



Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi*



Simona Caporusso

SOMMARIO: 1. Uno sguardo d'insieme. – 2. *Segue*: e una precisazione doverosa. – 3. Certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi. – 4. Le conseguenze del mancato rilievo di abusività. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Uno sguardo d'insieme

Come è ormai a tutti largamente noto, il 17 maggio 2022 la Corte giust. UE, riunita in Grande Sezione, si è pronunciata, con quattro sentenze¹, sulle domande di rinvio pregiudiziale presentate da un giudice italiano², da un giudice rumeno³ e da due giudici spagnoli⁴: rinvii tutti vertenti sull'interpretazione della dir. 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori⁵. E tutti altresì ormai sanno che

* Il presente scritto è in corso di pubblicazione su *Il giusto processo civile*, 2022.

¹ Per tutti i testi delle sentenze della Corte giust. UE richiamati in questo scritto, v. www.curia.europa.eu.

² Cause riunite C-693/19 *SPV Project 1503 Srl* e C-831/19 *Banco di Desio e della Brianza SpA*.

³ Causa C-725/19 *Impuls Leasing România IFN SA*.

⁴ Cause C-600/19 *Ibercaja Banco* e C-869/19 *Unicaja Banco*.

⁵ Il dibattito scientifico che ne è scaturito è stato da subito vivace ed intenso, giacché le sentenze della Corte di giustizia sono state oggetto di soluzioni interpretative diverse, sia quanto alla sussistenza di eventuali limiti strutturali dell'attuale fase monitoria quando il credito deriva da clausole non negoziate individualmente sia rispetto alla possibilità di una verifica officiosa da parte del giudice dell'esecuzione sull'intrinseco del titolo esecutivo su cui l'azione esecutiva si sorregge. V., senza pretesa di completezza: COSTANTINO, «Certezza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, «accertamento con prevalente funzione esecutiva», «normativa senza giudizio», «preclusione pro ju-

ai giudici del Lussemburgo veniva domandato se i principî di diritto processuale interno, nella specie quello dell'autorità di cosa giudicata, potessero costituire un ostacolo al potere del giudice nazionale – in particolare attraverso il rinvio pregiudiziale italiano del giudice dell'esecuzione – ad una valutazione dell'eventuale carattere abusivo di clausole contrattuali contenute nei contratti b2c e se, per conseguenza, siffatti principî di diritto interno fossero o no compatibili con la dir. 93/13.

Perciò, pur traendo origine da procedimenti di natura diversa, le quattro sentenze del maggio 2022, sono innegabilmente legate da un filo conduttore, che attiene alla concreta attuazione della dir. 93/13 negli ordinamenti nazionali e che costituisce uno sviluppo ulteriore della giurisprudenza UE dedicata al (delicato) tema del potere-dovere di ogni giudice nazionale di esaminare d'ufficio l'abusività delle clausole contrattuali contenute in un contratto concluso tra consumatore e professionista da cui deriva il credito azionato in giudizio. Per conseguenza, esse debbono essere lette congiuntamente in quanto tutte, rispettivamente per il grado o il tipo di giudizio cui si riferiscono, contribuiscono a

dicato» e clausole vessatorie, in www.inexecutivis.it; CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in www.judicium.it; TRONCONE, *Decreto ingiuntivo non opposto: la Corte UE amplia il sindacato del giudice dell'esecuzione*, in www.altalex.com; DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in www.giustiziainsieme.it; ID., *Questioni processuali, giudicato interno e rapporti con il giudicato UE. In particolare: le sentenze della CGUE dal 17 maggio ad oggi in tema di titolo esecutivo giudiziale e tutela effettiva del consumatore*, in www.cortedicassazione.it; SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, in www.questionegiustizia.it; FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, cit.; CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Rass. esec. forz.*, 2022, 707 ss.; PARISI, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., 686 ss.; GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, in corso di stampa, consultato in anteprima per cortesia dell'Autore; D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in www.judicium.it; ROSSI, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, id.; STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 2022, 2126 ss. e, si vis, CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, id., 2022, 2117 ss.; GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, di prossima pubblicazione nel fascicolo 1/23 di *Nuova giur. civ. comm.*; BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Pactum*; MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, in www.judicium.it; FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, cit.; MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di Giustizia*, in giustiziacivile.com.

disegnare in maniera ancora più netta i contorni del perimetro dei poteri officiosi quando si verte in materia di recupero dei crediti consumeristici. Difatti, sul presupposto comune che la normativa nazionale, al fine di non pregiudicare il principio di effettività, non deve rendere impossibile o eccessivamente difficile la tutela dei diritti del consumatore, la Corte giust. UE ha chiarito l'interazione, in sede monitoria, esecutiva e in grado d'appello, tra vincolo del giudicato e doverosità del controllo officioso dell'abusività delle clausole quando a venire in rilievo è, per l'appunto, la materia consumeristica.

Orbene, per quanto attiene in maniera specifica al nostro sistema processuale, il punto cruciale riguarda il rilievo d'ufficio, da parte del giudice dell'esecuzione, della abusività di una clausola relativa ad un contratto *b2c* dopo la formazione della preclusione *pro judicato* per mancata opposizione al decreto ingiuntivo. Ma, a mio modo di vedere la questione, questo aspetto pur sempre rappresenta l'approdo del percorso legato alla previa necessità di ripensare *funditus* le modalità del controllo officioso di abusività in sede monitoria.

In altri termini, il rilievo officioso in fase monitoria, divenuto ormai una necessità ineludibile per rendere reale l'applicazione dei principi di diritto enunciati dalle sentenze della Corte, assume correlativamente il ruolo di chiave di volta per calibrare l'effettività della tutela del consumatore, in quanto impatta su una serie di questioni processuali, che potremmo definire cronologicamente anteriori, tra cui: le modalità del controllo di abusività cui è tenuto il giudice in sede monitoria; l'ampiezza (*id est* l'analicità) della motivazione del provvedimento; l'esatta portata del vincolo del giudicato che consegue alla mancata impugnazione del decreto ingiuntivo e, per finire, il potere-dovere del giudice dell'esecuzione di operare un sindacato di abusività in caso di mancata delibazione nella fase in cui il titolo esecutivo si è formato. Difatti e non a caso, secondo il canone della Corte giust. UE, l'esigenza primaria è quella di garantire la massima protezione alla parte svantaggiata e, dunque, di offrire una tutela che possa dirsi *effettiva* per il consumatore. In un contesto così articolato, il risultato è che la doverosità del sindacato officioso non può che essere lo strumento principe per soddisfare gli obiettivi posti dalla dir. 93/13.

Se però le cose stanno così, la necessità di rendere *effettiva* la tutela giurisdizionale del consumatore non poteva che condurre la Corte ad un esito che oserei definire quasi scontato, anche in rapporto a quanto già statuito in altri precedenti resi su rinvii pregiudiziali proposti da giudici di altri ordinamenti⁶: una normativa nazionale per la quale l'esame d'ufficio dell'abusività si considera avvenuto e coperto da giudicato anche in assenza, nel decreto ingiuntivo, di qualsiasi motivazione esplicita in punto di vessatorietà, non può considerarsi eurocompatibile *di per sé*, cioè a prescindere dalla circostanza che il consumatore non abbia proposto opposizione. Di qui, in caso di omesso o parziale controllo di vessatorietà in sede monitoria, l'esigenza di ovviare ad una stortura del sistema: che si scaccia se diventa più spessa la latitudine dei poteri del giudice della fase esecutiva nella cognizione di una vessatorietà esistente ma non dichiarata. E però, lo si sa, non sem-

⁶ V. *infra*, § 2.

pre quella che si palesa come la soluzione più semplice finisce per avere successo, specie se la stessa soffre la concorrenza di una varietà di letture escogitate al precipuo scopo di ovviare ad un *deficit* di tutela che, almeno su questo tutti concordano, è manifesto.

2. Segue: e una precisazione doverosa

Ora, per meglio contestualizzare le sentenze della Corte e delinearne l'effettivo perimetro di rilevanza, mi sembra doverosa una precisazione.

Il 5 aprile del 2023 la dir. 93/13 compirà ormai trent'anni. Si tratta di una direttiva che, come ben sappiamo, annovera al suo interno un articolo 7 nel quale è fatto obbligo, nei termini di una obbligazione di risultato, agli Stati nazionali di far cessare l'inserimento di clausole vessatorie nei contratti predisposti unilateralmente⁷, con la puntualizzazione, nella direttiva stessa, «che se, ciò nonostante, tali clausole figurano in detti contratti, esse non vincoleranno il consumatore, e il contratto resta vincolante per le parti secondo le stesse condizioni, qualora possa sussistere anche senza le clausole abusive»⁸. Ebbene, nonostante sia questa la cornice di riferimento, le clausole vessatorie continuano a fiorire in modo pressoché impunito, come testimonia la mole incessante di rinvii pregiudiziali alla Corte giust. UE. Ed è questo un problema “comune”, nel senso che riguarda tutti gli Stati dell'Unione.

Perciò, in un contesto di tal fatta, preso atto della latitanza tanto del legislatore europeo quanto dei singoli legislatori nazionali, è dal 2000, cioè da *Océano Grupo Editorial*⁹, storica pronuncia per come ha rivoluzionato il modo di intendere il rilievo officioso, che la Corte ha rimesso al giudice nazionale la funzione, o se si preferisce il compito, di rilevare la vessatorietà e di sopprimere le clausole abusive.

Quello della Corte giust. UE è un autentico ribaltamento di prospettiva: onde evitare che i dettami della dir. 93/13 restassero lettera morta, è al giudice nazionale che viene demandata la funzione di compensare processualmente l'asimmetria esistente tra professionista e consumatore per quanto riguarda tanto il potere negoziale quanto il livello di informazione¹⁰. Un obiettivo ambizioso, volto com'è a ripristinare a valle una parità

⁷ Recita, infatti, l'art. 7, co. 1, dir. 93/13 che «gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori».

⁸ Ventunesimo considerando della dir. 93/13.

⁹ Sentenza del 27 giugno 2000, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, cause riunite da C-240/98 a C-244/98.

¹⁰ Sentenza del 26 gennaio 2017, *Banco Primus SA*, C-421/14; 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, C-40/08; 4 giugno 2009, *Pannon GSM*, C-243/08; 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05. V., inoltre, FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza*, in CAPORUSSO e D'ALESSANDRO (a cura di), *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 2022, spec. 528 s., ove ulteriori riferimenti.

¹ⁿ particolare, quanto alla posizione di inferiorità del consumatore relativamente al livello di

delle armi claudicante a monte¹¹, ma soprattutto da supportare con una iniezione continua di poteri officiosi. È infatti evidente che il giudice dei singoli Stati nazionali, nella sua veste anche di giudice eurounitario, intanto potrà soddisfare lo scopo affidatogli in quanto il ventaglio delle prerogative che gli sono riconosciute dall'ordinamento interno sia ampio. I luoghi normativi di questo discorso sono arcinoti, mi riferisco agli artt. 38¹² e 47¹³ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma, più in generale, non può non mettersi in rilievo la circostanza che il potenziamento del ruolo del giudice è il risultato di un crescendo giurisprudenziale operato dalla Corte giust. UE. Vediamone, quindi, i passaggi più salienti.

È in particolare con l'accoppiata di sentenze *Pannon*¹⁴ ed *Aziz*¹⁵, che la Corte giust. UE, muovendo dalla consacrazione dell'art. 6, paragrafo 1¹⁶, della dir. 93/13 al rango di norma di ordine pubblico eurounitario, ha istituito l'obbligo del rilievo officioso della natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui il giudice dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine¹⁷, con l'effetto che se il giudice ritiene abusiva una clausola, non la applica, tranne il caso in cui il consumatore vi si opponga.

informazione, la Corte di giustizia, riunita in Grande Sezione, ha precisato che il requisito della trasparenza deve essere inteso in modo estensivo, vale a dire nel senso che impone non solo che la clausola di cui trattasi sia intelligibile per il consumatore sul piano grammaticale, ma anche che tale consumatore sia posto in condizione di valutare, sulla base di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano: così sentenza del 3 marzo 2020, *Gómez del Moral Guasch*, C125/18, punto 50, sul cui impatto v. PAGLIANTINI, *What is european in european private law? A partire da Corte di giustizia, Grande Sezione, Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA e dintorni*, in *Annali SISDIC*, 2020, 143 ss. Sull'obbligo che le clausole inserite nei contratti predisposti unilateralmente siano *sempre* redatte in maniera chiara e comprensibile, come peraltro richiesto dall'art. 5 dir. 93/13, e che perciò l'obbligo di trasparenza non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale v. altresì: sentenze del 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, C26/13, punto 71; 20 settembre 2017, *Andriuciu e a.*, C186/16, punti 44 e 45.

¹¹ Sentenza del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e a.*, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15.

¹² L'art. 38, rubricato Protezione dei consumatori, dispone che «nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».

¹³ L'art. 47, rubricato Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancisce che «ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo».

¹⁴ Sentenza del 4 giugno 2009, *Pannon GSM*, cit. Nello stesso senso v. anche la sentenza del 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA*, C-618/10, punti 42 e 43.

¹⁵ Sentenza del 14 marzo 2013, *Mohamed Aziz*, C415/11.

¹⁶ Ove si legge che «gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

¹⁷ In questo senso v. anche sentenza del 13 settembre 2018, *Profi Credit Polska*, C176/17, punto 42 e giurisprudenza ivi citata.

È poi con la sentenza *Banco Español de Crédito*¹⁸, seguita dalle sentenze *EOS KSI Slovensko*¹⁹ e *Profi credit Polska S.A.*²⁰, che dal Kierchberg ci dicono che l'obbligo del rilievo officioso opera tanto nei processi a cognizione piena (e quindi con contraddittorio) quanto nei procedimenti senza contraddittorio o a contraddittorio differito, tra i quali, per l'appunto rientra quello monitorio, operando così una sorta di allineamento, quanto alla doverosità del rilievo d'ufficio dell'abusività, tra le procedure con e senza contraddittorio.

Nella cornice di quella che Oltralpe viene efficacemente definito «*un office actif*»²¹, è, infine, con la sentenza *Lintner*²², che i giudici del Lussemburgo chiudono il cerchio sulla doverosità del controllo di abusività delle clausole, stabilendo l'adozione di misure istruttorie supplementari al fine di rendere siffatto controllo *effettivo*. La Corte, infatti, ritiene che il rispetto dei diritti conferiti al consumatore dalla dir. 93/13 non possa essere garantito in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole contrattuali interessate per ottenere un provvedimento di condanna nei confronti del debitore-consumatore²³.

Ed allora, così contestualizzate, la domanda che l'interprete deve porsi è innanzitutto la seguente: qual è la novità del tritico di sentenze del 17 maggio, dato da *SPV Project e Banco di Desio e della Brianza, Ibercaja Banco ed Impuls leasing Romania*? La quarta sentenza, la *Unicaja Banco*, resa sempre in quel giorno, esula un po' dalla tematica odierna, riguardando il fatto che, nonostante si fosse prodotto il giudicato perché il consumatore non aveva proposto appello (principale o incidentale) avverso una sentenza che limita nel tempo la restituzione delle somme indebitamente corrisposte dal consumatore in base a una clausola dichiarata abusiva, la Corte giust. UE ha ritenuto che quel giudicato cadesse laddove lo stesso avrebbe prodotto un giudicato contrario a quanto stabilito in

¹⁸ Sentenza del 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA*, cit.

¹⁹ Sentenza del 20 settembre 2018, *EOS KSI Slovensko s.r.o.*, C-448/17.

²⁰ Sentenza del 7 novembre 2019, *Profi credit Polska S.A.*, cause riunite C419/18 e C483/18.

²¹ Per tutti, v. POISSONNIER, *Les nouveaux superpouvoirs du juge de l'exécution en droit de la consommation*, in *D.*, 2022, 1162 ss.

²² Sentenza 11 marzo 2020, *Györgyné Lintner*. C-511/17, la quale peraltro precisa che in ottemperanza ai principi contenuti nella dir. 93/13, il giudice nazionale è tenuto ad accertare il carattere abusivo solo di quelle clausole che sono connesse all'oggetto della controversia, come delimitato dalle parti, non appena disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tale scopo, completati eventualmente da misure istruttorie ulteriori. Per la verità, già prima della sentenza *Lintner*, da giurisprudenza costante della Corte di giustizia risulta chiaramente la necessità che è compito del giudice nazionale adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola inserita nel contratto oggetto della controversia su cui egli è chiamato a pronunciarsi e che è stato stipulato tra un professionista e un consumatore rientri nell'ambito di applicazione della dir. 93/13 e, in caso affermativo, valutare la natura eventualmente abusiva di una clausola siffatta: v. sentenze del 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C137/08, punto 56; del 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA*, cit., punto 44; 21 febbraio 2013, *Banif Plus Bank*, C472/11, punto 24.

²³ Sentenza del 13 settembre 2018, *Profi Credit Polska*, C176/17, punto 62 e giurisprudenza ivi citata.

precedenza dalla stessa Corte con la sentenza *Naranjo Gutierrez* sulle clausole *suelo* (o clausole *floor*)²⁴.

3. Certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi

Ora, cercando di rispondere al quesito principale, dal quale poi a cascata derivano la questione relativa alla certezza dell'incontrovertibilità dell'accertamento originato dalla mancata impugnazione del decreto ingiuntivo e quella dell'ampiezza dei poteri del giudice della fase esecutiva, la novità di queste sentenze risiede nel fatto che la Corte giust. UE slarga ancora di più l'orizzonte, considerando che investe il giudice dell'esecuzione dell'obbligo del rilievo officioso. Non è, naturalmente, un ampliamento a tutto tondo, dandosi il controllo successivo *solo* al ricorrere dello specifico presupposto che un decreto ingiuntivo sia stato emesso senza un previo controllo di vessatorietà, con il consumatore che non ha proposto opposizione al decreto.

Senonché, considerando che una siffatta apertura rompe degli argini consolidati, demandando al giudice dell'esecuzione una cognizione officiosa per quale non si conoscono dei precedenti, la novità è davvero pregna di significato. E non soltanto a livello eurounitario, pur se è vero che *SPV Project e Banco Desio* coniano una regola che non c'era: è la prima volta invero che la Corte statuisce di un obbligo di rilievo officioso – quello che i francesi, come si diceva, appellano *office* del giudice – che travalica la fase monitoria e che si va ad insediare in sede di esecuzione.

L'impatto è corposo, prima di tutto, a livello di diritto interno.

Vero, infatti, è che il controllo di abusività da parte del giudice dell'esecuzione (*recte* ad opera di un giudice diverso da quello che ha concesso il provvedimento non opposto) non sarà possibile *in ogni caso*, cioè a dire per il solo fatto che il decreto non impugnato dal debitore-consumatore si fondi su di una clausola che rientra nell'ambito di applicazione della dir. 93/13, ma soltanto quando si è verificato – attenzione – un fatto impeditivo al prodursi del c.d. giudicato implicito o, se si preferisce, al prodursi dell'accertamento incontrovertibile derivante da preclusione o, ancora, una preclusione *pro judicato*. Come è infatti ampiamente noto, con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto, vige il principio - di creazione giurisprudenziale - del c.d. "giudicato implicito", fondato sull'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminarmente rispetto a quella esplicitamente decisa²⁵. In altri termini, secondo la giurisprudenza maggioritaria della nostra Cassazione, il decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, che non sia stato oggetto di opposizione, acquista

²⁴ Sentenza del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e a.*, cit. Sull'impatto provocato da questa sentenza della Grande Sezione, v. le osservazioni di PAGLIANTINI, *Un giro di orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Persona e mercato*, 2021, 311 ss.

²⁵ V., *ex multis*, Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

autorità di cosa giudicata non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda, con ciò comportando che tale vincolo vada a coprire non solo il dedotto ma anche il deducibile.

Questo meccanismo, che sino al 17 maggio 2022 ha governato *tutti* i decreti ingiuntivi non opposti, dopo *SPV Project* e *Banco Desio* non è più a tenuta stagna, giacché la Corte giust. UE ne ha decretato l'euroincompatibilità quando il monitorio si trova ad involgere una fattispecie *b2c*. Se il decreto non ha accertato espressamente la non vessatorietà o difetta di una qualsiasi motivazione in tal senso, la preclusione *pro judicato* non c'è o, se lo si dovesse preferire, soccombe. Punto e basta.

Dopo di che ci si può arrovellare in tante discussioni sofisticate, ma comunque il quadro non cambierà: se il giudice del monitorio non ha esaminato d'ufficio il carattere abusivo di una o più clausole contrattuali che rientrano nell'ambito di applicazione della dir. 93/13 e il decreto non è stato oggetto di opposizione da parte del consumatore, il giudicato semplicemente non si è formato, o meglio, si è *formato male* perché la questione non è stata espressamente decisa. Perché, se – ed è pacifico che lo è – il controllo di vessatorietà va condotto tanto nei procedimenti con contraddittorio delle parti quanto in quelli dove il contraddittorio non c'è, laddove questo controllo non sia stato effettuato, la Corte giust. UE esclude che l'inerzia del debitore-consumatore sia un fattore di per sé sufficiente a consentire la formazione del giudicato. Se si preferisce, possiamo dire che il giudicato implicito che si è formato a causa della mancata opposizione al decreto da parte del consumatore, è un giudicato che si è formato malamente. Ma da questo punto di vista, e anche nell'ottica della Corte giustizia UE, non è che cambi granché.

Non si può pensare che se il giudice del monitorio non ha effettuato il controllo di vessatorietà, oppure il controllo lo ha effettuato parzialmente, o ancora laddove il decreto non contenga una motivazione adeguata rispetto al vaglio di abusività condotto, la mancata opposizione del consumatore sia in questi casi un elemento sufficiente a consentire la formazione del giudicato *anche* sul deducibile. D'altra parte, un giudicato da ritenere comunque valido pur se formato in violazione di un obbligo di ordine pubblico sarebbe quanto meno una contraddizione in termini.

La Corte giust. UE questo ci dice, anche perché la stessa Corte in motivazione ribadisce, ancora una volta, la centralità del ruolo rivestito dal giudicato sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali, affermando che «al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione»²⁶.

²⁶ V. punto 57 della sentenza. Negli stessi termini, v. le sentenze del 26 gennaio 2017, *Banco Primus SA*, cit., punto 46; 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, cit., punti 35 e 36; 16 marzo 2006, *Kapferer*, Causa C-234/04, punto 20; 30 settembre 2003, *Köbler*, causa C-224/01, punto 38.

Dunque, per la Corte, nel caso del decreto ingiuntivo non opposto, non è in discussione l'*an*, ma il *quomodo*, nel senso che l'euroincompatibilità non va ravvisata nel fatto che il nostro sistema processuale attribuisce valenza di giudicato ad un provvedimento sommario, bensì nella circostanza che il risultato di *quel* provvedimento sia considerato intangibile pure in assenza di un controllo efficace (*id est* espresso) del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto. Di talché, quando l'esecutato è un consumatore e la condanna deriva da un contratto *b2c*, la naturale conclusione del discorso non può che essere quella per cui la fase dell'opposizione al decreto ingiuntivo non venga (più) considerata un rimedio per surrogare l'eventuale inadempimento giudiziale di valutazione del contenuto delle singole clausole contrattuali sulle quali si fonda il titolo azionato in via esecutiva. Insomma, l'insegnamento che ci viene dal Lussemburgo è che quando è coinvolta una clausola che rientra nell'ambito di applicazione della dir. 93/13, il giudice è tenuto a valutarne d'ufficio espressamente il carattere abusivo *comunque*, cioè a prescindere da quale sarà l'atteggiamento processuale che vorrà poi tenere il debitore-consumatore di fronte al decreto di condanna.

Per converso, quello che rimane fermo è che se il giudice del monitorio ha effettuato il controllo di vessatorietà e ne ha fornito nel decreto una motivazione adeguata, ma il consumatore non ha proposto opposizione, il giudice dell'esecuzione (*recte* nessun altro giudice) non potrà andare a rivedere quanto statuito dal primo giudice, neppure laddove, per ipotesi, la motivazione del decreto fosse erronea, perché ad es. il giudice del monitorio ha ritenuto non vessatoria una clausola. Quando in sede monitoria vi è stato un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto, non può poi residuare uno spazio per un controllo ulteriore. In questo caso, infatti, l'intangibilità della condanna continua a derivare *illico et immediate* dalla mancata proposizione dell'opposizione dell'ingiunto perché è la conseguenza di una *consapevole* rinuncia all'opposizione del consumatore e non anche, invece, il frutto di un omesso sindacato di merito. Sotto questo profilo, non si vede perciò per quale motivo dovrebbe suscitare un enorme clamore la circostanza che Corte giust. UE escluda una valenza preclusiva al fatto che il decreto ingiuntivo non è stato impugnato dal consumatore quando il controllo a monte (*id est* in fase monitoria) è stato omesso o è stato condotto in maniera parziale o, il che è lo stesso, non risulti dalla motivazione del provvedimento.

In altri termini, il succo del discorso è che se il decreto ingiuntivo è stato emesso in violazione di una norma di ordine pubblico, francamente ciò che il giudice dell'esecuzione è chiamato a fare, altro non è che ripristinare a valle una legalità che è stata violata a monte. Potrà piacerci oppure no, ma come appena chiarito dalla Corte costituzionale, le sentenze interpretative della Corte di giustizia rientrano tra i vincoli dell'art. 117, comma 1, Cost. e sono munite di una naturale retroattività²⁷. Ragion per cui, se la Corte giust. UE conia una regola che mira a rendere *effettivo* il controllo di vessatorietà-controllo, però, che ripeto nasce da una illegalità a monte, ossia da un controllo non effettuato in sede

²⁷ V., in motivazione. Corte cost., 22 dicembre 2022, n. 263, in www.cortecostituzionale.it.

monitoria – personalmente non trovo così fondato il clamore suscitato dalla sentenza del 17 maggio 2022. Peraltro, lo segnale di passata, la sentenza interpretativa della Corte giust. UE ci avrebbe riguardato quantunque i rinvii pregiudiziali italiani non ci fossero stati, perché si fa notare, e a giusta ragione, che siccome le sentenze interpretative sono vincolanti²⁸, se vincolano, quanto la Corte ha stabilito rispetto al procedimento monitorio italiano vale anche per tutti gli altri Stati dell'unione che prevedono un procedimento monitorio senza contraddittorio e viceversa²⁹.

Ora, tornando al *dictum* della Corte giust. UE, se il titolo esecutivo è stato rilasciato senza che l'obbligo del controllo officioso sia stato effettuato, dal Lussemburgo ci dicono che deve intervenire il giudice dell'esecuzione. Quella che quindi emerge è, in realtà, una funzione di supplenza del giudice dell'esecuzione che viene ad avviare ad una violazione di legge. Dopo di che, non mi nascondo quale sia il problema, che non è (solo) *de futuro* e che riguarda i decreti ingiuntivi non opposti emessi prima del 17 maggio 2022. E però anche qui potrà non piacere, ma non c'è molto da aggiungere: le sentenze interpretative della Corte giust. UE, siccome chiariscono il significato di una norma, sono retroattive, in quanto hanno natura dichiarativa. Ed allora, è evidente che si pone il problema non già di invocare i controlimiti³⁰, che peraltro già la Corte costituzionale ha disatteso a chiare lettere³¹, bensì di adottare un regime, che potremmo definire intermedio, per la fase precedente; regime che consenta di coniugare efficienza del processo e tutela del consumatore.

Insomma, ormai è pacifico che non si può contestare l'ovvio. C'è a monte un obbligo del giudice del monitorio di effettuare un esame d'ufficio della vessatorietà; c'è un suo obbligo di motivare espressamente la ragione per la quale una clausola è oppure no abusiva; e c'è, infine, un suo obbligo di avvertire il consumatore che la mancata opposizione al decreto determinerà la sua decadenza dalla possibilità di far valere successivamente l'eventuale vessatorietà. È una triplice doverosità, che ha il pregio di intercettare il valore di effettività della tutela consumeristica, evitando il sorgere di problemi a valle. Questo

²⁸ Per l'impiego del principio di effettività della tutela del diritto europeo quale limite al vincolo del giudicato in ipotesi di ravvisate violazioni di norme eurounitarie, v. per tutti LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, spec. 32 ss.

²⁹ V., in particolare, la sentenza 17 maggio 2022, *Ibercaja Banco*, punti 48-52, che avrebbe comunque posto, nel nostro ordinamento, la questione relativa alla superabilità della preclusione *pro judicato* derivante dalla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo privo di motivazione espressa sulla non vessatorietà di una o più clausole nei contratti *b2c*. In una analoga prospettiva, v. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione*, cit., nota 1.

³⁰ Osserva giustamente SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 2, che nel caso che ci interessa non v'è spazio per l'attivazione dei controlimiti, per la ragione che la Corte giust. UE, in considerazione dell'interesse pubblico sotteso alla tutela del consumatore, ha prescritto «una formazione progressiva dell'irretrattabilità della decisione sulla questione della vessatorietà, governata dal principio del contraddittorio che, se non sollevato dal giudice del monitorio, deve esserlo dal giudice dell'esecuzione» o da quello della cognizione.

³¹ V. Corte cost., (ord.) 26 gennaio 2017, n. 24, in *www.corrtecostituzionale.it*.

sul piano dell'*an*, su quello del *quomodo*, cioè come fare quando il giudice del monitorio omette o effettua parzialmente questo sindacato o, ancora, non ne dà conto in motivazione, è questione che è stata rimessa, come tutti sanno, alle nostre Sezioni Unite. E qui si apre tutto un altro discorso, segno che i due piani – quello del rilievo officioso e quello del suo inadempimento – chiamano in causa questioni processuali molto differenti tra loro.

4. Le conseguenze del mancato rilievo di abusività

Un'autorevole dottrina scrive che il prossimo arresto delle Sezioni Unite diventerà la bussola che orienterà l'interprete nella delicatissima ricomposizione dei rapporti tra cognizione ed esecuzione. Il rilievo, che potrebbe sembrare all'apparenza elementare, va, in realtà, dritto al nocciolo della questione: quale infatti che sia il rimedio prescelto dalle Sezioni Unite, quello sarà il compasso per misurare l'effettività della tutela giurisdizionale, cioè lo stampo nel quale verrà impresso il volto, d'ora innanzi, del diritto vivente consumeristico³².

I rimedi finora prospettati evocano un po' l'immagine della torre di Babele e, come prosegue la dottrina citata, non è detto che quello prescelto dalle Sezioni Unite sia il migliore tra tutti i possibili. Però, siccome quello sarà, è auspicabile che la lettura vincente da subito sia quella che meglio risponde al nugolo di interrogativi che i commentatori hanno messo in risalto nei mesi passati³³. Se questo è un approccio che forse eccede in pragmatismo, si vorrà comunque riconoscere che le Sezioni Unite si trovano pur sempre nella condizione di poter scegliere tra plurime soluzioni; e, pur se sono note, richiamarle è qui doveroso, non foss'altro perché ognuna di loro è afflitta da contrappunti che non sono trascurabili nella logica di una decisione chiamata a compiere un sofisticato bilanciamento tra due valori: quello dell'effettività della tutela consumeristica e quello, pur se soccombente, di una autonomia processuale degli Stati membri che neppure la Corte giust. EU mostra, a ben vedere, di voler calpestare. Le decisioni della Corte sono focalizzate, alla lettera, sul giudice dell'esecuzione: ma è anche vero che i suoi *dicta* pongono un obbligo di risultato che, se si ottempera al principio di effettività, non è vincolato persino nei mezzi imbastiti dall'ordinamento interno per soddisfarlo³⁴.

Su questa premessa, le prime applicazioni giurisprudenziali si muovono nella direzione dell'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.* o dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo³⁵, nella specie ammessa pure in assenza di allegazione dei requisiti di cui

³² COSTANTINO, «Certezza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, cit., § 1.

³³ V. ancora COSTANTINO, *op. loc. cit.*

³⁴ V. quanto osservato già in CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in CAPORUSSO e D'ALESSANDRO (a cura di), *Consumatore e procedimento monitorio*, cit., 537 e in ID., *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività*, cit., 2124. In una prospettiva simile, v. anche TRONCONE, *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit.

³⁵ In dottrina, v. CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in CAPORUSSO e D'ALESSANDRO (a cura di), *Consumatore e procedimento monitorio*, cit., 487, il

all'art. 650 c.p.c. La prima sentenza fa leva sul presupposto che il giudice dell'esecuzione sia titolare anche del potere di accertamento della abusività, oltre che, naturalmente, della sua rilevanza³⁶. La seconda decisione, invece, ha ritenuto che, in applicazione delle sentenze del 17 maggio, il giudice dinanzi al quale il consumatore ha sollevato per la prima volta, sia pure tardivamente, l'abusività della clausola di deroga della competenza, e quindi l'incompetenza per territorio del tribunale in relazione al foro inderogabile del consumatore, avesse l'obbligo di esaminare nel merito la questione che sino a quel momento non era mai stata espressamente scrutinata e decisa in un provvedimento giurisdizionale³⁷.

Come si sa, l'opzione interpretativa che riconosce al giudice dell'esecuzione il potere-dovere di spingere il proprio controllo sull'esistenza del titolo esecutivo sino al merito, sì da poter valutare l'eventuale esistenza di vizi anteriori alla sua formazione, sconta il limite dell'attuale assetto normativo, che, per tradizione, prevede una netta separazione tra cognizione ed esecuzione. L'obiezione, infatti, ruota sul rilievo che un siffatto potere di accertamento il giudice dell'esecuzione non lo avrebbe, giacché può sì verificare la sussistenza di un titolo esecutivo di formazione giudiziale, ma, neppure in sede di opposizione all'esecuzione, questo suo potere potrebbe spingersi sino all'intrinseco del titolo, cioè sino all'accertamento del contenuto del contratto su cui si fonda il credito azionato in via esecutiva.

Quanto, invece, al rimedio dell'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo, è vero che ci troviamo a discorrere di una soluzione non esposta al rilievo di una commistione tra cognizione ed esecuzione, ma è vero pure che l'impiego dell'art. 650 c.p.c. richiede uno sforzo di interpretazione evolutiva che i cultori di una esegesi letterale fanno fatica a riconoscere, giacché i presupposti di applicazione della disposizione sono dai più riguardati come tipici e tassativi.

Vi sarebbe poi, per effetto del rinvio di cui all'art. 656 c.p.c., la variabile di una nuova ipotesi di revocazione per omesso o parziale controllo di abusività delle clausole nei contratti b2c: ma, come già altrove rilevato, questa eventualità, pur potendo trovare sponda per l'appunto nell'art. 656, non è certamente praticabile senza una riforma legislativa che vada ad ampliare il catalogo dei motivi nei quali è possibile proporre tale rimedio³⁸. Peraltro, lo si è già fatto notare, se si ritiene che, per effetto delle sentenze della Corte, in caso di omesso o parziale sindacato di vessatorietà la preclusione *pro judicato* non si

quale ha suggerito di allargare le maglie dell'opposizione tardiva *ex art.* 650 c.p.c. anche «nelle residue ipotesi in cui il debitore-consumatore dimostri che, a causa del mancato esercizio dei poteri ufficiosi del giudice del monitorio, non abbia potuto consapevolmente prendere in considerazione l'opportunità di proporre l'opposizione tempestiva».

³⁶ Trib. Napoli (ord.), Sez. XIV civile, 4 giugno 2022., in *Giur. it.*, 2022, 2113 ss.

³⁷ Trib. Milano (sent.), Sez. XI civile, 9 gennaio 2023., in *www.ilcaso.it*.

³⁸ V. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., 2124.

sia formata anche sul deducibile, non avrebbe molto senso ipotizzare l'esperibilità di un rimedio volto, per tradizione, a caducare un giudicato, viceversa, prodottosi³⁹.

Infine, cercando di sintetizzare al massimo, accanto alla proposta di considerare il decreto ingiuntivo non opposto alla stregua di un titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, per poter poi evidentemente consentire l'applicazione delle regole consuete, cioè l'opposizione all'esecuzione senza limitazioni e un potere del giudice dell'esecuzione di sospenderla qualora ravvisi il presupposto dei «gravi motivi»⁴⁰, vi sono le letture che muovono dalla (in)sussistenza di un valido titolo esecutivo giudiziale, sì da consentire al giudice dell'esecuzione il potere o di dichiarare la nullità della clausola abusiva a guisa di un incidente endoesecutivo di accertamento⁴¹ o di fissare, ai fini dell'esecuzione, l'importo del credito per il quale si procede⁴², od ancora di dichiarare, con provvedimento avente valenza endoesecutiva, l'improcedibilità dell'esecuzione per inefficacia, totale o parziale, del titolo esecutivo che la sorregge⁴³.

E veniamo così all'interpretazione che troneggia, suggerita dalla Procura generale nelle conclusioni presentate in data 5 luglio 2022, con cui è stata chiesta al Presidente della Terza Sezione di dichiararsi l'estinzione del ricorso per cassazione con enunciazione del principio di diritto *ex art. 363, comma 3, c.p.c.*⁴⁴. La proposta della Procura è quella di adottare lo strumento di un'ordinaria azione di accertamento da proporre dinanzi al giudice competente secondo le regole ordinarie per valore e territorio, nel corso della quale la sospensione (esterna) del titolo si verrebbe a conseguire in via cautelare, spiegando così efficacia *ex art. 623 c.p.c.* sul processo esecutivo in corso. Si tratterebbe, quindi, di un'azione succedanea e separata, contraddistinta da una natura pienamente cognitiva. In altri termini, il giudice dell'esecuzione dovrebbe rilevare l'abusività della clausola, indicare al debitore-consumatore, che voglia avvalersene, il rimedio utile per far dichiarare la nullità, onerandolo così di un'ordinaria azione di accertamento, che a sua volta inizierebbe dal primo grado davanti al giudice competente secondo le regole ordinarie e nel cui ambito la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo non opposto avverrebbe per il tramite un provvedimento d'urgenza.

³⁹ V. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., § 5; GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., § 4.3.

⁴⁰ CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione*, cit.

⁴¹ Che produrrebbe effetti ai soli fini del processo esecutivo in corso, alla stregua di quanto accade in sede di distribuzione del ricavato *ex art. 512* o in fase di contestazione della dichiarazione del terzo nell'espropriazione presso terzi *ex art. 549 c.p.c.*, e che sarebbe impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi di cui all'*art. 617 c.p.c.*

⁴² D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., § 6; SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 4.

⁴³ STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità*, cit., 2127 s.; GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., § 4.3.

⁴⁴ E, con ogni probabilità, ispirata da *Impuls Leasing România IFN SA*, cit Sul punto rinvio alle osservazioni di D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., § 5, nota 30.

Già in precedenza ho rilevato alcuni chiaroscuri di questa interpretazione⁴⁵, orientandomi piuttosto per il richiamo ad una rimessione in termini, attraverso un'applicazione generalizzata dell'art. 153, comma 2, c.p.c., possibile dopo la riforma del 2009, nella convinzione che l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale debba indurre innanzitutto ad ampliare il raggio di operatività dei rimedi esistenti e, solo in caso di impossibilità, a coniarne di nuovi⁴⁶. Ebbene, su questa premessa, si potrebbe così ipotizzare che il presupposto della decadenza incolpevole, introduttivo alla rimessione in termini, possa essere qui ravvisato non già nella mera inerzia dell'ingiunto in sé considerata, ossia nel non avere tempestivamente opposto il decreto, ma nel fatto che, essendosi verificata a monte una lesione del potere-dovere del giudice di accertamento della vessatorietà, il consumatore sia incolpevolmente decaduto dal potere di proporre opposizione tempestiva⁴⁷. In questo caso, se il giudice dell'esecuzione rileva il carattere vessatorio delle clausole di un contratto *b2c*, d'ufficio o su sollecitazione dell'esecutato, si potrebbe immaginare che, in ragione del fatto che la questione di abusività non è mai stata espressamente decisa da alcun giudice, rimetta in termini il consumatore esecutato⁴⁸, che sarà così facultato a proporre, nel termine ordinario di quaranta giorni, quell'opposizione che gli sarebbe viceversa preclusa a motivo dell'intervenuta decadenza, con conseguente sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo *ex art. 623 c.p.c.*

Ora, non ci nascondiamo che la soluzione dell'*actio nullitatis* potrebbe rivelarsi quella più istituzionale, nel senso di più "conservativa" dell'assetto vigente del nostro processo di esecuzione. Rimane, però, il dubbio che le puntualizzazioni messe in forma dalla Procura generale riescano davvero a smussare alcune asperità della stessa. Il riferimento va alla circostanza che il giudice dell'esecuzione dovrebbe comunque concedere un termine adeguato all'instaurazione del giudizio, spirato il quale infruttuosamente, il giudicato, dato dal provvedimento non opposto, diverrebbe intangibile, dovendosi, in tal caso, escludere una inerzia incolpevole dell'ingiunto. Si aggiunga che, nell'ipotesi di sospensione esterna del titolo esecutivo, ben potrebbe darsi il caso che l'esecuzione forzata si concluda prima che il giudice del merito si pronunci sulla sospensione del processo esecutivo, con il risultato di poter esitare nel "pasticcio" di una sospensione disposta dopo che il bene staggito sia stato trasferito a terzi. È questo un problema di non poco conto, ben diverso dal caso in cui il titolo esecutivo, pur in difetto di un sindacato di abusività e quindi *pour cause* illegittimo per mancata disamina di una questione preliminare fondata, abbia comportato una attribuzione patrimoniale al creditore, giacché, in una ipotesi di tal fatta, tale attribuzione cade e a vincere è la ripetizione dell'indebitato. È questo

⁴⁵ V. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., 2123 s.

⁴⁶ V. quanto già osservato in *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 1283 s.

⁴⁷ Così già in *Procedimento monitorio interno*, cit., 540 e in *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore*, cit., 2124.

⁴⁸ E, quindi, per riflesso, come osserva Rossi, *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit., § 11.1., si potrebbe ripristinare «il corso ordinario del procedimento monitorio nella sua articolazione bifasica».

infatti, a mio avviso, il solo modo per leggere correttamente *Ibercaja*⁴⁹, la quale, si noti, è vero che fa salva la vicenda traslativa e, quindi, dà una definitività alla stessa, nonostante a monte non vi sia stato il controllo di vessatorietà, ma lo fa con un *caveat*: è una definitività legata all'*opponibilità ai terzi*, quindi, sostanzialmente, alla circostanza che l'attribuzione patrimoniale sia avvenuta a soggetti diversi dal creditore procedente. È solo in questo caso, cioè quando il trasferimento della proprietà sia stata disposta a favore di un terzo, che per la Corte giust. EU possiamo considerarla definitiva e quindi rappresenta una vicenda ostativa al darsi di una tutela in forma specifica per il consumatore, che – ripeto, in questo solo caso – non può richiedere la restituzione, diventando mero titolare di una pretesa risarcitoria, destinata a tenerlo indenne dal pregiudizio subito perché il titolo esecutivo di formazione giudiziale era illegittimo in quanto privo del necessario controllo di vessatorietà⁵⁰. In tutti gli altri casi, se il giudice dell'esecuzione accerta che c'è vessatorietà, l'attribuzione patrimoniale non è più definitiva perché il debitore può chiedere al creditore la ripetizione dell'indebito, trattandosi di beni o somme che costui ha ingiustificatamente percepito. Il tutto, naturalmente, nei limiti in cui quanto è stato preso ecceda l'ammontare, poi correttamente quantificato, del credito.

Dopo di che, chiuso l'intermezzo, neppure ci si può avvitare sulla scelta del rimedio: l'*actio nullitatis* affida al giudice della cognizione una declaratoria di accertamento che non si vuole rimettere nelle mani di un giudice dell'esecuzione, legittimato, però, nel sistema che si annuncia, a rilevare senza dichiarare. Insomma, quel che si avrebbe sarebbe una vessatorietà sospesa in un limbo fino a quando un terzo giudice ne decreterà (finalmente) l'esistenza o, all'opposto, l'inesistenza, con un'esecuzione che nel mentre resta a sua volta appesa ad un filo. Non è un caso, infatti, se la Procura generale, proprio per ovviare a questo inconveniente propone di rinviare la vendita «a data presumibilmente successiva alla decisione (adottata anche in via cautelare) del giudice del merito».

5. Considerazioni conclusive

Archiviata la questione del rimedio, in attesa della decisione delle Sezioni Unite, deve però aversi contezza che non tutto sarà risolto, dovendosi continuare a riflettere almeno su tre questioni.

La prima. La Corte giust. EU non è infallibile, ma nel caso di specie ha messo in evidenza che esiste(va) un diritto consumeristico vivente italiano non conforme ai principi del diritto europeo. Pensare di sollevare un ulteriore rinvio pregiudiziale sull'eurocompatibilità dell'ordinamento italiano su questo punto, sarebbe un puro esercizio di stile⁵¹.

⁴⁹ Sentenza 17 maggio 2022, *Ibercaja Banco*, cit.

⁵⁰ V. ancora la sentenza 17 maggio 2022, *Ibercaja Banco*, cit., punti da 57 a 59.

⁵¹ D'altra parte, la stessa Corte giust. UE ha chiarito che il giudice nazionale non può sottrarsi all'obbligo di interpretazione conforme «per il solo fatto di aver costantemente interpretato [una] disposizione in un senso che è incompatibile» con il diritto dell'Unione europea, come interpretato

La seconda. Il controllo di abusività è senza dubbio una operazione complessa perché la sentenza *Lintner*, come si è prima visto, definisce il perimetro del controllo officioso di abusività, statuendo ch'esso non può eccedere i limiti dell'oggetto della controversia per come determinato dalla prospettazione delle parti⁵². Per cui, bisognerebbe operare una ulteriore specificazione, nel senso che non si potrà ritenere soggetta al vaglio giudiziale *qualsiasi* questione genericamente non scrutinata in sede monitoria, la cui omissione potrebbe essere semplicemente dovuta alla sua irrilevanza ai fini della decisione sulla domanda⁵³.

Dopo di che, la complessità dell'accertamento trae origine pure dalla circostanza che persino una lettura analitica del contratto comunque non mette al riparo dall'esserci delle clausole abusive iscritte tra le pieghe del testo contrattuale e quindi comunque non vale a escludere che in quel contratto possa annidarsi una clausola abusiva. Qui, però, il problema si sposta, mi sembra, sul piano della motivazione adeguata, che non vuol dire clausola di stile, ma motivazione specifica sulle singole clausole di vessatorietà effettivamente scrutinate dal giudice del monitorio, onde evitare il riprodursi di un giudicato implicito sotto mentite spoglie. Difatti e per converso, di fronte ad un decreto ingiuntivo motivato, quantunque il giudice abbia errato nel qualificare come non vessatoria una determinata clausola e, per conseguenza, abbia concesso il decreto, il giudice dell'esecuzione non potrà intervenire perché in questo caso la preclusione *pro judicato* si forma e si forma correttamente proprio perché il decreto contiene una motivazione espressa, ma non è stato impugnato. Di poi, sembra superfluo dilungarsi sulla circostanza che in questo modo la cognizione in sede monitoria vada assomigliando sempre di più a quella che avviene in sede ordinaria, giacché si tratta, peraltro, di uno degli effetti innescati dal ramificarsi della rilevabilità officiosa di rito eurounitario.

La terza. È incontestabile che la sentenza della Corte schiude a scenari che, sul piano soggettivo, per il processualista hanno senza dubbio dell'inconsueto: una preclusione *pro judicato* che, in caso di statuizione implicita, cade – o meglio, non si forma – laddove il debitore sia un consumatore, inocula il germe di un diritto processuale del consumatore. Anche se, per la verità, in dottrina è stata avanzata l'idea secondo cui la soluzione oggi affermata dalla Corte giust. UE in relazione al consumatore e consistente, per l'appunto, nella negazione dell'effetto preclusivo della statuizione implicita, trovando un autonomo fondamento nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, «appare applicabile a tutta la normativa unionale cui questo si riferisce»⁵⁴. Però, atteso il limite dell'interpretazione conforme, c'è di che dubitarne, almeno per il momento, atteso che la sentenza della Corte giust. EU riguarda il consumatore e non in maniera indeterminata *qualun-*

dalla Corte di giustizia»: v. sentenza 19 aprile 2016, *Dansk Industri*, causa C-441/14, punto 34.

⁵² V. *supra*, nota 22. V., altresì, Trib. Napoli, (ord.), 4 giugno 2022, cit., in motivazione.

⁵³ Con l'effetto che, anche rispetto a tutti i decreti ingiuntivi non opposti emessi prima del 17 maggio 2022 non è neppure il caso di fare di tuttata l'erba un fascio: dipenderà *in concreto* da cosa verrà adesso invocato in ragione di quanto la Corte giust. UE ha stabilito.

⁵⁴ Così GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore*, cit., § 3.

que contraente debole⁵⁵. Certo, se mai ci saranno sviluppi futuri, il giudice italiano dovrà senz'altro prenderne atto e registrarli prontamente.

ABSTRACT

Il saggio, prendendo le mosse dalla nota sentenza della Corte di giustizia in tema di mancato controllo di vessatorietà delle clausole in sede monitoria, ne analizza le ricadute sul piano del diritto interno, con particolare attenzione alla mancata formazione della preclusione *pro judicato* per quanto non espressamente deciso nel decreto ingiuntivo, nonché alla nuova latitudine dei poteri officiosi, in attesa della decisione delle Sezioni Unite.

The essay, starting from the well-known judgment of the Court of Justice on the lack of check of unfair terms in the monitory procedure, analyzes the effects on the level of italian law, with particular attention to the failure to create the pro judicato foreclosure even if not expressly decided in the judicial injunction, as well as at the new latitude of ex officio powers, waiting for the decision of the United Sections.

⁵⁵ Nello stesso senso è anche D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., § 5, per la quale la sentenza non sembra applicabile oltre la materia consumeristica.