

OBBLIGO DI PAGAMENTO “CONDIZIONATO” NEI CONTRATTI TELEMATICI: DOVERI INFORMATIVI DEL PROFESSIONISTA, TUTELA DEL CONSUMATORE E DIRITTI DEI TERZI INTERESSATI

Nota a Corte di Giustizia, 30 maggio 2024, causa C-400/22 V.T., U.R. c. *Conny GmbH*

| 1009

Di Chiara Sartoris

SOMMARIO: *1. Ordine inoltrato mediante pulsante e contratti telematici con obbligo di pagamento “condizionato”: le ragioni del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. - 2. La disciplina degli obblighi informativi del professionista nei contratti a distanza e il problema rimediale. - 3. Orientamenti della Corte di Giustizia in tema di trasparenza dei contratti telematici. - 4. Postilla sui profili processuali: la legittimazione all’azione di nullità dei terzi interessati tra nuovi interrogativi e possibili criticità.*

ABSTRACT. *La Corte di Giustizia nella causa C-400/22 chiarisce l’ambito di operatività della regola di trasparenza di cui all’art. 8 della direttiva 2011/83/UE estendendone la portata alle fattispecie dei contratti telematici recanti un obbligo di pagamento “condizionato” al ricorrere di determinate circostanze. La condivisibilità della soluzione sul piano della disciplina degli obblighi informativi a carico del professionista presenta, però, delle criticità in relazione ai profili processuali in punto di legittimazione all’azione di nullità, sollevando numerosi dubbi interpretativi.*

The EU Court of Justice case C-400/22 clarifies the field of application of the transparency rule of art. 8 directive 2011/83/EU by extending it to telematic contracts which pose a “conditional” duty of payment. This solution, while acceptable on the ground of the rules concerning business’s duties of information, however, is open to criticisms in relation to the processual ground with reference to the legitimacy to the exercise of the nullity action, thus it arises several interpretative doubts.



1. Ordine inoltrato mediante pulsante nei contratti telematici con obbligo di pagamento “condizionato”: le ragioni del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

| 1010

La virtualità e la rapidità con cui è possibile concludere contratti mediante la rete è spesso fonte di incertezze in ordine al carattere oneroso o gratuito dei beni o dei servizi acquistati, soprattutto di quelli a contenuto digitale. Per questo motivo, nell’ambito del commercio elettronico, gli obblighi informativi posti dal legislatore europeo a carico del professionista costituiscono uno strumento di primaria importanza nell’ottica della tutela del consumatore. Ancora numerosi, tuttavia, sono i dubbi interpretativi concernenti la disciplina dettata dalla direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori¹ e, più in generale, lo statuto consumeristico euro-unitario. Non a caso, in una recente e interessante pronuncia², la Corte di Giustizia offre un importante chiarimento in ordine alla interpretazione dell’art. 8 della direttiva 2011/83/UE, norma centrale per le moderne economie fondate sul commercio elettronico. Secondo tale disposizione, nei contratti conclusi a distanza³ con mezzi elettronici il pulsante di inoltro di un ordine deve

¹ La direttiva 2011/83/UE, recepita dall’ordinamento italiano con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, interviene ad abrogare le direttive 86/577/CE e 97/7/CE, rispettivamente in materia di contratti a distanza e di contratti negoziali fuori dei locali commerciali, nonché a modificare le direttive 93/13/CE in materia di clausole abusive e 99/44/CE in materia di garanzie nella vendita di beni di consumo. Per un primo studio sui contenuti della direttiva 2011/83/UE si rinvia alla seguente letteratura: S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 861 ss.; I. RIVA, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2011, 2, 754 ss.; G. D’AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell’Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contr.*, 2012, 611 ss.; R. ALESSI, *I diritti dei consumatori dopo la Direttiva 2011/83/UE*, in *Persona e diritto*, a cura di R. Alessi, S. Mazzamuto, S. Mazarese, Milano, 2013, 315 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La direttiva 2011/83/UE sui “diritti dei consumatori”: ambito di applicazione*, in *Annuario del contratto 2011*, Torino, a cura di V. Roppo e A. D’Angelo, 2012, 30 ss.; E. BATTELLI, *L’attuazione della direttiva sui diritti dei consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e “nuovi” diritti*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 3, 927 ss.

² Cfr. Corte di Giustizia, 30 maggio 2024, causa C-400/22 V.T., U.R. c. *Conny GmbH*, in *Foro it.*, 2024, 6, 307 ss.

³ La disciplina dei contratti a distanza, inizialmente contenuta in una direttiva *ad hoc* (direttiva 97/7/CE) - così come la disciplina dei contratti fuori dai locali commerciali (direttiva 85/577/CEE) - è oggi confluita all’interno della direttiva 2011/83/UE, che unifica in un unico testo le due discipline menzionate con l’obiettivo di garantire un più elevato livello di protezione dei consumatori. In tema di contratti a distanza cfr. G. ALPA, *Vendite a distanza: nuove garanzie a tutela del consumatore*, in *Contr.*, 1997, 4, 421 ss.; S. BASTIANON, *Prime osservazioni sulla Direttiva 97/7/CE in tema di contratti a distanza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1277 ss.; F.A. REGOLI, *Due note sulla Direttiva concernente i contratti a distanza: la Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Contr. e impr./Eur.*, 1997, 841 ss.; M.A. LIVI, *L’attuazione della Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia*



includere un'indicazione espressa circa la sussistenza di un obbligo di pagamento connesso all'ordine o un'analogia funzione. Non è chiaro, tuttavia, se siffatta regola riguardi solo i casi in cui il corrispettivo a titolo oneroso sia dovuto incondizionatamente; oppure se possa essere estesa anche ai casi in cui detto corrispettivo sia dovuto al ricorrere di determinate condizioni. Vediamo in che senso.

La vicenda da cui origina il rinvio pregiudiziale riguarda un contratto di gestione di affari concluso a distanza e con mezzi elettronici tra una società a responsabilità limitata tedesca operante nel settore del recupero crediti e i conduttori di un appartamento situato a Berlino. In forza di tale contratto, la società agisce in qualità di cessionaria dei diritti dei conduttori nei confronti dei locatori allo specifico scopo di far conseguire loro il rimborso dell'eccedenza del canone di locazione. In accordo con l'art. 556d del BGB, infatti, in caso di superamento del massimale di importo dei canoni stabilito per legge, il conduttore ha diritto a recuperare il credito consistente nella maggior somma pagata al locatore a titolo di canone di locazione⁴. La conclusione del contratto di gestione di affari per il recupero del credito avviene sul sito web della società intermediaria, previa registrazione dell'utente e approvazione delle condizioni generali. All'interno di queste, è fatto riferimento al carattere oneroso del contratto, mentre dell'obbligo di pagamento non vi è alcuna espressa menzione al momento della effettiva conclusione del medesimo. Per confermare e inoltrare l'ordine, agli utenti è semplicemente richiesto di cliccare su un apposito pulsante, intitolato "Conferma, procura e cessione, autorizzazione" e di sottoscrivere un apposito modulo. Il problema è che detto formulario non reca alcuna informazione circa l'obbligo di pagamento incombente sui conduttori. A quest'ultimo riguardo, la fattispecie in esame si caratterizza per una particolarità: l'obbligo di pagamento assunto dai conduttori è del tutto eventuale, perché condizionato all'effettivo recupero delle somme dovute da parte della società intermediaria.

Ebbene, proprio il carattere non incondizionato dell'obbligo in esame fa sorgere i dubbi interpretativi circa il corretto adempimento dei doveri informativi da parte del professionista. Di fronte alla decisione dell'*Amtsgericht Berlin Mitte* di accogliere la richiesta di rimborso

di contratti a distanza, in *Contr. e impr.*, 1998, 1102 ss.; B. RUGGIERO, *La disciplina dei contratti a distanza e la trasparenza contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 1, 232 sss.; A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002; S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 861 ss.; R. PARDOLESI, *La direttiva sui diritti dei consumatori (direttiva 25 ottobre 2011 n. 2011/83/UE). Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato?*, in *Foro it.*, 2012, 5, 177 ss.; C. PILIA, *Contratti a distanza e diritti dei consumatori*, Trento, 2012; F. BRAVO, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella direttiva 2011/83/UE. Verso un codice europeo del consumo*, Milano, 2013.

⁴ Art. 556d BGB (*Zulässige Miethöhe bei Mietbeginn; Verordnungsermächtigung*): «(1) Wird ein Mietvertrag über Wohnraum abgeschlossen, der in einem durch Rechtsverordnung nach Absatz 2 bestimmten Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt, so darf die Miete zu Beginn des Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Absatz 2) höchstens um 10 Prozent übersteigen.».

presentata dalla società intermediaria per conto dei conduttori, i locatori si rivolgono al *Landgericht Berlin*: la difesa si fonda sulla doglianza del difetto di legittimazione della società ricorrente a far valere i diritti del conduttore, dal momento che l’incarico sarebbe stato conferito sulla base di un contratto reputato nullo. Le modalità di conclusione del contratto di gestione d’affari vengono reputate contrarie all’art. 312j, paragrafi 3 e 4, del BGB - e, quindi, all’art. 8, paragrafo 2, comma 2, della direttiva 2011/83/UE - poiché il pulsante presente sul sito web della società per confermare l’ordine e concludere il contratto avrebbe dovuto riportare le parole “ordine con obbligo di pagare” o una formulazione analoga. E ciò, ad avviso dei locatori, ancorché, nella specie, l’obbligo di pagamento risultasse del tutto eventuale, perché condizionato dal buon esito dell’azione di recupero del credito. A fronte di una disomogeneità interpretativa esistente presso le Corti nazionali tedesche, il rinvio pregiudiziale disposto dal *Landgericht Berlin* mira, appunto, a stabilire se l’art. 8, parag. 2, comma 2, della direttiva 2011/83/UE sia applicabile anche nei casi in cui un corrispettivo a titolo oneroso sia dovuto soltanto al ricorrere di talune condizioni ulteriori ed eventuali, come il possibile esito positivo dell’azione giudiziale o un’ulteriore diffida ad adempiere rivolta a un terzo.

Chiara, dunque, la rilevanza del quesito sottoposto alla Corte di Giustizia nella prospettiva della effettività della tutela da assicurare al consumatore, parte di un contratto a distanza caratterizzato da un “obbligo di pagamento condizionato”. Ma altrettanto palesi risultano le peculiarità della fattispecie in esame. Al di là di un possibile dubbio sulla corretta qualificazione del rapporto contrattuale principale in termini di rapporto B2C e, conseguentemente, sull’applicabilità dello statuto consumeristico a favore dei conduttori, preme segnalare un altro aspetto. La decisione merita un’attenta riflessione anche per un aspetto di ordine processuale che, lungi dall’apparire secondario o accessorio rispetto al cuore della questione interpretativa principale, appare denso di relevantissime implicazioni di livello teorico per le discipline nazionali. Nel sondare le ragioni della ricevibilità del rinvio, la Corte di Giustizia compie una interessante riflessione sul profilo della legittimazione a far valere il rimedio consumeristico (la nullità) da un particolare punto di vista, cioè in relazione ai diritti spettanti ai terzi interessati alla caducazione del contratto. Verificata la nullità del contratto di gestione di affari, la Corte di Giustizia prende posizione sulla legittimazione a far valere il rimedio protettivo, in quanto la nullità del contratto viene domandata non dalla parte protetta (i conduttori dell’immobile), ma da un soggetto terzo (i locatori). Evidente la delicatezza di questo profilo, a cui si assommano, come si dirà, le incertezze interpretative legate alla circolazione del credito quando venga in considerazione un contratto soggetto al regime di protezione. Si tratta di interrogativi che toccano il cuore della disciplina consumeristica. Oltretutto, la vicinanza temporale della pronuncia con l’anniversario dei trent’anni



dalla direttiva 93/13/CEE rende tale riflessione più che mai attuale, a conferma dei molteplici nodi interpretativi ancora irrisolti nella materia⁵.

2. La disciplina degli obblighi informativi del professionista nei contratti a distanza e il problema rimediabile

Prima di soffermarsi sulle questioni da ultimo evocate, giova richiamare le coordinate normative alla base della decisione.

La tecnica del “*point and click*” con cui viene concluso il contratto oggetto di impugnazione è propria dei contratti a distanza disciplinati dall’art. 2, punto 7, della direttiva 2011/83/UE: in queste fattispecie, sia la fase della contrattazione, sia la fase della stipulazione avvengono tra parti che non sono fisicamente presenti nello stesso luogo e attraverso l’impiego esclusivo di “mezzi di comunicazione a distanza”. Proprio il mezzo impiegato e la frequente difficoltà per i consumatori di comprendere se i beni o servizi offerti mediante internet siano a titolo gratuito o a titolo oneroso giustificano una loro speciale protezione attraverso la valorizzazione degli obblighi informativi a carico della controparte. Merita soffermarsi sul punto.

Nota da tempo, almeno in relazione alle vendite per corrispondenza e alle vendite a comunicazione diretta (tramite posta elettronica o altri sistemi di messaggistica), la contrattazione a distanza conosce, con l’avvento di internet e delle piattaforme digitali, uno sviluppo esponenziale, sollevando nuove e più complesse questioni legate alle specificità del mezzo impiegato per la conclusione della transazione⁶. Il commercio online, invero,

⁵ Per una panoramica sulle molteplici questioni interpretative esistenti in relazione alla direttiva 93/13/CEE a trent’anni dalla sua adozione si rinvia a AA.VV., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent’anni di direttiva 93/13*, a cura di S. Pagliantini, in *Speciali del Foro italiano*, Milano, 2024.

⁶ In principio furono i contratti telematici, che si fondavano pur sempre su una comunicazione diretta, ancorché a distanza, tra le parti attraverso fax o posta elettronica. A essi oggi si affiancano o si sostituiscono i contratti *online*, cioè contratti che si svolgono interamente nel contesto digitale e che, proprio attraverso l’interazione con interfacce digitali, si fondano su forme di comunicazione indiretta, come la modalità *point and click*, *click-wrap* o *browse-wrap*. Tali ultime modalità pongono il rilevante problema dell’inquadramento dello schema in base al quale si concludono i contratti *online*. Il dibattito si è sviluppato su più posizioni dottrinali, essendo stato proposto di inquadrarli tanto entro lo schema dell’offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), quanto entro lo schema dell’invito a offrire. A ciò si aggiunga che, solitamente, la conclusione del contratto richiede la previa accettazione delle condizioni generali predisposte dal gestore della piattaforma *online*. Per una ricostruzione del dibattito si rinvia ai seguenti Autori: A. GAMBINO, *L’accordo telematico*, Milano, 1997; P. PARIGI, *Contratti on line, in Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, Milano, 2001; G. FINOCCHIARO, *La letteratura sul contratto telematico*, in *Contr. e impr.*, 2002, 3, 1197 ss.; V. RICCIUTO, *Il contratto telematico e i pagamenti elettronici, l’esperienza italiana e spagnola a confronto*, Milano, 2004; G. PERLINGIERI, *Il contratto telematico*, in D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell’informatica*, Napoli, 2004; L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005; A. LISI, *I contratti di Internet. Sottoscrizione, nuovi contratti, tutela del consumatore, privacy e mezzi di pagamento*, in *Giurisp. crit.*, 2006, 35 ss.; P. PACILEO, *Contratti on line e pagamenti elettronici*, Torino, 2010; E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*.



rappresenta una relevantissima opportunità di semplificazione e di velocizzazione della contrattazione, ma nasconde anche altrettanto rilevanti rischi per i consumatori. L’inoltro di un ordine di acquisto attraverso un semplice *click* effettuato su qualsiasi dispositivo elettronico nell’ambito di qualsiasi sito internet o piattaforma digitale comporta un inevitabile abbassamento dell’attenzione dell’utente sui dettagli e sulle condizioni dell’operazione, nonché sulle sue reali caratteristiche. Non solo, ma la dinamicità delle relazioni digitali importa anche una sostanziale ibridazione dei caratteri dei singoli contratti, apparendo sempre più sfumata la natura onerosa o gratuita. Basti pensare ai casi in cui lo scambio di beni o servizi avvenga non verso un corrispettivo in denaro, ma verso il conferimento, da parte dell’utente, di dati personali, che il gestore del servizio online può trattare per le più diverse finalità, così da monetizzarne il valore. O, ancora, si pensi ai casi in cui il contratto apparentemente non richieda l’immediato versamento di un corrispettivo, ma nasconda obbligazioni accessorie onerose. Ebbene, la spersonalizzazione del rapporto contrattuale, la distanza tra le parti, la difficoltà di identificare il professionista e l’ambiguità o la intrasparenza delle condizioni contrattuali pongono i consumatori nella condizione di non essere sempre in grado di comprendere chiaramente a quali obblighi si vincolano nel momento in cui premono il tasto di inoltro dell’ordine. In un contesto siffatto, dove necessaria si rende la predisposizione di tutele specifiche per il consumatore, cruciale è il ruolo della informazione.

La disciplina dei contratti a distanza, originariamente introdotta dalla direttiva 97/7/CE, e poi confluita nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori intende assicurare uno *standard* di tutela consumeristica omogeneo sia per i contratti conclusi a distanza, sia per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali⁷. L’aspetto di novità della normativa in

Nuove frontiere e procedimenti formativi, Milano, 2010; F. AZZARRI, *La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo*, in *Contr.*, 2010, 3, 301 ss.; R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. mer.*, 2013, 2555 ss.; E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione on line delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 4, 1068 ss.; A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, 2016.

⁷ I contenuti della direttiva 2011/83/UE sono confluiti, nell’ordinamento italiano, all’interno del codice del consumo, in un nuovo capo I del titolo III, parte III (artt. 48-67). In particolare, il recepimento della direttiva in esame è intervenuto con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, che ha profondamente modificato il codice del consumo con l’introduzione della disciplina del capo I, titolo III, parte III rubricato “Diritti dei consumatori nei contratti”. Cfr. F. NOVARA, *I contratti a distanza nel codice del consumo: genesi, disciplina e recesso*, in *Contr.*, 2014, 2, 178 ss.; F. DELFINI, *La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori. Prime considerazioni sul d.lgs. 21/2014 di attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 2, 189 ss.; E. BATTELLI, *L’attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e “nuovi” diritti*, cit., 927 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, 745 ss.; S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una*



commento non riguarda solo il piano oggettivo, bensì anche la forza del dettato regolatorio: si tratta di una direttiva di armonizzazione massima, che si distanzia dall'approccio di armonizzazione minima di cui alle precedenti direttive in materia consumistica, alle quali era conseguito un quadro normativo disomogeneo. L'ampia libertà concessa agli Stati membri si era rivelata controproducente, essendosi tradotta in un sostanziale ostacolo allo sviluppo di un mercato unico. L'opposto obiettivo di armonizzazione massima perseguito dalla direttiva 2011/83/UE emerge chiaramente - almeno nelle intenzioni - nell'art. 4: è precluso agli Stati membri di «mantenere o adottare» disposizioni da essa divergenti «includere le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso», salvo che la direttiva medesima non disponga diversamente.

La filosofia di fondo della direttiva in commento ruota attorno a un principio tanto di semplice comprensione, quanto di difficile attuazione. In relazione ai contratti B2C, soprattutto a quelli conclusi *online*, la realizzazione di un mercato unico efficiente richiede il rispetto di uno *standard* di trasparenza indispensabile per riequilibrare quelle relazioni contrattuali strutturalmente sbilanciate a svantaggio della parte priva di competenze professionali⁸. Quest'ultima, in particolare, viene tutelata contro atteggiamenti ingannevoli od omissivi del professionista, il quale, sfruttando la distanza e le caratteristiche del mezzo impiegato, può agevolmente occultare o rendere ambigui taluni aspetti della contrattazione, allo scopo di trarre un indebito vantaggio. Per queste ragioni, nella disciplina dei contratti a distanza l'informazione assume rilevanza sotto molteplici punti di vista, traducendosi in una pluralità di doveri che il professionista deve adempiere nel corso dell'intera relazione contrattuale (art. 6): non solo in sede di formazione del contratto, come oggetto di

rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?), in *Contr.*, 2014, 8-19, 796 ss.; ID., *Commento sub art. 51 cod. cons. - Requisiti formali per i contratti a distanza*, in G. D'AMICO, *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Milano, 2015, 169 ss.; C. GRANELLI, "Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del Codice del Consumo, in *Contr.*, 2015, 59 ss.; M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 183 e d.lgs. 21-2-2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 3, 671 ss.

⁸ La letteratura giuridica su questi temi è ormai vasta. Senza pretesa di esaustività, si ricordano: G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 25 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 561 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 325 ss.; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 302 ss.; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale uniforme ed opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 328 ss.; S. PATTI, *Autonomia privata e diritto privato europeo*, in *Contr. E impr.*, 2013, 635 ss.



specifici doveri di *disclosure*, il cui contenuto è dettagliato normativamente; bensì anche durante l'esecuzione del contratto, affinché il consumatore possa esercitare in modo consapevole i propri diritti. Ma vi è di più. Le informazioni precontrattuali trasmesse prima della stipulazione del contratto, debbono anche rifluire al suo interno, divenendo parte integrante del suo contenuto (art. 6, comma 5). La protezione si completa e si rafforza poi anche con la prescrizione della documentalità delle informazioni trasmesse e della consegna al consumatore di una copia del contratto (c.d. neoformalismo)⁹.

In definitiva, la direttiva 2011/83/UE si lascia apprezzare per aver positivamente per la prima volta le implicazioni della correlazione tra vincoli formali e asimmetria informativa tra professionista e consumatore, valorizzando i primi nell'ottica di condurre a un punto di equilibrio la seconda. Tanto l'informazione costituisce uno strumento cruciale per la tutela effettiva dei consumatori, che il suo ruolo è stato ulteriormente rafforzato dalla recente direttiva 2019/2161/UE (c.d. *Omnibus*), adottata nell'ambito del pacchetto normativo relativo al *New Deal for Consumers*; attraverso il quale l'Unione europea persegue l'obiettivo di adeguare la disciplina consumistica esistente ai più recenti mutamenti tecnologici e alla digitalizzazione del mercato europeo¹⁰. In questa prospettiva, la nuova

⁹ Sul rapporto tra obblighi informativi e regole sul (neo)formalismo contrattuale si rinvia *ex multis*: R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente debole “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 597 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; EAD, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo informativo*, in *Foro it.*, 2018, I, 1283 ss.; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008; E. SCODITTI, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, 2009, 190 ss.; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; *ID.*, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 770 ss.; E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contr.*, 2011, 977 ss.; F. ADDIS, “Neoformalismo” e tutela dell'imprenditore debole, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di M. Pennasilico, Napoli, 2012, 25 ss.; R. FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2012, 582 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, 2018.

¹⁰ La direttiva 2011/83/UE - così come la direttiva 93/13/CE, la direttiva 98/67/CE e la direttiva 2005/29/CE - è stata modificata dalla recente direttiva 2019/2161/UE per una migliore applicazione e modernizzazione delle norme europee sulla tutela del consumatore (c.d. *Omnibus*), recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26. Si tratta di un provvedimento volto ad aggiornare e a uniformare il quadro normativo esistente alla luce delle innovazioni tecnologiche degli ultimi anni. In particolare, la direttiva *Omnibus* si pone tre obiettivi fondamentali: garantire una maggior trasparenza nell'ambito del commercio elettronico; rimuovere gli oneri eccessivi a carico delle imprese; assicurare una informazione adeguata degli utenti in relazione ai criteri di classificazione usati dalle piattaforme. Ai presenti fini, interessa particolarmente il primo obiettivo. La



direttiva determina un ampliamento degli obblighi informativi precontrattuali introducendo all'interno dell'art. 6 *bis* una serie di obblighi supplementari a carico del fornitore nel caso di contratti conclusi tramite *marketplace* digitali.

Tuttavia, la bontà di questo intervento normativo si scontra con le difficoltà dello strumento tecnico impiegato. Preme evidenziare che il rafforzamento della tutela avuto di mira dalle nuove regole sembra essere frustrato dalla portata complessiva della direttiva c.d. *Omnibus*. In accordo con il paragrafo 2 dell'art. 6 *bis*, agli Stati membri è consentito di imporre ai fornitori dei mercati *online* ulteriori obblighi di informazione rispetto a quelli indicati nel paragrafo 1, purché le disposizioni nazionali siano proporzionate, non discriminatorie e giustificate da motivi di tutela dei consumatori. Come è chiaro, questa possibilità, lungi dall'ampliare le possibilità di tutela, solleva numerosi dubbi circa la concreta effettività della protezione immaginata, poiché implica un sostanziale “declassamento” della “*full harmonization*” perseguita dalle direttive modificate¹¹, *in primis* dalla

direttiva *Omnibus* interviene a modificare la direttiva 2011/83/UE nella direzione di fissare maggiori obblighi di trasparenza a carico dei professionisti legati alle caratteristiche del mezzo digitale impiegato per effettuare la transazione. In particolare, il recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano si è tradotto in una modifica dell'art. 49 cod. cons., lett. t) e u), con riguardo alle informazioni da rendere al consumatore parte di un contratto avente a oggetto beni con elementi digitali, contenuti digitali o servizi digitali; nonché nell'aggiunta del nuovo art. 49 *bis* cod. cons., che prevede una serie di informazioni supplementari da rendere ai consumatori in relazione ai contratti conclusi sui *marketplaces* digitali. In particolare, giova ricordare che, in base alla disciplina attuale, il consumatore ha diritto di sapere se il fornitore sia un professionista o un soggetto non professionista; in quest'ultimo caso, il consumatore deve essere informato espressamente del fatto che al contratto non si applicano i diritti dei consumatori; inoltre deve essere indicato il modo in cui gli obblighi relativi al contratto sono ripartiti tra il fornitore e il gestore del *marketplace* digitale. Cfr. G. SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la direttiva UE 2019/2161 (c.d. omnibus)*, in V. FALCE, *Fairness e innovazione nel mercato digitale*, Torino, 2019, 49 ss.; A. CILENTO, *New Deal per i consumatori: risultati all'altezza delle ambizioni?*, in *Contr. e impr.*, 2019, 1195 ss.; M.B.M. LOOS, *The modernization of European Consumer Law: a pig in a pocke?*, in *European Review of Private Law*, 2019, 6, 1297 ss.; G. VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella “direttiva Omnibus”*, in *Pers. e merc.*, 2021, 3, 583 ss.

¹¹ Queste le parole di G. VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella “direttiva Omnibus”*, cit., 585, il quale osserva: «come è noto, l'armonizzazione ha già assunto diverse sfaccettature, ma queste non sembrano destinate ad esaurirsi. Nella direttiva in esame, infatti, non si è soltanto introdotta un'armonizzazione che degrada quella precedente, frustrando gli intenti di una stagione in cui il vento pareva soffiare ormai a favore di un sempre maggiore avvicinamento delle discipline nazionali, ma si è altresì aggiunta la variante di un'armonizzazione che consente persino un abbassamento – per quanto non di grande rilievo, nel caso specifico – dello standard di tutela».



direttiva 2011/83/UE. Tale considerazione non fa altro che aggravare un problema risalente. Anche in relazione alla direttiva 2011/83/UE si è discusso in ordine alla omogeneità dello *standard* di protezione assicurato. In effetti, nonostante avesse fissato obiettivi ambiziosi nell’ottica del rafforzamento dei diritti dei consumatori (art. 4), i risultati raggiunti non sono stati sufficienti. E non lo sono stati proprio nell’ottica di una effettiva armonizzazione delle discipline nazionali. Basti pensare a due aspetti. Se, per un verso, la disciplina dell’informazione per i contratti a distanza e per quelli negoziati fuori dai locali commerciali è stata uniformata, per altro verso, i contratti c.d. diversi soggiacciono a regole differenti. Invero, l’armonizzazione massima perseguita dalla direttiva del 2011 non esclude che, accanto alle disposizioni inderogabili, gli Stati membri possano introdurre disposizioni idonee ad assicurare un livello di tutela più elevato: tanto viene ammesso in relazione agli obblighi informativi per i contratti diversi da quelli negoziati a distanza o fuori dai locali commerciali (art. 6, par. 8). Ne deriva un sistema fondato su due diversi regimi di informazione “*in contrahendo*”. Non solo, ma la disciplina nel suo complesso non può dirsi efficace neppure con riguardo al piano rimediabile. Poiché l’informazione consumeristica deve «*declinarsi al plurale, mancando un rimedio che funga da fattore agglutinante*»¹², appare logico ipotizzare uno statuto rimediabile diversificato e graduato in intensità a seconda della tipologia di dovere informativo - e, quindi, di interesse - violato. Un conto è la condotta ingannevole del professionista che altera il processo di formazione della volontà del consumatore; altro conto è una mera omissione di alcuni dati che non consentono al consumatore di esprimere una volontà consapevole. Altro conto ancora sono le violazioni concernenti le regole sulla forma con cui le informazioni debbono essere trasmesse.

Il vero problema è un altro.

La direttiva 2011/83/UE lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri nel determinare i rimedi riservati al consumatore, prescrivendo unicamente che le sanzioni da adottare nei confronti dei professionisti siano “effettive, proporzionate e dissuasive” (art. 24). Siffatta libertà normativa continua a tradursi in una sostanziale differenziazione delle tutele inidonea a realizzare pienamente l’obiettivo di un efficiente funzionamento del mercato unico¹³. D’altro canto, la contraddizione insita in questa impostazione

¹² Così S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, cit., 797.

¹³ In senso critico v. R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo universe e opzionale*, cit., p. 312: «è proprio nel quadro del consueto silenzio in punto di rimedi alla violazione degli obblighi di informazione che si compie il sostanziale fallimento dei propositi di riordino annunciati e, in particolare, del tentativo di dare compiuta collocazione agli obblighi di informazione nella disciplina generale del contratto professionista/consumatore». Anche perché, come osserva anche l’A., le regole in tema di informazione nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali si differenziano da quelle relative ai



emerge in maniera esplicita e, anzi, si intensifica nel testo dell'art. 2, paragrafo 5, secondo cui la direttiva non intende pregiudicare «il diritto contrattuale nazionale generale, quali le norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto, nella misura in cui gli aspetti relativi al diritto contrattuale generale non sono disciplinati» dalla medesima.

Con riguardo all'ordinamento italiano, la situazione si complica ulteriormente. Nel recepire la direttiva 2011/83/UE il legislatore non ha integrato la disciplina europea sul piano rimediario, distaccandone le indicazioni. Il compito di individuare la soluzione rimediaria più adeguata è così rimasto nelle mani dell'interprete e si è inserito nel noto e risalente dibattito sulla distinzione tra regole di condotta e regole di validità. A rigore, l'inosservanza di una regola di condotta dovrebbe implicare il sorgere di una responsabilità (precontrattuale o contrattuale), salvo che non sia espressamente prevista la nullità del contratto, come testimoniato da talune disposizioni del codice del consumo. È il caso dell'art. 53, comma 1, cod. cons., che commina la nullità per l'omessa informazione relativa al diritto di recesso consumeristico. Come chiarito dalle Sezioni Unite nel noto arresto del 2007, previsioni di tal fatta, lungi dal mettere in crisi lo schema evocato, lo confermano, essendo espressive di eccezioni circoscritte che «nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano». Difatti «il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni»¹⁴.

Orbene, una volta esclusa l'operatività di un rimedio caducatorio, e ferma restando la possibilità che sussistano i presupposti per il risarcimento del danno, la disciplina consumeristica sembra preferire rimedi di tipo manutentivo, quanto meno nelle ipotesi in cui l'informazione precontrattuale costituisca parte integrante del contratto. Sicché, ove possibile, quell'informazione integra o sostituisce il contenuto contrattuale incompleto o difforme. In altri casi, la presenza di condizioni contrattuali

contratti “diversi” dai predetti. Cfr. anche M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 183 e d.gls. 21-2-2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, cit., 671 ss., la quale evidenzia come già la scelta dello strumento della direttiva susciti perplessità in relazione all'obiettivo di armonizzazione massima.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724-26725 (spec. paragrafo 1.6), in *Danno e resp.*, 2008, 536 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Giust. civ.*, 2008, 953 ss., con nota di T. FEBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss., con nota di A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori?*; in *Giur. it.*, 2008, 2, 347 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni...*; in *Obbl. e contr.*, 2008, 393 ss., con nota di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*.



che non siano state oggetto di previa comunicazione in sede precontrattuale giustifica la loro non vincolatività per il consumatore, senza incidere per questo sulla validità complessiva del contratto. Quanto appena osservato non vale, invece, per quei casi, invero sporadici e non coordinati tra loro, in cui la direttiva - e, di riflesso, il codice del consumo - indicano espressamente il rimedio attivabile dal consumatore. Oltre al già menzionato caso della violazione dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso, si ricordano anche le norme in tema di violazione degli obblighi di informazione sulle spese aggiuntive e su altri costi, nonché le norme relative alla violazione degli obblighi di informazione relativi ai contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici.

Ai limitati fini del presente scritto, giova concentrare l'attenzione su quest'ultima fattispecie, che è quella per la quale il giudice tedesco ha richiesto l'intervento della Corte di Giustizia nel rinvio pregiudiziale in esame. L'art. 8, comma 2, della direttiva 2011/83/UE, nel prevedere la “*non vincolatività*” del contratto o dell'ordine per il consumatore il quale non sia stato inequivocabilmente informato dal professionista che l'inoltro dell'ordine implica il sorgere dell'obbligo di pagare un corrispettivo, enuncia la c.d. “*Button solution*”: cioè una regola sul formalismo attinente alla onerosità dell'ordine allo scopo di combattere il fenomeno dei cc.dd. *Internet cost traps*. Se chiara può dirsi la *ratio* della regola, meno semplice è l'inquadramento giuridico del rimedio previsto, il quale, di per sé, potrebbe evocare tanto l'idea del mancato perfezionamento del contratto¹⁵, quanto l'idea della nullità¹⁶. Benché entrambe le tesi siano state sostenute, maggiormente persuasivo appare quanto messo in luce da attenta dottrina, secondo la quale il rimedio previsto dall'art. 8, parag. 2, della direttiva 2011/83/UE sarebbe descritto negli stessi termini del rimedio contro le clausole abusive di cui all'art. 6 della direttiva 93/13/CE: si tratterebbe, cioè, di una “non vincolatività” della sola pattuizione fonte di uno squilibrio normativo, sempre che il contratto possa sussistere senza la medesima¹⁷.

¹⁵ Secondo l'orientamento evocato, si tratterebbe di una ipotesi di vera e propria inesistenza poiché il contratto non si sarebbe affatto concluso. Cfr. G. PERLINGIERI, F. LAZZARELLI, *Il contratto telematico*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2016, 290 ss.

¹⁶ Più precisamente, secondo i sostenitori dell'orientamento in esame, si sarebbe in presenza di una nullità virtuale. Cfr. M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, 280 ss.; T. FEBRAJO, *L'attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e il suo impatto sulle tutele contrattuali*, cit., 507 ss., il quale propende per la nullità di protezione.

¹⁷ La questione dell'inquadramento della “non vincolatività” tra le patologie contrattuali euro-unitarie è approfondita specialmente da S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di “non vincolatività” delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 507 ss.; ID., *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, Milano, 2023, 137: «(...) quando (...) si registri una *comunanza* della sanzione comminata, diventa arduo per l'interprete ipotizzare che una *diversità soltanto fenomenica* basti a divaricare i principi processuali reggenti, in luogo di altre, *talune discipline consumistiche*. Soltanto il plusvalore di un ordine pubblico europeo, munito di una funzione selettiva, può consentire, in altre parole, di ovviare all'alea



Ove si condivida siffatta impostazione si perverrà, alla seguente conclusione: poiché la clausola relativa all'assunzione di un obbligo di pagamento del corrispettivo è una pattuizione essenziale del contratto, non solo essa non va applicata verso il consumatore, *id est* va dichiarata nulla; ma la sua non vincolatività si estende all'intero contratto, determinandone la caducazione.

3. Orientamenti della Corte di Giustizia in tema di trasparenza dei contratti telematici

In relazione alle coordinate normative di riferimento, è ora possibile affrontare la questione della corretta interpretazione dell'art. 8, paragrafo 2, comma 2, della direttiva 2011/83/UE, oggetto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Nell'ambito della conclusione di un contratto telematico il completamento del processo di inoltro di un ordine, quando comporta l'assunzione di un obbligo di pagamento a carico del consumatore, costituisce una fase fondamentale. In quel momento, invero, il consumatore assume un duplice obbligo: quello di vincolarsi al contratto a distanza e quello di pagare un corrispettivo. Come anticipato, la conclusione di contratti a distanza con mezzi elettronici può nascondere il rischio di cc.dd. *Internet cost traps*, e cioè il rischio che la fornitura del bene o del servizio, soprattutto se a contenuto digitale, pur presentata come gratuita, preveda prestazioni accessorie (come la conclusione di un contratto di abbonamento a titolo oneroso) o, addirittura, sia in realtà onerosa.

Nel caso di specie, la tutela fornita dall'art. 8, comma 2, direttiva 2011/83/UE trova recepimento testuale nel paragrafo 312j BGB, il quale impone al professionista non solo di informare il consumatore del fatto che sta assumendo un impegno vincolante e oneroso; ma anche di indicare in modo chiaro, laddove l'ordine venga effettuato cliccando su un pulsante, che si tratta di un "ordine soggetto a pagamento" ("*zahlungspflichtig bestellen*")¹⁸. Simile anche la previsione dell'art. 51, comma 2, cod. cons.

di una mappatura ondivaga a motivo di una pura discrezionalità giudiziale»; ancora «(...) tanto il dispositivo italiano che quello tedesco sono collimanti nello stabilire, in conformità a un precetto europeo di *full harmonization*, che l'inadempimento ad un siffatto obbligo è ostativo a che il consumatore sia vincolato dal contratto »; A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 1, 83 ss.

¹⁸ Non è un caso che proprio la spinta della delegazione tedesca durante i lavori preparatori della direttiva abbia fortemente inciso sulla introduzione della c.d. *button solution*. Cfr. La Nota del Segretariato generale del Consiglio del 4 giugno 2010 "*Internet cost traps*": «Given the constantly large number of complaints about Internet cost traps [...] Germany has proposed the inclusion of a "button solution" in the Directive on Consumer Rights [...] With a view to efficient consumer protection in Europe, Germany asks the Member States and the Commission to support the

italiano, che per i contratti a distanza implicanti un obbligo di pagamento impone al professionista di rendere le informazioni di cui all’art. 49, comma 1, lett. a), e), q), r), cod. cons. prima dell’invio dell’ordine da parte del consumatore.

La Corte di Giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi più volte sulla portata della disposizione in esame. In particolare, ha chiarito che la formulazione presente sul pulsante di inoltro dell’ordine o su una funzione analoga può consistere in qualsiasi dicitura corrispondente a quella riportata nell’art. 8 (“ordine con obbligo di pagare”), purché sia facilmente leggibile e inequivocabile. In presenza di una qualsiasi altra formulazione corrispondente, la valutazione in ordine alla sussistenza dell’obbligo di pagamento deve basarsi unicamente sulla dicitura riportata sul pulsante, senza possibilità di prendere in considerazione le circostanze che accompagnano il processo di inoltro di un ordine¹⁹. Siffatta impostazione, ad avviso dei giudici, non solo realizza l’obiettivo di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori in materia di informazione; ma non compromette neppure la competitività o la libertà di impresa dei professionisti interessati²⁰. Tanto trova conferma, d’altra parte, nel

proposal on a “button solution”, thereby increasing consumer confidence in the Internal Market». Per un approfondimento sulla normativa tedesca v. A. SCHWAB, A. GIESEMANN, *Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt*, in *ZEuP*, 2012, 253 ss.

¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 7 aprile 2022, causa C-249/21 *Fuhrmann-2-GmbH c. B.* La sentenza riguarda un contratto telematico di albergo concluso tramite una nota piattaforma di locazione di alloggi *online*. Secondo il giudice del rinvio il termine “prenotazione” che ricorre nella dicitura presente sul pulsante di inoltro dell’ordine (“conferma prenotazione”) non è necessariamente associato, nel linguaggio comune, alla sussistenza di un obbligo di pagare un corrispettivo, potendo essere inteso anche come sinonimo di “riservare o ordinare preventivamente a titolo gratuito”. Nel qual caso si sarebbe in presenza di una violazione dell’art. 312j, parag. 3, BGB, ossia dell’art. 8, comma 2, della direttiva 2011/83/UE. Per questi motivi, il giudice del rinvio chiede se tale ultima disposizione debba essere interpretata nel senso che per determinare «se una formulazione presente sul pulsante di inoltro dell’ordine o su una funzione analoga, come la formulazione “conferma prenotazione”, “corrisponda” alla dicitura “ordine con obbligo di pagare”, ai sensi di tale disposizione, occorre basarsi sulla sola dicitura riportata su tale pulsante o su tal funzione analoga oppure se occorra anche prendere in considerazione le circostanze che accompagnano il processo di inoltro dell’ordine».

²⁰ Sul punto si era già pronunciata in senso conforme la menzionata sentenza Corte di Giustizia, 7 aprile 2022, cit., punto 31: «se è vero che la Corte ha dichiarato che, nell’interpretazione delle disposizioni della direttiva 2011/83, si deve garantire, come enunciato dal considerando 4 di tale direttiva, un giusto equilibrio tra un livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, rispettando al contempo la libertà di impresa dell’imprenditore, come sancita all’articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali (v., in tal senso, sentenza del 10 luglio 2019, *Amazon EU*, C-649/17, punto 44 e giurisprudenza ivi citata), occorre tuttavia constatare che un simile bilanciamento non è pertinente nel caso di specie, atteso che la redazione o la modificazione di una dicitura presente su un pulsante o su una funzione di inoltro elettronica di un ordine non implica



considerando 39 della direttiva 2011/83/UE, il quale evidenzia la necessità che l'attenzione del consumatore sia attirata in modo specifico, mediante una formulazione inequivocabile, sul fatto che l'inoltro dell'ordine comporta un obbligo di pagamento.

Alla luce di tali premesse, la Corte di Giustizia affronta una questione ancor più complessa: nel caso di specie, l'obbligo di pagamento che il consumatore assume inoltrando l'ordine non sorge in quel momento, ma è del tutto eventuale, perché è subordinato al ricorrere di ulteriori condizioni: la società intermediaria, infatti, può avanzare la propria pretesa remuneratoria verso il consumatore solo in caso di esito positivo dell'azione giudiziaria proposta contro il locatore o di invio di una diffida al locatore. Come è chiaro, la risposta all'interrogativo se l'art. 8, paragrafo 2, comma 2, della direttiva 2011/83/UE (e l'art. 312j, paragrafi 3 e 4, BGB) si applichi anche a tale fattispecie dipende dall'ampiezza con cui si interpreta. Delle due l'una: o si esclude l'applicabilità della disposizione poiché l'obbligo di pagamento è condizionato o si estende il suo ambito di applicazione sì da ricomprendere anche la medesima.

La Corte di Giustizia, in coerenza con il canone dell'interpretazione conforme, ricorda che la disposizione oggetto di analisi non deve essere interpretata solo in relazione alla sua lettera, ma anche in relazione al contesto e agli scopi perseguiti dalla direttiva in cui è inserita. Alla luce dei considerando 4, 5 e 7 della direttiva 2011/83/UE, l'interpretazione estensiva è reputata più coerente con il significato e la finalità della disposizione menzionata, l'unica in grado di garantire un elevato livello di tutela dei consumatori nelle transazioni con i professionisti. Ebbene, se, come si evince dal già menzionato considerando 39 della direttiva, nei contratti conclusi a distanza mediante siti internet è di fondamentale importanza per il consumatore determinare il momento in cui si assume l'obbligo di pagare il professionista, occorre che la sua attenzione venga specificamente attirata, con una formulazione inequivocabile, sul fatto che l'inoltro di un ordine comporta un obbligo di pagamento. E poiché l'art. 8, paragrafo 2, comma 2 non prevede alcuna distinzione tra obblighi di pagamento correlati da condizione e obblighi di pagamento incondizionati, se ne deve dedurre una conclusione precisa: l'obbligo del professionista di informare il consumatore sorge nel momento in cui quest'ultimo accetta di vincolarsi a un obbligo di pagamento in caso di realizzazione di una condizione esterna alla sua volontà, anche qualora tale condizione non si sia ancora realizzata. Diversamente ragionando, infatti, il professionista potrebbe agevolmente svincolarsi da tale obbligo informativo *«proprio nel momento in cui quest'ultimo può rivelarsi utile per il consumatore, semplicemente inserendo nelle loro condizioni generali clausole che farebbero dipendere l'obbligo di pagamento del consumatore dal verificarsi di condizioni soggettive che non dipendono dall'espressione della volontà del consumatore»*²¹. Non solo, ma l'interpretazione restrittiva finirebbe per compromettere l'effettività della

alcun onere significativo tale da nuocere alla competitività o alla libertà di impresa dei professionisti interessati».

²¹ Così Corte di Giustizia, 30 maggio 2024, causa C-400/22, cit. (paragrafo n. 53).

tutela anche da un altro punto di vista: introdurrebbe una indebita distinzione tra i consumatori il cui obbligo di pagamento esiste già alla data di conclusione del contratto, i quali fruirebbero della protezione offerta dalla direttiva; e i consumatori il cui obbligo di pagamento non solo non è ancora definitivo alla data della conclusione del contratto, ma il suo sorgere dipende dal verificarsi di altre condizioni, sulle quali essi non possono esercitare alcuna influenza.

4. Postilla sui profili processuali: la legittimazione all'azione di nullità dei terzi interessati tra nuovi interrogativi e possibili criticità.

La conclusione del ragionamento svolto dalla Corte di Giustizia si dipana attraverso un passaggio logico imprescindibile che merita ora di essere analizzato in maniera specifica, in quanto denso di implicazioni sistematiche in ordine al regime rimediabile.

La Corte giudica ricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale nonostante la società di recupero crediti abbia messo in dubbio la rilevanza del rinvio, reputando che un terzo (i locatori) non possa avvalersi di un eventuale vizio del rapporto giuridico di cui essa è parte assieme al consumatore (i conduttori). Ciò in quanto quella nullità²², che è rimedio con funzione di protezione, finirebbe per realizzare l'interesse del terzo, anziché del consumatore; o meglio, il terzo finirebbe per trarre giovamento dalla declaratoria di un rimedio dotato di un raggio protettivo circoscritto a favore di un soggetto preciso.

Ebbene, dopo aver chiarito che le questioni vertenti sul diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza e che essa, quindi, è

²² A rigore, con riguardo all'ordinamento tedesco, si dovrebbe discorrere di una *Unwirksamkeit*, cioè di una inefficacia della clausola abusiva, ai sensi dell'art. 306 BGB. Ma, come è noto, in quell'ordinamento i termini *Unwirksamkeit* e *Nichtigkeit* (nullità) sono solitamente impiegati come sinonimi. O, per meglio dire, la *Unwirksamkeit* può avere cause diverse di cui la *Nichtigkeit* costituisce la più rilevante, implicando un grado di inefficacia più forte. Non a caso, di solito, si discorre di *Nichtigkeit* proprio quando la nullità-inefficacia travolge l'intero negozio. Inoltre, differentemente dall'ordinamento italiano, la *Unwirksamkeit* di cui all'art. 306 BGB quale patologia che colpisce la clausola abusiva inserita in un contratto B2C, soggiace alla stessa disciplina applicabile alle invalidità che concernono contratti tra pari. Per un approfondimento su questi aspetti v. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 3. Berlin – Heidelberg, 1979, 556 ss.; K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8 Aufl., München, 1997, 825 ss.; G. DE CRISTOFARO, *L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, 667 ss.; G. WAGNER, *Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher*, in *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 2010, 248 ss.



tenuta a statuire²³, la Corte prende subito posizione sulla questione processuale. La risposta ruota attorno al parallelismo, già menzionato, con il rimedio contro le clausole abusive di cui l'art. 6 della direttiva 93/13/CE, come interpretato dalla medesima Corte tanto in punto di poteri del giudice (potere-dovere di rilevazione officiosa dell'abusività), quanto in punto di poteri del consumatore (diritto di opposizione alla dichiarazione di non vincolatività della clausola abusiva)²⁴. Secondo una impostazione ormai

²³ Secondo un orientamento giurisprudenziale ormai costante, nell'ambito della cooperazione tra Corte di Giustizia e giudici nazionali sancita dall'art. 267 TFUE, è compito di questi ultimi valutare, in relazione a ciascuna singola controversia pendente dinanzi a loro, se vi sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale e se la questione sia rilevante. Con la conseguenza che «allorché le questioni sollevate vertono sull'interpretazione o sulla validità di una norma giuridica dell'Unione, la Corte è, in via di principio tenuta a statuire». Le questioni vertenti sul diritto dell'Unione europea invero «godono di una presunzione di rilevanza. La Corte può rifiutare di statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice nazionale soltanto quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione europea o il giudizio richiesto sulla sua validità non ha alcuna relazione con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia principale, qualora il problema si di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per favorire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte» (così Corte di Giustizia, 30 maggio 2024, causa C-400/22 in commento, par. nn. 32-33). Cfr. i seguenti precedenti conformi: Corte di Giustizia, 8 settembre 2011, causa C-78/08, *Paint Graphos e a.*, par. n. 30; Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *S. Melloni*; Corte di Giustizia, 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e a.*, par. n. 24; Corte di Giustizia, 28 ottobre 2020, causa C-521/18, *Pegaso e Sistemi di Sicurezza*, par. n. 26; Corte di Giustizia, 12 ottobre 2023, causa C-286/22, *KBC Verzekeringen*, par. n. 21.

²⁴ Il riferimento è alla nota giurisprudenza della Corte di Giustizia che, a partire dal caso *Oceano Grupo Editorial* del 2000, ha interpretato l'art. 6 della direttiva 93/13/CE chiarendo via via, a testo immutato, i profili di disciplina del rimedio contro le clausole abusive. Cfr. Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/1998 a C-244/1998, *Océano Grupo Editorial*, in *Foro it.*, 2000, IV, 413 ss.; Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis SA*, in *Foro it.*, 2003, IV, 16 ss.; Corte di Giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/2005, *Mostaza Claro*, in *Foro it.*, 2007, IV, 373 ss.; Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/2008, *Pannon*, in *Foro it.*, 2009, IV, 489 ss. Da ultimo, quanto alle interferenze tra potere officioso del giudice e principio del giudicato nel procedimento monitorio, si ricordano le recenti quattro sentenze della Grande Sezione: Corte di Giustizia, Grande Sezione, 17 maggio 2022, causa C-600/19, *Ibercaja Banco*; cause riunite C-693/19, *SPV Project*, e C-831/19, *Banco Desio e della Brianza*; C-725/19, *Impulso Leasing Romania*; causa C-869/19, *Unicaja Banco*. Le sentenze sono consultabili sul sito www.curia.europa.eu e, nella dottrina italiana, sono state commentate da: S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'ineffettività*, in *Giur. it.*, 2022, 2117 ss.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, *ivi*, 2126 ss.; A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 281 ss. Per l'ordinamento italiano si veda la nota sentenza: Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242-26243, in *Corr. giur.*, con nota di V. CARBONE, "Porte aperte" delle sezioni unite alla rilevanza dell'ufficio del giudice della nullità del contratto, di I. PAGNI, *Nullità del contratto - il*



consolidata, le clausole abusive devono essere disapplicate (dichiarate nulle) dal giudice solo se il consumatore non si oppone attraverso l’interpello in sede giudiziale. Al consumatore, infatti, è riconosciuto uno strumento processuale attraverso il quale esprimere la propria volontà in ordine alla clausola non negoziata ogniqualvolta non si sia avveduto della sua abusività. In tal modo, il contraente protetto è posto nella condizione di valutare se avvalersi del rimedio o se inibirne l’applicazione e mantenere la clausola abusiva. L’operatività del rimedio caducatorio, dunque, non è incondizionata e necessitata, ma trova un limite nella volontà del contraente protetto recuperata nel processo in sede di contraddittorio.

Nel caso in esame, la Corte di Giustizia - in adesione alle conclusioni dell’Avvocato Generale²⁵ - sembra aggiungere un nuovo tassello al mosaico dello statuto rimediale dell’art. 6 della direttiva 93/13/CE. A suo dire, l’obiettivo protezionistico sotteso al rimedio non verrebbe compromesso dall’estensione della legittimazione in capo a soggetti terzi, in quanto l’accertamento della nullità e la successiva caducazione del contratto o della clausola abusiva, da chiunque venga chiesto, trova, pur sempre, un limite nella volontà del consumatore; il quale solo conserva «la possibilità di confermare il contratto o di concluderne uno nuovo con il professionista»²⁶.

“sistema” delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite; in *Foro it.*, 2015, I, 862, con note di F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d’ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, di S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: “quid iris”?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni unite e il rilievo officioso delle nullità*, di N. RIZZO, *Commento a Cassazione Sezioni unite 26242 del 2014*. In risposta alle menzionate sentenze gemelle della Grande Sezione della Corte di Giustizia, si veda da ultimo: Cass., Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479, in *Foro it.*, 2023, I, 1452 ss., con note di P. FARINA, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo statuto. L’opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l’effettività della tutela consumeristica*, e di R. PARDOLESI, B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza euounitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, e di S. PAGLIANTINI, «*Ce n’est qu’un début*»: spigolature civilistiche sul decalogo europeista di sez. un. 9479/23; in *Giur. it.*, 2023, 1054 ss., con nota di C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria «ricarburata» e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica «rimaneggiata» (specie) su invito del g.e.*, e 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 processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell’art. 650 c.p.c.*

²⁵ Cfr. Conclusioni dell’Avvocato Generale Giovanni Pitruzzella presentate il 14 novembre 2023, paragrafi nn. 51-56: «Se il diritto nazionale non lo vieta, ritengo che un terzo sia legittimato a far valere l’eventuale invalidità di una clausola di un contratto sottoscritto tra un consumatore o un professionista ove vi abbia interesse ma, dal momento che l’invalidità prevista da articolo 8 è “di protezione” sarà sempre il consumatore ad avere l’ultima parola sulla volontà di beneficiare o meno dell’invalidità o se con successiva manifestazione convalidare gli effetti di una clausola invalida (nullità relativa). È pertanto escluso che il terzo possa invalidare una clausola di un contratto tra consumatore e professionista perché viziata contro la volontà e l’interesse del consumatore, soggetto della tutela del provvedimento legislativo» (spec. paragrafo n. 56).

²⁶ In particolare, la Corte di Giustizia precisa che in conformità all’art. 3, paragrafo 5, della direttiva 2011/83/UE, al consumatore va riconosciuta la possibilità «dopo aver ottenuto



Ad avviso della Corte, infatti, la legittimazione dei terzi esige pur sempre una verifica, da parte del giudice, circa la coincidenza tra il loro interesse a ottenere la caducazione del contratto B2C e l'interesse del consumatore parte di quel contratto ad avvalersi della tutela invalidante: la possibilità per un terzo interessato di domandare l'invalidità in tanto è ammissibile, in quanto sia occasionalmente strumentale alla protezione dell'interesse del consumatore. Sicché, laddove tali interessi non coincidano, il giudice deve assumere la decisione in linea con la volontà del solo consumatore, in coerenza con la finalità protettiva del rimedio. Non è chiaro se qui la Corte intenda riferirsi al dovere di interpellare il consumatore, che normalmente sorge al momento della rilevazione officiosa della invalidità da parte del giudice. Ma se la sorte della clausola o del contratto resta affidata alla volontà del consumatore, si deve supporre che il momento dell'interpello debba essere sempre garantito anche quando la *quaestio nullitatis* sia posta dal terzo.

Ebbene, ad avviso di chi scrive, la discutibilità di quanto affermato dalla Corte di Giustizia emerge da due punti di vista.

Primo. La ricostruzione prospettata sembra non tenere in alcuna considerazione un interrogativo logicamente antecedente di non poco momento: quello relativo alla sorte della titolarità dell'apparato protettivo a valle di un'operazione di cessione del credito. La questione si inserisce nel complesso dibattito relativo alle conseguenze della "circolazione dello statuto consumeristico"²⁷. La sua rilevanza è di particolare evidenza in un caso come quello in esame, in cui la contestazione della validità del contratto da parte dei terzi locatori fa sorgere l'interrogativo - evaso dalla Corte - se l'interpello a favore del consumatore spetti a coloro che tale qualifica avevano in origine, quali conduttori dell'immobile, ovvero trasli su colui che sia divenuto cessionario del credito sorto dal contratto di

un'ulteriore informazione sull'obbligo di pagamento» di «decidere di mantenere gli effetti di un contratto o di un ordine che, fino a quel momento, non lo vincolava a causa dell'inosservanza, da parte del professionista, all'atto della sua conclusione, dell'obbligo a esso incombente previsto all'articolo 8, paragrafo 2, secondo comma della direttiva 2011/83» (parag. n. 54).

²⁷ Nella dottrina italiana il tema è stato indagato da S. PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021, 50 ss.; ID., *La circolazione dello statuto consumeristico: esperimenti in una terra incognita*, in *Foro it.*, 2024, 4, 1069 ss. Con particolare riguardo alla sentenza che qui si commenta, l'A. si chiede: «se l'art. 8, par. 2, è da riguardarsi a guisa di una disposizione formalizzante una non vincolatività di cui può disporsi, come fa a circolare uno statuto consumeristico esposto ad una *mutatio* di volontà del cedente? (...) una cessione che non spoglia il cedente della titolarità soggettiva del credito, tecnicamente è un non sense. Ergo, delle due l'una: o cessione v'è, ed allora il consumatore cedente esce di scena; o, se il primato della sua volontà rimane poziore, fino al punto - notiamo - che il giudice deve decidere in linea con la sua volontà, nessuna cessione potrà, in realtà aversi. Ammettendo infatti che il cedente possa pentirsi esprimendo la volontà di mantenere gli effetti della clausola e/o del contratto, la conseguenza non potrà che essere il rigetto della domanda di nullità del cessionario.». Si vedano, inoltre, le posizioni sostenute da V. CONFORTINI, *Cessione del credito e nullità di protezione (sulla circolazione degli statuti asimmetrici)*, in *Jus civile*, 2022, 1046 ss.; A. IULIANI, *Contratto a favore di terzo e tutela consumeristica*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2023, 427 ss.



locazione, cioè la società cessionaria. A seguire recenti pronunce della giurisprudenza europea in tema di contratti di credito ai consumatori prima (caso *Lexitor*) e in tema di clausole abusive poi (caso *Ryanair*)²⁸, sarebbe la qualifica delle parti del contratto originario a determinare lo statuto del credito e, dunque, a fondare l'applicazione della disciplina protezionistica. Ma il dibattito è ancora aperto, non essendo pacifico se, in caso di cessione del credito, la circolazione del regime protezionistico segua un criterio di ordine soggettivo (la qualità del contraente originario) ovvero oggettivo (inerente alla fonte del credito). Come è chiaro, la soluzione di tale nodo interpretativo appare di fondamentale importanza allo scopo di comprendere se la domanda di nullità proposta da un terzo possa trovare accoglimento, considerato che essa deve essere sorretta da un interesse coincidente con quello del contraente protetto.

Secondo. Anche a voler sostenere che, a valle della cessione del credito, i conduttori cedenti conservino il diritto di opporsi alla declaratoria di nullità, la statuizione relativa alla legittimazione ad agire dei terzi implica un forte impatto sistematico sulla disciplina nazionale. La sentenza, invero, lungi dal confermare l'impostazione consolidata²⁹, sembra riecheggiare le posizioni di quella autorevole dottrina, sinora minoritaria, contraria configurazione della nullità di protezione come nullità con una legittimazione riservata

²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 11 settembre 2029, causa C-383/18, *Lexitor*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 280 ss., con nota di G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2019, II, 639 ss., con nota di A.A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione "riduzione del costo totale del credito". Il caso della cessione del quinto*; Corte di Giustizia, 18 novembre 2020, causa C-519/19, *Ryanair DAC c. DelayFix*, in www.curia.europa.eu

²⁹ Secondo l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, nonostante l'ambiguità del dato normativo dell'art. 36 cod. cons., la nullità di protezione sarebbe una nullità relativa. Noto l'assunto su cui si basa tale impostazione: lasciare la disponibilità del rimedio e della relativa azione in capo ad altri soggetti e, soprattutto, del professionista, autore della clausola abusiva, significherebbe compromettere tanto l'effettività, quanto la dissuasività del sistema di protezione edificato dal legislatore europeo. Cfr. da ultimo Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, I, 934, con nota di S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*; in *Pers. e merc.*, 2019 21 ss., con nota di G. VETTORI, *Nullità selettiva e riequilibrio effettivo: l'evoluzione della buona fede*, e di C. SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*: secondo la Corte «pur in presenza di differenze testuali non prive di rilievo, il tratto unificante del regime giuridico delle nullità di protezione sia la legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio». In termini più generali v.: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 185 ss.; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, 1338 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 690 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; EAD., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a *terbium genus* nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009; ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevanza d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 10, 691 ss.; I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012.



unicamente al consumatore³⁰. Secondo questa impostazione, il sintagma “la nullità opera vantaggio del consumatore” significherebbe unicamente che «la sentenza che accerta la nullità di una clausola non farà cadere quanto in essa al consumatore non nuoce e ha ancora funzionalità: è dunque asseverazione della operatività necessariamente parziale, non della legittimazione necessariamente relativa»³¹. Per la verità, a seguire siffatto modo di ragionare, quella descritta dalla Corte di Giustizia non sembrerebbe neppure una legittimazione *ad excludendum* dal lato del professionista; di più, si tratterebbe di una vera e propria legittimazione aperta ai terzi interessati. Questo modo di ragionare, si fonda sulla considerazione secondo cui la tutela del consumatore non si realizza sul piano della relatività dell’azione, ma viene recuperata sul piano del contraddittorio attraverso lo strumento processuale del diritto di opposizione. Quest’ultimo si configurerebbe, allora, come una sorta di legittimazione “successiva” a far valere il rimedio, laddove la volontà del consumatore coincida con quella del soggetto che domanda la nullità; ovvero come un inibitore della nullità laddove questi preferisca non fruire della tutela.

Sia consentito avanzare qualche perplessità circa l’opportunità di configurare una legittimazione siffatta. Non solo per la difficoltà pratica che i terzi possono incontrare, nella maggior parte dei casi, nel dimostrare un proprio concreto e attuale interesse all’accertamento della nullità della clausola abusiva; nonché un interesse che possa dirsi coincidente con l’interesse del consumatore. Non solo perché essa metterebbe in crisi un regime rimediabile faticosamente ricostruito attraverso l’opera interpretativa della dottrina e della giurisprudenza in relazione alle specificità della

³⁰ Il riferimento è, in particolare, ad A. GENTILI, *L’inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 412 ss., secondo il quale la formula della “operatività a vantaggio” non identificerebbe il profilo della legittimazione ad agire, bensì «il modo di operare dell’inefficacia unidirezionale», cioè la direzione nella quale e secondo la quale deve operare il modulo della parzialità necessaria. Sicché la tutela offerta implicherebbe la estinzione degli «obblighi e oneri a carico del consumatore che generano in suo danno un significativo squilibrio, ma non i diritti e le facoltà che la stessa clausola, o un suo elemento, gli accordi». Si vedano anche S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 48 ss., secondo il quale, pur non potendosi negare che le nullità di protezione non possano essere ridotte a mere eccezioni al modello codicistico della nullità, non si potrebbe neppure «cedere alla tentazione di istituire una corrispondenza necessaria fra finalità protettiva della patologia e legittimazione (in ogni caso) riservata al contraente debole» in considerazione della complessità degli interessi tutelati; A. DOLMETTA, *All’essenza della nullità di protezione: l’operatività “a vantaggio”*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 1, 96 ss., il quale nel commentare la questione della nullità selettiva, esclude che il *proprium* della nullità di protezione coincida con la legittimazione relativa. Dalla formula della “operatività a vantaggio”, letta assieme al potere di rilevanza officiosa della nullità, emergerebbe solo che la legittimazione esclusiva del contraente protetto sia «più che altro un mezzo per escludere che lo strumento venga nel concreto deviato dal suo fine istituzionale e nel concreto utilizzato per il vantaggio dell’impresa contraente (legittimazione c.d. *ad excludendum*)». Secondo l’A., pertanto, nulla sembra escludere che «l’azione giudiziale intesa all’accertamento della nullità di protezione sia avviata da un terzo (tipico, in proposito, l’esempio del fideiussore): purché la stessa risulti nel concreto diretta a operare a vantaggio del cliente».

³¹ Così A. GENTILI, *L’inefficacia delle clausole abusive*, cit., 412.

normativa italiana alla luce dei consolidati principi enunciati dalla Corte di Giustizia. E non solo perché in contrasto con il dato testuale nei luoghi in cui la finalità protettiva della nullità si combina esplicitamente alla legittimazione riservata, come nell’art. 135 *sexies* cod. cons., senza che sia ravvisabile una diversità di *ratio*. Ma, soprattutto, perché dubbio è il fondamento su cui la descritta impostazione sembra poggiare. Se, davvero, fosse del tutto indifferente che a contestare la nullità sia il consumatore, un terzo o addirittura il professionista, si perverrebbe al seguente esito: si assisterebbe a un capovolgimento dell’assetto degli interessi coinvolti. Si intende dire che, secondo la prospettiva descritta, il fondamento della disciplina coinciderebbe non con la tutela di un interesse seriale, il quale si identifica e si esprime nella posizione contrattuale del singolo consumatore; bensì con un vero e proprio interesse generale alla tutela del mercato, che assorbirebbe al suo interno anche l’interesse particolare del consumatore. Tanto metterebbe in discussione l’idea sui cui è stato eretto lo statuto della nullità di protezione, cioè di un rimedio avente natura ibrida sul piano assiologico, che mentre protegge la singola posizione contrattuale svantaggiata, nel contempo, tutela l’assetto generale del mercato. Ad avviso di chi scrive, l’interesse generale non assorbe, né esaurisce per intero l’interesse del singolo contraente; lo condiziona, senza dubbio, e anzi lo limita in un certo senso, ma non lo azzerà³². Ebbene, ove si condivida quanto osservato, si perverrà alla conclusione che la tecnica più adeguata per tutelare in maniera effettiva l’interesse del consumatore sia proprio quella di escludere la legittimazione non solo del professionista, ma anche dei terzi.

Insomma, una statuizione come quella contenuta nella sentenza in commento, pur circoscritta, nel caso di specie, a questione processuale relativa alla ricevibilità del rinvio pregiudiziale, non è di poco momento sul piano sistematico e richiederebbe di essere maggiormente approfondita, apparendo densa di implicazioni per la configurazione del regime della nullità di protezione. Ma, certo, si può sin da subito concordare su un dato: tale sentenza non è altro che una ulteriore dimostrazione di quello che è stato autorevolmente definito come un fenomeno di «*iper-funzionalismo di una Corte di Giustizia che, nell’ultimo lustro, ha messo in pratica una strategia incessante di smontaggio delle categorie civilistiche tradizionali, iniziando da quella nullità di protezione (art. 36, comma 1, c. Cons.), i cui attributi vengono periodicamente disassemblati e manipolati in vista di una nuova (e cangiante) configurazione della stessa*»³³.

³² Per un approfondimento su questo punto, sia consentito rinviare a quanto osservato in altre occasioni: C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, Milano, 2022, 296-301; EAD., *Rilievo d’ufficio della nullità di protezione e giudizio esecutivo: la questione della latitudine soggettiva*, in *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. Trent’anni di direttiva 93/13*, a cura di S. Pagliantini, cit., 393 ss.

³³ Così S. PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, cit., 105.

