGCE, sentenza 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, cit., p. 25.

²⁷ Ivi, p. 22.

²⁸ Nel caso di specie la Corte ha inoltre ritenuto che tale clausola rientra nella categoria di quelle che hanno lo scopo o l’effetto di sopprimere o limitare l’esercizio di azioni legali da parte del consumatore, categoria contemplata al punto 1, lett. q), dell’allegato della direttiva (punto 22). Dalla sentenza 1° aprile 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, Racc. I-03403, la Corte ha invece affermato il principio secondo cui spetta al giudice nazionale stabilire, in base ai criteri dell’art. 3 della direttiva se la clausola è abusiva. In tal senso si vedano anche la sentenza 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, Racc. I-04713; sentenza del 26 aprile 2012, *Invitel*, C-472/10.

²⁹ CGCE, sentenza 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, cit., p. 27.

³⁰ Nella sentenza *Océano* infatti la Corte impiega il termine “valutare” l’abusività (in inglese “determine” e in francese “apprecier”). Più precisa è l’affermazione nella sentenza 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis*, Racc. I-10875, in cui la Corte si riferisce alla facoltà del giudice di “rilevare” l’abusività (in inglese “find” e in francese “relever”).

³¹ CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, Racc. I-10421.

³² CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, cit., p. 34.

³³ CGCE, sentenza 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*, Racc. I-04713.

³⁴ CGCE, sentenza 9 novembre 2011, C-137/08, *Pénzügyi Lizing Zrt*, Racc. I-10847.



A differenza del caso *Océano*, in cui parimenti veniva in discussione una clausola derogativa della competenza territoriale, nei casi *Pannon* e *Pénzügyi* entrambi relativi a procedimenti sorti in Ungheria, il consumatore presentava opposizione contro l'ingiunzione di pagamento instaurando così la fase contraddittoria del procedimento monitorio. In tale opposizione tuttavia il consumatore non eccepiva la vessatorietà della clausola avanzando difese attinenti soltanto al merito (*Pannon*) ovvero non precisando i motivi dell'opposizione (*Pénzügyi*).

Gli effetti delle diverse condotte processuali del consumatore sul controllo d'ufficio vengono per la prima volta esaminati dalla Corte nella sentenza *Asturcom*.³⁵ Nel caso che ha dato origine al rinvio pregiudiziale, il professionista avviava un procedimento arbitrale per vedere condannata la consumatrice al pagamento delle somme dovute in relazione ad un contratto di telefonia. Non essendosi quest'ultima costituita in giudizio, il lodo arbitrale acquisiva autorità di cosa giudicata. Il giudice dell'esecuzione ravvisava tuttavia la possibile abusività della clausola compromissoria e domandava alla Corte di Giustizia se la direttiva 1993/13 consentisse al giudice nazionale di rilevare tale abusività ex officio anche ove il lodo arbitrale fosse diventato definitivo.

La Corte, nel solco del precedente *Mostanza Claro*, attribuisce all'art. 6 della direttiva il rango di norma di ordine pubblico. Dal momento che il giudice spagnolo è tenuto secondo le norme procedurali interne a valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, ne consegue, applicando il principio di equivalenza, che egli è parimenti tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6 della direttiva 93/13.³⁶ Tale ragionamento, sia detto per inciso, ha influenzato anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione. Proprio dalle pronunce *Pannon* e *Asturcom* la Suprema Corte ha tratto il convincimento secondo cui il rilievo officioso della

nullità, essendo fondato sulla tutela di interessi generali non è sacrificabile in nome del rispetto, meramente formalistico, del divieto di extrapetizione.³⁷ Esempio emblematico di dialogo fra le Corti ma soprattutto di un procedimento ermeneutico nel quale la previsione "di settore" diventa punto di riferimento per l'interpretazione del diritto "comune" dei contratti.³⁸

Ritornando al caso *Asturcom*, è opportuno ricordare che la Corte non ha ritenuto applicabile al caso di specie il principio di effettività. Al giudice non può infatti essere chiesto di supplire integralmente la completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo.

Appare tuttavia particolarmente arduo stabilire, alla luce della giurisprudenza successiva, il *discrimen* tra esercizio «facile o soggetto ad un trattamento particolarmente favorevole»³⁹ dei diritti individuali ed esercizio difficile o praticamente impossibile di tali diritti. Nel caso *Banco Español de Crédito*, ad esempio, la Corte ha esteso la rilevabilità officiosa anche alla fase monitoria del procedimento d'ingiunzione, che si svolge a cognizione sommaria e *inaudita altera parte*.⁴⁰ Si trattava di un caso in cui, come ha sottolineato l'Avvocato Generale Trstenjak nelle sue conclusioni, l'esercizio dei diritti processuali del consumatore non appariva di per sé impossibile stante la possibilità per il consumatore di sollevare la questione della vessatorietà nella successiva fase, a cognizione piena, del procedimento ingiuntivo.⁴¹ Nella sentenza *Aziz*, la Corte si è spinta oltre, attribuendo al giudice dell'esecuzione – nei cui confronti il consumatore aveva sollevato per la prima volta la questione dell'abusività della clausola con-

³⁵ CGCE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones S.L.*, Racc. I-09579.

³⁶ Si veda S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 90 che sottolinea il peso delle circostanze fattuali nella valutazione della Corte di Giustizia.

³⁷ Si veda Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Fo-ro it.*, 2013, I, c. 1238 ss., e, più recentemente, Cass., 12 luglio 2013, n. 17257, in *I Contratti*, 1, 2014, p. 15 ss.

³⁸ N. LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1, 2008, p. 13.

³⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, 21 novembre 2013 in causa C-482/12, *Peter Macinský*, p. 30.

⁴⁰ CGUE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*.

⁴¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak, 14 febbraio 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, p. 53.



trattuale – il potere-dovere di prendere tutte le misure necessarie, tra cui quella della sospensione della procedura esecutiva, affinché il giudice del merito possa esaminare la compatibilità della clausola rispetto alla direttiva 1993/13.⁴² Infine, nella recente sentenza *Jörös*, la Corte, ha stabilito che, in base al principio di equivalenza, il giudice nazionale d'appello deve valutare, d'ufficio o riqualificando il fondamento giuridico della domanda, il carattere abusivo di dette clausole rispetto ai criteri di tale direttiva.⁴³ In modo non dissimile rispetto ad *Asturcom* il principio di equivalenza viene così chiamato a svolgere una funzione supplente rispetto al principio di effettività. Come si vede dunque la soglia oltre la quale strategia processuale del consumatore ricade fuori dalla tutela giurisdizionale effettiva appare dunque piuttosto elevata.

5. I poteri del giudice e i rimedi contrattuali

L'obiettivo della Corte di Giustizia è infatti quello di allargare l'accesso alla giustizia nel processo.

Mentre i meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, recentemente sviluppati dal legislatore comunitario (direttiva sull'ADR per i consumatori e il regolamento sull'ODR per i consumatori)⁴⁴ agiscono fuori dal processo, il controllo d'ufficio favorisce l'accesso alla giustizia endo-processuale.⁴⁵

⁴² CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*.

⁴³ CGUE, sentenza 30 maggio 2013, in causa C-397/11, *Jörös*. Si vedano in proposito le considerazioni di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità e l'articolazione di nuovi mezzi di prova nella cornice dell'effettività della tutela. Il dialogo fra le Corti*, in *I Contratti*, 1, 2014, p. 21.

⁴⁴ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), Regolamento (UE) N. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Regolamento sull'ODR per i consumatori)

⁴⁵ Cfr. V. Zeno-Zencovich, M. C. Paglietti, *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?*, in *Nuov. Giur. Civ. comm.*, 2009, II, p. 270.

Questa tesi appare rafforzata da alcune recenti pronunce che hanno delimitato, a nostro avviso il raggio d'azione dei poteri officiosi al momento processuale della tutela.⁴⁶ Al fine di chiarire il senso dell'affermazione, è opportuno ricordare che nel *leading case Océano* la Corte non aveva distinto il potere del giudice di rilevare la nullità da quello di non applicare la clausola in esame. Tale distinzione è stata affermata soltanto nella sentenza *Pannon*, in cui la Corte ha precisato che il giudice nazionale non deve applicare la clausola tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. In altri termini, una volta rilevata la nullità d'ufficio il giudice è tenuto ad instaurare il contraddittorio tra le parti, non potendo decidere di disapplicare la clausola *motu proprio*.

Tale principio, messo in dubbio da una pronuncia di poco successiva,⁴⁷ è stato ribadito, più recentemente, nella sentenza *Banif Plus Bank*.⁴⁸ In tale pronuncia la Corte ha ulteriormente chiarito che l'obbligo di informare le parti e di dare loro la possibilità di presentare osservazioni sul modello del novellato art. 101 c.p.c., rispecchia l'esigenza di garantire il diritto di difesa delle parti che trova espressione nell'art. 47 della Carta di Nizza.⁴⁹ E' dunque interessante notare che tale norma, per la prima volta menzionata in riferimento alla direttiva 1993/13, viene impiegata dalla Corte non già per rafforzare la tutela del consumatore ma per limitare la virtualità espansiva del principio di effettività. Lasciando per un momento da parte tale questione, l'obbligo di instaurare il contraddittorio sulla questione rilevata d'ufficio risponde, secondo la Corte, anche alla finalità di

⁴⁶ Si può fare riferimento, impiegando una nota terminologica, anche alle tecniche di tutela, strumenti processuali attraverso cui vengono veicolate le forme di tutela. In proposito si veda, soprattutto, A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e teniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989 p. 11 ss.

⁴⁷ CGCE, sentenza 17 dicembre 2009, C-227/08, *Eva Martín Martín*, Racc. I-11939. In tale pronuncia, relativa all'applicazione della direttiva 1985/577, la Corte ha stabilito, in conformità all'art. 4 della direttiva, che il giudice nazionale ha l'obbligo non soltanto di rilevare ma anche di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ove il consumatore non sia stato informato del suo diritto di recesso. Nel caso di specie, per altro, il consumatore non aveva mai fatto valere tale nullità né nel giudizio di primo grado né in quello d'appello nell'ambito del quale era stata posta la questione pregiudiziale alla CGUE.

⁴⁸ CGUE, 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank*.

⁴⁹ Ivi, p. 21.



tenere conto della volontà espressa dal consumatore «quando quest'ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua disapplicazione, dando quindi un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi».⁵⁰

Tale principio, da cui sembra trasparire la *ratio* della nullità di protezione prevista all'art. 36, comma 3 cod. cons., ha rafforzato il convincimento di quanti in dottrina, configurano una convalida endo-processuale del contratto nullo nel caso in cui il consumatore si opponga alla declaratoria di nullità.⁵¹ L'opposizione del consumatore, espressa in modo non equivoco, sanerebbe, sul piano sostanziale, la nullità. Altri invece ha invece criticato tale ipotesi ricostruttiva rilevando che ammettere la convalida del contratto nullo in assenza di una previsione normativa svuoterebbe di significato il giudizio di disvalore espresso dall'ordinamento attraverso l'istituto della nullità.⁵² A ritenere diversamente verrebbe inoltre pregiudicato il principio della irrinunciabilità dei diritti del consumatore enunciato all'art. 143 cod. cons. Si tratta di una disposizione «finale»⁵³ che salda il legame tra interesse del consumatore e interesse pubblico rendendo invalida un'ipotetica rinuncia alla nullità, fermo restando la validità di una rinegoziazione che elimini, in radice, il significativo squilibrio contrario a buona fede ex art. 33 cod. cons.⁵⁴

Del resto, non pare possano trarsi argomenti validi in favore della convalida dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. All'innalzamento della tutela processuale del consumatore, raggiunto mediante l'ampliamento dei poteri del giudice nazionale, corrisponderebbe un (paradossale) abbassamento di quella sostanziale. Il passaggio sopra richiamato della sentenza *Banif Plus Bank* non inficia questa tesi. L'obbligo di interpello del consumatore, postulato dalla Corte, implica evidentemente che quest'ultimo decida di non avvalersi della nullità,⁵⁵ ma non può invece determinare una rinuncia al diritto di far valere la nullità in un diverso processo.⁵⁶ Tale ricaduta sostanziale del potere officioso risulta vieppiù smentita dal fatto che l'art. 6 della direttiva 1993/13, come affermato dalla sentenza *Pereñicova*, non autorizza il giudice nazionale a fondare il suo convincimento in merito alla scelta (sostanziale) se mantenere o meno in vita il contratto sulla base dell'eventuale vantaggio del consumatore.⁵⁷ Anzi, la Corte ha precisato che è la necessità di garantire l'effetto deterrente esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione della clausola vessatoria ad impedire al giudice nazionale di modificare l'importo degli interessi della clausola abusiva⁵⁸ ovvero di ridurre la penale d'ufficio.⁵⁹

In tal modo la Corte di Giustizia sembra aver raggiunto un compromesso tra tutela (sostanziale) dell'interesse pubblico e garanzia (processuale) dell'interesse privato che è anche alla base della affermata natura plurifunzionale della nullità protezione.⁶⁰

⁵⁰ Ivi, p. 22.

⁵¹ Si veda, in particolare, S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., p. 90 ss.; ID., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 167 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 51 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti*, 2009, p. 744 ss.; S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, in *I Contratti*, 2009, p. 1122 ss.

⁵² Si vedano, in particolare, A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2012, p. 512; BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 870 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 20; ID., *Commento agli art. 36, commi 1, 3, 4, 5 e 38*, in *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2006, p. 386.

⁵³ F. D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. e impr.*, 4-5, 2013, p. 875 ss.;

⁵⁴ In tal senso si vedano S. MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti attribuiti al consumatore*, in *Contratti*, 2007, 7, p. 697 ss.; G. BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2011, p. 490; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno,

Torino, 1999, p. 1351.

⁵⁵ Sembra invece escludere financo tale possibilità R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in www.juscivile.it, 2013, p. 7.

⁵⁶ Si veda V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 401. In ogni caso – come rileva S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., p. 105 ss. – la condotta del consumatore non può risolversi in comportamenti contraddittori che violino l'affidamento del professionista. In tal senso, si vedano le osservazioni di

⁵⁷ CJCE, sentenza 15 marzo 2012, causa C 453/10, *Pereni-cova* e sentenza 30 maggio 2013, causa C-397/11, *Jo rös*.

⁵⁸ CGUE, sentenza 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*.

⁵⁹ CJUE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse*.

⁶⁰ Sull'irriducibilità della nullità di protezione alla salvaguardia dell'interesse pubblico ovvero privato si veda, ex



6. Diritti dei consumatori e diritti fondamentali: quale futuro?

| 78

Può destare sorpresa, in conclusione, l'assenza, nell'argomentare della Corte, di riferimenti al diritto fondamentale della tutela giurisdizionale o al ricorso effettivo previsto dalla Carta di Nizza (art. 47) e dalla CEDU (art. 6 e 13). Anzi, come dimostra la sentenza *Banif*, l'art. 47 della Carta di Nizza è stato richiamato per limitare il principio di effettività e riaffermare il principio del contraddittorio. Inoltre, in due recenti pronunce, la Corte ha negato il contrasto tra la legislazione nazionale che, in un caso non consentiva l'intervento dell'associazione a difesa del consumatore nel corso della procedura esecutiva,⁶¹ nell'altro impediva ad un'associazione di avviare l'azione inibitoria presso il suo domicilio legale (invece che quello del convenuto),⁶² e gli artt. 38 e 47 della Carta di Nizza. Nel primo caso, in particolare, la Corte ha ritenuto che in assenza di una norma della direttiva che preveda tale diritto di intervento dell'associazione, la Carta non possa essere invocata soltanto al fine di imporre l'interpretazione più favorevole al consumatore.⁶³ Benché potesse dubitarsi dell'effettiva utilità di tale intervento per il consumatore nel caso di specie,⁶⁴ rimane il fatto che tale interpretazione restrittiva sembra porsi in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi a partire dal caso *Océano*. L'assenza di una previsione nazionale non ha affatto impedito alla Corte di Giustizia di allargare i poteri officiosi del giudice nazionale, financo in sede esecutiva, come avvenuto nelle sentenze *Asturcom* e *Aziz*.

multis, A. Gentili, *La «nullità di protezione»*, in *Europa e dir. priv.* 2011, 1, p. 77 ss. Valorizza, recentemente, l'importanza dell'interesse privato nella nullità di protezione, A. Di Majo, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2013, p. 797 ss.

⁶¹ CGUE, sentenza 17 febbraio 2014, C- 470/12, *Pohotovost'*.

⁶² CGUE, sentenza 5 dicembre 2013, C- 413/12, *Asociación de Consumidores Independientes*.

⁶³ CGUE, sentenza 17 febbraio 2014, C- 470/12, *Pohotovost'*.

⁶⁴ Si vedano, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, del 12 dicembre 2013 C- 470/12, *Pohotovost'*, p. 58.

D'altro canto, va sottolineato, al fine di escludere l'applicabilità dei diritti fondamentali al caso di specie la Corte non ha richiamato il discusso art. 51 della Carta di Nizza che limita l'efficacia delle sue disposizioni alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione.⁶⁵ Rimane dunque aperta la strada per configurare un'efficacia orizzontale dei diritti previsti dagli artt. 38 e 47 della Carta nelle controversie tra professionisti e consumatori.

Altro naturalmente è domandarsi se ed in che misura il riferimento a tali diritti possa influenzare, in pratica, la protezione contrattuale del consumatore. Ragioni di carattere logico impongono infatti di evitare duplicazioni concettuali dalle quali non derivino effetti pratici diversi rispetto a quelli già raggiunti dalla Corte modulando i criteri dell'effettività e dell'equivalenza.⁶⁶ È altresì vero, tuttavia, che sia il diritto ad un ricorso effettivo che quello, enunciato in modo programmatico, ad un elevato livello di protezione del consumatore (art. 38 Carta di Nizza), assurgono al rango di diritti fondamentali. Tali previsioni normative, come sembra emergere dalle recenti sentenze menzionate,⁶⁷ potrebbero essere impiegate al fine di verificare la compatibilità della normativa e delle tecniche rimediali nazionali con quelle dell'Unione, fornendo una base giuridica più solida al principio di effettività. La proiezione dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati, secondo il modello della *Drittwirkung*,⁶⁸ muterebbe il ragionamento giuridico, rendendo necessaria un'operazione di bilanciamento tra di-

⁶⁵ Ritiene invece che le disposizioni della Carta di Nizza trovino applicazione anche nei rapporti orizzontali l'Avvocato Generale Cruz Villalón, nelle conclusioni del 18 luglio 2013, C-176/12, 18.7.2013, *Association de médiation sociale*, p. 28. Per tale opinione in dottrina, si veda D LECZYKIEWICZ, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Review*, 38, 2013, p. 479. La Corte di Giustizia ha già applicato i diritti fondamentali della Carta nei rapporti tra privati nelle sentenze del 29 gennaio 2008, C-275/06, *Promusicae* [2008] Racc. I-00271; 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet Extended*; 16 febbraio 2012, C-360/10, *Netlog*; 22 gennaio 2013, *Sky Austria*.

⁶⁶ Si veda L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 9.

⁶⁷ Si vedano CGUE, sentenza 5 dicembre 2013, C- 413/12, *Asociación de Consumidores Independientes*; sentenza 17 febbraio 2014, C- 470/12, *Pohotovost'*. Nello stesso senso anche la causa C-451/12, *Esteban Garcia*, ancora pendente.

⁶⁸ Si veda, recentemente, E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2012, p. 644.



versi diritti fondamentali aventi pari rango (si pensi al rapporto tra art. 38 e art. 47 della Carta di Nizza).⁶⁹ Tale valutazione potrebbe contribuire a fissare in maniera più precisa i limiti entro cui il principio di effettività può operare soprattutto in relazione alle varie fasi processuali in cui si rende necessario l'esame officioso della vessatorietà e ai diversi comportamenti processuali posti in essere dal consumatore. In secondo luogo, la lettura della normativa comunitaria alla luce dei diritti fondamentali, contribuirebbe a saldare il legame tra le diverse fonti giuridiche del diritto dell'Unione (Carta dei diritti, Trattati, regolamenti e direttive), assicurando maggiore coerenza e sistematicità. Infine, l'ingresso dei diritti fondamentali, in un'area tradizionalmente dominata dalla teoria dei fallimenti del mercato e dal «riduzionismo economico»⁷⁰ dell'individuo ad agente razionale del mercato, rafforzerebbe certamente la dimensione personalistica del consumatore favorendo il passaggio, da taluni auspicato,⁷¹ da un diritto dei consumatori ad un diritto dei cittadini.

⁶⁹ Si veda in proposito C. MAK, *Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2012-11. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2126551>.

⁷⁰ P. PERLINGIERI, *Il Diritto privato europeo tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 345 ss.; P. MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 90 ss.; F. D. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 287 ss.; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri*

⁷¹ Cfr. H.-W. MICKLITZ, , *De la nécessité d'une nouvelle conception pour le développement du droit de la consommation dans la Communauté européenne*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 725 ss.; G. ALPA, , *La codificazione dei diritti del consumatore a fronte delle iniziative comunitarie*, in G. Visintini (a cura di), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, p. 1291 ss.