



Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore



Andrea Maria Garofalo

SOMMARIO: **1.** La Corte di Giustizia e la creazione di un “diritto processuale consumeristico” per principi. – **2.** Banco di Desio: i poteri del giudice del monitorio e la formazione della preclusione da decreto ingiuntivo non opposto. – **3.** Le ricadute su altre forme di nullità: il regime delle nullità per ragioni diverse dalla vessatorietà. – **4.** Le ricadute su altri procedimenti: a) la formazione del giudicato nel procedimento di cognizione e nel procedimento di convalida di sfratto. – **5.** b) la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e la sua sospensione; la sospensione dell’esecuzione fondata su un titolo stragiudiziale. – **6.** Verso un processo per *status*?

1. La Corte di Giustizia e la creazione di un “diritto processuale consumeristico” per principi

Con una recente sentenza¹, nel prosieguo denominata solo “Banco di Desio”, pronunciata nell’ambito di due procedimenti riuniti e contestualmente ad altre tre decisioni anch’esse di notevole importanza², la Corte di Giustizia, interpellata da un duplice rinvio del Giudice dell’esecuzione del Tribunale di Milano, ha stabilito che il giudice di un procedimento monitorio deve passare in rassegna il contratto su cui si fonda la pretesa di un professionista contro un consumatore, al fine di rilevare eventuali clausole vessatorie e

¹ Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, cause C-639/19 e C-831/19, *Banco di Desio*. Questa, come tutte le sentenze della Corte di Giustizia che verranno citate, possono essere reperite sul sito curia.europa.eu.

² Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, causa C-600/19, *Ibercaja*; Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, causa C-869/19, *Unicaja*; Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, causa C-725/19, *Impuls Leasing Romania*.

che, se ciò non avviene (o se il giudice non ne dà atto nel decreto ingiuntivo emesso), non si forma alcun giudicato sulla non-nullità delle clausole contrattuali, sicché la questione può riemergere anche in sede esecutiva e perfino dopo l'avvenuta esecuzione forzata.

La decisione, già oggetto di numerosi commenti³, è stata definita di “portata rivoluzionaria”⁴: il che, se è vero con riferimento al nostro sistema e, in particolare, alla sua quotidiana applicazione da parte dei nostri giudici, non è altrettanto vero con riguardo al diritto europeo. Banco di Desio, infatti, si inserisce in un nutrito novero di prece-

³ V., a mero titolo d'esempio, FEBBI, *La Corte di Giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in *judicium*, 2022; F. 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*, *ivi*; R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, *ivi*, 2023; 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*, *ivi*; CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. it.*, 2022, 2117 ss.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, *ivi*, 2126 ss.; 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 *giustiziainsieme*, 2022; 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 *questionegiustizia*, 2023; BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. banc.*; 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*, 17 ottobre 2022; RUOTOLO, *L'impatto del diritto “europeo” sul giudicato interno: una lettura EU-oriented di autonomia procedurale e ordine pubblico processuale*, in *SIDIBlog*, 2022; FERRAGUTO, *Clausole abusive nei contratti con i consumatori: oltre il giudicato implicito*, in *dirittobancario.it*; MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di Giustizia*, in *giustiziacivile.com*, 2022; TRONCONE, *Decreto ingiuntivo non opposto: la Corte UE amplia il sindacato del giudice dell'esecuzione*, in *altalex*, 2022; ARANCI, *Tutela del consumatore e giudicato implicito: una coesistenza (davvero) impossibile?*, in *eurojus*, 2022. Su riflessi specifici, inerenti all'adattamento dell'ordinamento italiano a Banco di Desio, v. PARISI, *Brevi note sui rapporti tra “esecuzione” e “accertamento” alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. es. forz.*, 2022; 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 *Riv. es. forz.*, 2022; DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di Giustizia dell'U.E.*, in *giustiziainsieme*, 2023; FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in *questionegiustizia.it*, 2023; SOLDI e CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *judicium*, 2023. Prima ancora dell'emanazione della sentenza v., sui rinvii pregiudiziali e sulle conclusioni dell'Avvocato Generale, CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *NLCC*, 2020, 1265 ss.; EAD., *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev*, in *Giur. it.*, 2022, 541 ss.; CECCARELLI, *La tenuta del giudicato civile alla prova della tutela consumeristica. I poteri del giudice dell'esecuzione sotto la lente della Corte di Giustizia*, in *juscivile*, 2022, 395 ss. Si consenta anche il rinvio ad A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalla clausole vessatorie*, in corso di pubblicazione in *NGCC*.

⁴ Cfr., *ex multis*, P. BERTOLLINI, *Procedimento monitorio*, *cit.*

denti della Corte di Giustizia che hanno riletto la direttiva 93/13/CEE (il testo fondamentale in tema di tutela dei consumatori, volto a proteggerli dall’inserimento di clausole vessatorie nei contratti) e che, anche e soprattutto alla luce del principio di effettività della tutela⁵, ne hanno fatto discendere l’euroincompatibilità di diverse discipline processuali interne.

Questi precedenti – inerenti non solo al tema, tradizionale, della rilevanza d’ufficio della nullità da vessatorietà⁶, ma più in generale ai poteri istruttori del giudice⁷, ai vincoli da giudicato e alle preclusioni a questi assimilabili⁸, all’efficacia esecutiva di provvedimenti non definitivi e alla possibilità di ottenerne la sospensione⁹ – hanno condotto alla creazione di un vero e proprio “diritto processuale consumeristico” di derivazione europea¹⁰: il quale, essendo composto da una serie di decisioni relative a sistemi processuali tra loro eterogenei, non è affatto di semplice ricostruzione.

È compito dell’interprete trarre dai dispositivi delle diverse decisioni altrettanti principi, il cui incrocio va a costituire la tessitura di questo “diritto processuale consumeristico”¹¹ europeo. Compito assai complesso, non solo perché la stratificazione dei precedenti consta già ora di un numero assai ampio di decisioni, ma anche e soprattutto perché la corretta lettura degli arresti impone di conoscere le specificità del sistema nazionale a cui essi si riferiscono (tenendo però al contempo conto del fatto che la Corte di Giustizia decide a partire dalla descrizione del sistema nazionale che ne fa il

⁵ Su cui v. già Corte Giust. CE, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, *Rewe*; Corte Giust. CE, 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*; e, con più specifico riferimento al diritto dei consumatori, le decisioni Banco Español, Addiko e Kancelaria Medius, di cui oltre si dirà. V. pure i saggi raccolti in AA.VV., *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, a cura di IAMICELI, Napoli, 2020.

⁶ Tra tutte v. Corte Giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*; Corte Giust. UE, 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español*; Corte Giust. UE, 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank*; Corte Giust. UE, 13 settembre 2018, causa C-176/17, *Profi Credit Polska c. M.W.*; Corte Giust. UE, 11 marzo 2020, causa C-511/17, *Lintner*.

⁷ Così, tra tante, Corte Giust. UE, 9 novembre 2010, causa C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*; Corte Giust. UE, 7 novembre 2019, cause C-419/18 e C-483/18, *Profi Credit Polska c. O.H.*; Corte Giust. UE, 4 giugno 2020, causa C-495/19, *Kancelaria Medius*. V. pure, Corte Giust. UE, 19 dicembre 2019, cause C-453/18 e C-494/18, *Bondora*, relativa al procedimento europeo di ingiunzione di pagamento.

⁸ V. in particolare Corte Giust. CE, 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom*; Corte Giust. CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*; Corte Giust. UE, 18 febbraio 2016, causa C-49/14, *Finanmadrid*; Corte Giust. UE, 26 gennaio 2017, causa C-421/14, *Banco Primus*; Corte Giust. UE, 20 settembre 2018, causa C-448/17, *Danko*. V. anche le già citate Ibercaja e Unicaja.

⁹ Cfr. specialmente Corte Giust. UE, 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Aziz*; Corte Giust. UE, 26 giugno 2019, causa C-407/18, *Addiko*. V. anche la già menzionata Impuls Leasing Romania.

¹⁰ In dottrina si è parlato di «una armonizzazione delle regole processuali che la Corte conduce per principi»: così CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione*, cit., 2121, con richiamo pure di NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1282 s.

¹¹ Cfr. ZENO-ZENCOVICH e PAGLIETTI, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009; ZENO-ZENCOVICH e PAGLIETTI, *Verso un diritto processuale dei consumatori*, 2009, II, 251 ss.

giudice rimettente¹²) e richiede di comprendere l'esatta portata della regola di diritto stabilita (ossia, di capire quale o quali elementi, tra quelli oggetto di sindacato, rendano la norma nazionale euroincompatibile¹³).

Lo scopo che si intende qui perseguire è proprio quello di verificare, pur con tutte le difficoltà che inevitabilmente si pongono, quali siano i riflessi di questo "diritto processuale consumeristico" sul sistema italiano. Oggetto dell'attenzione non sarà tanto Banco di Desio, di cui comunque sarà necessario ricordare il tenore, la *ratio* e le conseguenze sul diritto processuale italiano, ma piuttosto tutto ciò che sta "oltre" Banco di Desio: ossia tutti gli altri riflessi della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore sul diritto processuale italiano (riflessi che vanno, per l'appunto, oltre la regola espressamente posta da Banco di Desio).

Una simile analisi potrà condurre a ritenere perfettamente compatibile con il diritto europeo la disciplina processuale italiana oppure potrà farne apparire taluni profili di disallineamento, suggerendo la disapplicazione di talune regole (o addirittura di alcuni istituti) o, come forse il formalismo e l'esigenza di certezza insiti nella materia processuale richiedono, permettendo per lo meno di individuare alcune possibili questioni da sottoporre, tramite rinvio pregiudiziale, al Giudice europeo. La verifica, in particolare, riguarderà i temi della conformità ai principi europei del vincolo da giudicato e della conformità, sempre ai principi europei, di altri tratti di disciplina del rito monitorio e dell'esecuzione forzata (quali, in particolare, quelli relativi alla provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e alla sua sospensione o alla sospensione dell'esecuzione forzata).

Ma andare "oltre" Banco di Desio vuol dire anche chiedersi fino a che punto il regime fissato da questa sentenza vada applicato anche a nullità diverse da quelle derivanti dalla vessatorietà di una clausola contrattuale: ossia, domandarsi se l'inserimento della regola europea nel sistema italiano porti con sé effetti ulteriori, relativi anche ad altre nullità, o meno. È evidente che la diversa risposta che può fornirsi alla domanda rende ora assai più dirompente la portata della sentenza nell'ordinamento italiano, ora meno sconvolgente. E, anche sotto questo profilo, è palese la delicatezza dei quesiti che si pongono e la loro rilevanza teorica e pratica.

¹² V. da ultimo il caso *Addiko*, § 52.

¹³ Il che spesso è assai difficile, perché la Corte di Giustizia il più delle volte si limita a enunciare l'euroincompatibilità di una regola e non specifica cosa la renderebbe eurocompatibile (fermo restando che l'esatto incastro tra precedenti è ulteriormente complicato dal fatto che essi si riferiscono a sistemi giuridici diversi e per ciò stesso eterogenei). Senza dire che in taluni casi a vacillare è la stessa *consistency* della giurisprudenza europea.

2. Banco di Desio: i poteri del giudice del monitorio e la formazione della preclusione da decreto ingiuntivo non opposto

Non è, però, possibile sciogliere gli interrogativi poc'anzi menzionati, senza aver prima – lo si è anticipato – ricordato il tenore, la *ratio* e le conseguenze sul diritto processuale italiano di Banco di Desio. Vi si procederà, comunque, in modo sintetico, rinviandosi per un maggior livello di approfondimento agli altri contributi dedicati al tema e pubblicati negli ultimi mesi¹⁴.

Secondo la Corte di Giustizia, il giudice del monitorio – ossia il giudice chiamato a emettere un decreto ingiuntivo, su ricorso di un creditore insoddisfatto e in forza di un procedimento *inaudita altera parte* – deve compiere uno scrutinio del contratto su cui il creditore fonda la sua o le sue pretese, onde verificare l'assenza di clausole vessatorie.

Questo scrutinio, a dire il vero, non comporta uno stravolgimento del nostro sistema: anzi, poteva dirsi già implicito nello stesso, soprattutto se si tiene conto, da un lato, del principio espresso dalla nostra Corte costituzionale, secondo cui il giudice del monitorio deve rilevare la sua incompetenza per territorio e su questa base rigettare il ricorso (nonostante si tratti di un'eccezione in senso stretto), e, da un altro lato, dell'obbligo – stabilito dalla Corte di Giustizia – per il giudice di rilevare la vessatorietà di una clausola e di dichiararla tale salvo opposizione del debitore (opposizione che nel caso di specie non potrà mai esistere).

Parimenti, il codice di procedura civile, oltre a non attribuire conseguenze troppo profonde al rigetto del ricorso (poiché la domanda potrà sempre essere riproposta), attribuisce già al giudice del monitorio appositi poteri volti a domandare al creditore istante chiarimenti e supplementi istruttori (cfr. l'art. 640 c.p.c.), tanto più necessari se si tiene a mente che il decreto ingiuntivo viene rilasciato sulla base di prove (monitorie) assai semplificate, che talvolta non sarebbero nemmeno sufficienti a fondare la pretesa nell'ambito di un giudizio ordinario.

Ciò non toglie che il sindacato del giudice, quantunque sia sempre in astratto possibile e benché in concreto possa essere viepiù approfondito, non potrà mai venire paragonato a quello di un rito ordinario (anche se semplificato) e, soprattutto, alle garanzie di scrutinio e di contraddittorio derivanti dall'adozione di un simile rito: il che si riflette, inevitabilmente, sugli elementi che debbono sussistere affinché l'accertamento contenuto nel decreto ingiuntivo divenga definitivo.

A tal riguardo, il sistema processuale italiano prevede in linea generale l'irrevocabilità del decreto ingiuntivo non opposto (che, come tale, può essere dichiarato esecutivo, se prima non lo era), semmai risultando incerto il tipo di definitività (secondo taluno si tratterebbe di un vero e proprio vincolo da giudicato; secondo altri di una semplice

¹⁴ Si esporrà qui, in sintesi, quanto più ampiamente argomentato in A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo*, cit., cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche.

preclusione *pro iudicato*¹⁵). Nel caso di decreto ingiuntivo richiesto da un professionista contro un consumatore e fondato su un rapporto contrattuale la Corte di Giustizia richiede qualcosa in più affinché il decreto ingiuntivo non opposto diventi definitivo: per la precisione, che l'accertamento sulla non abusività delle clausole sia svolto in forma espressa e motivata e che dello stesso sia portato a conoscenza il consumatore, affinché possa decidere se opporsi al decreto ingiuntivo¹⁶.

La *ratio* di questo *surplus* di elementi necessari per la definitività del decreto ingiuntivo sta, da un lato, nel fatto che in mancanza di una motivazione non si può acquisire certezza dell'avvenuto scrutinio del giudice, stante la specialità e la sommarietà del giudizio, e, da un altro lato, nella circostanza che all'assenza di un vero e proprio contraddittorio si può supplire solo se si consente al consumatore di sapere per quali ragioni il giudice non ha dichiarato vessatoria una certa clausola (solo in tal modo, infatti, egli può valutare l'opportunità di un'opposizione, in seno alla quale valorizzare argomenti giuridici e sottoporre elementi fattuali diversi e ulteriori rispetto a quelli che il giudice del monitorio, la cui cognizione è pur sempre parziaria, ha considerato¹⁷).

Proprio questa *ratio*, peraltro, impone di ritenere che il vincolo di definitività del decreto ingiuntivo si formi solo sulle clausole espressamente passate in rassegna dal giu-

¹⁵ Nel primo senso GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 5 ss.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*²⁰, III, Torino, 2009, 56 ss. (come pure la giurisprudenza assolutamente dominante: v. da ultimo Cass., 12 maggio 2021, n. 12671, in *dejure*); nel secondo REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 26 s.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, 113 ss.; e su questi profili v., di recente, CAPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *judicium*, 2023. La differenza tra le due tesi non è di grande importanza ai nostri fini: da essa discende solo che, accettando la tesi del giudicato vero e proprio, sulla questione di nullità si forma un vero e proprio giudicato implicito, rilevante anche in successivi giudizi volti ad attivare altre pretesi derivanti dal contratto potenzialmente contenente clausole vessatorie; seguendo l'altra tesi, invece, a formarsi è soltanto una preclusione sulla (sola) pretesa oggetto del procedimento monitorio.

¹⁶ La preclusione viene quindi fatta derivare da tre elementi, l'uno conseguente all'altro: non solo la decisione sulla vessatorietà e la motivazione sulla stessa, ma anche l'informazione del consumatore circa la decisione e la motivazione (in funzione di una sua possibile opposizione). Quest'ultimo principio, tuttavia, non è posto da Banco di Desio: lo si ricava – indirettamente, ma inevitabilmente – da un'altra delle sentenze del 17 maggio 2022, ossia Ibercaja, secondo la quale la preclusione derivante dalla mancata tempestiva opposizione a un procedimento esecutivo, formatasi a valle di uno scrutinio d'ufficio della vessatorietà delle clausole contrattuali, richiede tra l'altro, dal punto di vista del diritto eurounitario, che lo scrutinio sia almeno sommariamente motivato e il consumatore ne sia stato reso edotto, onde valutarne un'eventuale impugnazione (si tratta, quindi, di un caso differente, ma sostanzialmente analogo quanto a istanze di tutela espresse, al fondo del quale opera una *ratio* in tutto e per tutto corrispondente a quella alla base di Banco di Desio: sicché l'onere informativo posto da Ibercaja può essere perfettamente trasposto al caso di cui a Banco di Desio).

¹⁷ Del resto il giudice del monitorio, quand'anche disponga di poteri officiosi, non può supplire per intero all'assenza del consumatore, il quale potrebbe, in particolare, essere a conoscenza di elementi di fatto difficilmente accessibili al giudice.

dice e solo per le ragioni di vessatorietà rispetto a cui il giudice ha, per quanto succintamente, fornito una motivazione. Non sarebbe quindi sufficiente un elenco delle clausole scrutinate, nemmeno se analitico; ma non è nemmeno richiesta una motivazione eccessivamente ampia¹⁸.

Qualora il decreto ingiuntivo non sia stato opposto, ma non ricorrano nemmeno gli estremi perché esso diventi definitivo, il giudicato o la preclusione *pro iudicato* non possono formarsi. Non è affatto chiaro quali siano i rimedi di diritto interno a disposizione del consumatore che si trovi coinvolto in un'esecuzione forzata iniziata sulla base del decreto ingiuntivo¹⁹. Già varie tesi sono emerse: vi è chi richiama l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo²⁰; chi la revocazione straordinaria contro il decreto²¹; chi un'ordinaria azione di nullità, con la facoltà per il debitore di conseguire in via cautelare la sospensione dell'esecuzione²²; chi l'opposizione all'esecuzione²³; chi, ancora, il potere del giudice dell'esecuzione di dichiarare improcedibile il procedimento per carenza di un titolo ese-

¹⁸ Dottrina e giurisprudenza, in realtà, oscillano tra il richiedere una motivazione (a sua volta, più o meno estesa) oppure la sola inclusione, nel decreto ingiuntivo, di una "formula di chiusura", che tra l'altro indichi genericamente al consumatore l'avvenuto svolgimento dello scrutinio relativo alla non-vessatorietà delle clausole contrattuali (in questo secondo senso v. la requisitoria della Procura Generale della Corte di Cassazione del 5 luglio 2022, in *Giur. it.*, 2022, 2116, nonché D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo*, cit., e CECCARELLI, *La tenuta*, cit., 425 s.; nel primo, invece, si è espresso chi scrive in A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo*, cit., ritenendo necessaria, alla luce della *ratio* del principio posto alla base di Banco di Desio, una motivazione – per quanto succinta, come indicato da Ibercaja – sulle singole ragioni di vessatorietà che possono affliggere le singole clausole).

¹⁹ Peraltro, anche a valle dell'esecuzione va consentito al debitore di esperire un rimedio contro il creditore che ha ottenuto (in tutto o in parte) soddisfazione grazie al giudizio esecutivo. In particolare, si è ipotizzato che il debitore possa agire con un rimedio restitutorio o risarcitorio (tesi, quest'ultima, che permetterebbe di far valere una sorta di responsabilità *ex art. 96*, comma 2, c.p.c. anche a prescindere dalla colpa del creditore e anche al di fuori dell'esecuzione forzata o delle parentesi di cognizione sorte nell'ambito della stessa). Cfr. FERRAGUTO, *Clausole abusive*, cit.; CRIVELLI, *Appunti*, cit., 727.

²⁰ CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Giur. it.*, 2022, 487; CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo*, cit., 2124 (che parla, per l'esattezza, di una «sorta di remissione in termini» a favore del consumatore); R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo*, cit.

²¹ Così, seppur dubitativamente, CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo*, cit., 2124.

²² In tal senso la già citata requisitoria della Procura Generale della Corte di Cassazione del 5 luglio 2022, ribadita (a seguito della remissione della questione alle Sezioni Unite) nelle conclusioni di data 30 gennaio 2023, a quanto consta inedite.

²³ Assimilando il decreto ingiuntivo non opposto, e non definitivo per la mancanza di una motivazione sull'assenza di vessatorietà, a un titolo esecutivo stragiudiziale: così SOLDI e CAPPONI, *Consumatore*, cit.

cutivo²⁴. Della soluzione di questo specifico profilo, peraltro, sono state incaricate *ex art.* 363 c.p.c. le Sezioni Unite della Cassazione²⁵.

Le tesi non sono solo tecnicamente diverse: esse risentono in forme differenti del tentativo – per l'appunto, più o meno audace e radicale – di limitare la portata destabilizzante, rispetto al sistema, del *dictum* della Corte di Giustizia. Sennonché, per quanto si voglia circoscrivere il principio di diritto espresso in sede eurounitaria, non può negarsi che secondo la Corte di Giustizia il giudice dell'esecuzione deve poter verificare la vessatorietà delle clausole del contratto: il che impone, a rigore, di ritenere che costui non possa limitarsi a suggerire un rimedio giuridico volto a far cadere il decreto ingiuntivo, ma di per sé debba avere il potere di bloccare l'esecuzione²⁶.

Detto in altri termini: a prescindere dalla soluzione verso cui si indirizzerà la prassi (che verrà orientata soprattutto dall'imminente decisione delle Sezioni Unite), v'è da dire

²⁴ M. STELLA, *Il procedimento monitorio*, cit., 2127; BACCAGLINI, *Nullità*, cit.; con qualche peculiarità (ad esempio, sostenendo che in caso di opposizione all'esecuzione sia possibile chiedere un accertamento pure della vessatorietà delle clausole) FIENGO, *Il decreto*, cit. A voler seguire questa tesi, è pure possibile ritenere che l'esecutato abbia facoltà di sollecitare il potere del giudice dell'esecuzione *ex art.* 486 c.p.c. o anche *ex art.* 615 c.p.c. e che al consumatore sia consentito, al di fuori dell'esecuzione, di agire per chiedere che venga dichiarata una volta per tutte la nullità del decreto ingiuntivo (e, a monte, delle clausole abusive del contratto).

²⁵ Quanto ai giudici di merito, Trib. Napoli, 4 giugno 2022, in *dirittobancario.it*, ha assegnato al creditore una somma minore di quella indicata nel titolo esecutivo, stante la rilevata vessatorietà della clausola relativa agli interessi moratori: e vi ha provveduto non già *ex art.* 624 c.p.c., in mancanza di una tale istanza, ma, evidentemente, in virtù dell'assenza parziale di un titolo esecutivo; Trib. Milano, 9 gennaio 2023, in *ilcaso.it*, in un caso di opposizione a decreto ingiuntivo proposta (presumibilmente per errore) oltre il termine, ha ritenuto, impregiudicata la questione sul "rimedio" a disposizione del consumatore in casi del genere (di per sé affidata «alla Corte di legittimità in sede nomofilattica, ovvero alla dottrina o anche al legislatore»), di dichiarare nullo il decreto ingiuntivo emesso sulla base di una clausola, vessatoria, di deroga alla competenza; Trib. Udine, 11 agosto 2022, in *ilprocessocivile.it*, ha rigettato un reclamo formulato ai sensi dell'art. 624, comma 2, c.p.c. contro un'ordinanza di sospensione di un'esecuzione pronunciata a seguito di opposizione all'esecuzione e fondata sulla vessatorietà di una clausola di deroga all'art. 1957 c.c.

²⁶ La tutela del consumatore deve quindi poter essere somministrata dal giudice dell'esecuzione: il che fa propendere per l'ultima delle cinque tesi poc'anzi enunciate nel testo. È, invece, poco convincente quanto si legge nelle conclusioni di data 30 gennaio 2023 della Procura Generale della Corte di Cassazione, già menzionate, stando alle quali il riferimento in Banco di Desio a un potere-dovere del giudice dell'esecuzione non potrebbe vincolare l'interprete italiano in virtù del principio di "autonomia processuale". In realtà, il richiamo di tale potere-dovere in Banco di Desio era funzionale a declinare il principio di effettività della tutela, che sarebbe – secondo la Corte di Giustizia – lesa ove il giudice dell'esecuzione si limitasse a suggerire al consumatore un rimedio esterno rispetto al giudizio esecutivo, evidentemente addossandogli costi (in termini di tempo e di spese) non irrilevanti e altrimenti evitabili. V. pure, in questo senso, FIENGO, *Il decreto*, cit.; *contra*, invece, R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo*, cit., secondo cui l'intervento del giudice ha la sola funzione «di colmare il deficit informativo del consumatore in ordine alle proprie facoltà difensive»: ciò che, pur essendo assai condivisibile da un punto di vista astratto, non pare interamente rispettoso dei principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

che il rispetto di Banco di Desio – e degli altri precedenti – richiede a rigore che il giudice dell'esecuzione possa (e debba, ove emerga un “dubbio” a tal riguardo²⁷) occuparsi della questione di vessatorietà e delle conseguenze del suo mancato rilievo da parte del giudice del monitorio, senza potersi limitare a suggerire un certo rimedio al consumatore. Principio che, salvo voler ricorrere alla teoria dei “controlimiti”²⁸, vincola tanto il legislatore, quanto l'interprete del sistema italiano, e al quale – pur con tutte le riserve del caso – si presterà ossequio anche in questo contributo.

3. Le ricadute su altre forme di nullità: il regime delle nullità per ragioni diverse dalla vessatorietà

In Banco di Desio l'attenzione della Corte di Giustizia si è appuntata – e non poteva che essere così – sulla disciplina fornita dalla dir. 93/13/CEE: tuttavia, qualsiasi sia la tesi che si voglia seguire circa l'interferenza tra diritto interno e diritto eurounitario, gioco-forza ci si deve chiedere se il principio di diritto espresso dalla Corte non debba applicarsi, in sede nazionale, anche ad altre ipotesi²⁹. D'altro canto, a voler ritenere diversamente verrebbe leso l'art. 3 Cost., che impone di non trattare in modo differenti situazioni analoghe, ove ciò non sia giustificato in modo sostanziale (e la fonte – interna o eurounitaria – di una norma non è, per l'appunto, una giustificazione sufficiente).

L'interrogativo che così si apre non è banale: v'è da domandarsi, in sintesi, per quali nullità valga il nuovo – chiamiamolo così – regime monitorio (oltre, beninteso, alle nullità da vessatorietà). Il punto è che l'ordinamento pullula oggi di nullità di protezione, a tutela del consumatore o dell'imprenditore debole, e che comunque vi sono numerose previsioni di nullità *tout court* volte a sanzionare condotte dal disvalore ancora maggiore

²⁷ Di esame d'ufficio obbligatorio parla il § 65 di Banco di Desio (v. a tal riguardo D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo*, cit.); e di “dubbi” o “seri dubbi”, come fonte del potere istruttorio officioso del giudice diretto a consentire la valutazione di vessatorietà delle clausole di un contratto, parlano Profi Credit Polska c. O.H. e Kancelaria Medius. Non è chiaro, peraltro, cosa voglia dire “dubbio”: se sia sufficiente accorgersi che lo scrutinio non è stato affatto compiuto; se si debba addirittura indagare circa il compimento di un simile sindacato; se tutto al contrario serva che si palesi fin da subito la probabile vessatorietà di una delle clausole del contratto posto alla base del decreto ingiuntivo.

²⁸ Di assai difficile applicazione al caso di specie: quantunque si debba ammettere che la Corte di Giustizia stia finendo per tutelare in modo anche troppo incisivo il consumatore, non sembra che sia possibile invocare i controlimiti interni (a tal riguardo si vedano le ragioni richiamate da SCODITTI, *Quando il diritto*, cit.; e sul punto cfr. pure DE STEFANO, *Le sentenze*, cit.).

²⁹ Quesito evocato anche dalle conclusioni di data 30 gennaio 2023 della Procura Generale della Corte di Cassazione, ove viene però soprattutto declinato con riferimento alle incertezze sull'ampiezza, e alle possibili estensioni in via legislativa, della nozione di consumatore. L'interrogativo è sollevato anche da CAPORUSSO, nelle ultime righe del contributo pubblicato in questo fascicolo.

(si pensi, ad esempio, all'usura), per le quali non è chiaro se debba applicarsi il nuovo principio di diritto sancito da Banco di Desio.

Procediamo, però, con ordine, partendo dalla nullità da vessatorietà, onde meglio indagarla (anche alla luce della *ratio* di protezione).

La Corte di Giustizia si è occupata negli ultimi anni di tracciare uno statuto della nullità (di protezione) derivante da vessatorietà, così sancendo, tra l'altro, che essa sia necessariamente rilevabile d'ufficio³⁰; che la rilevabilità d'ufficio o l'eccepibilità da parte del consumatore della nullità non siano soggette a un termine di decadenza (quand'anche non breve o brevissimo)³¹; che in caso di rilevazione d'ufficio il giudice disapplichì la clausola, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga³² (fermo restando che il giudice stesso deve informare le parti della rilevazione e invitarle a discutere in contraddittorio nelle forme previste dalle norme nazionali³³). Inoltre, la Corte ha tratteggiato anche talune regole relative a quella che nella dottrina di lingua italiana si è definita post-vessatorietà³⁴, con espressione che vuole raccogliere l'insieme delle conseguenze giuridiche dell'avvenuta dichiarazione di vessatorietà. A tal riguardo si è stabilito (in estrema sintesi) che, dichiarata la vessatorietà, il giudice ne deve trarre "tutte le conseguenze"³⁵; che queste vanno ricondotte all'eliminazione della clausola, senza una sua riconduzione a equità o un'applicazione del diritto dispositivo³⁶; che solo allorché il venir meno della clausola tocchi l'oggetto del contratto e rischi di caducarlo per intero, con grave detrimento del consumatore, sia ammessa un'integrazione per mezzo del diritto dispositivo (ove esistente; viceversa, non resterà che tutelare il consumatore tramite la disciplina del risarcimento o delle restituzioni)³⁷.

³⁰ Così sin da Corte Giust. CE, 27 giugno 2000, cause da C-240/98 a C-244/98, *Océano*.

³¹ Cfr. Corte Giust. CE, 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis*.

³² A partire dalla nota sentenza Pannon.

³³ V. anzitutto la sentenza Banif Plus Bank.

³⁴ Si vedano, a tal riguardo, i numerosi scritti dedicati al tema da S. PAGLIANTINI, alcuni raccolti in *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020.

³⁵ Così già Asturcom, al § 58.

³⁶ Cfr. Banco Español, al § 64, con riferimento al considerando 21 della direttiva 93/13. E v. pure V. Corte Giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Dirk Fredrik*, § 60, sulla necessità di eliminare radicalmente, e non solo ridurre, la clausola penale abusiva, nonché Corte Giust. UE, 21 dicembre 2016, cause C-154/15 e C-307/15, *Gutiérrez Naranjo*, §§ 56 ss., sulla necessità di assicurare lo scopo di politica del diritto della direttiva, anche alla luce del suo considerando 24 e del suo art. 7, par. 1.

³⁷ Cfr., tra le numerosissime pronunce dedicate negli ultimi anni al tema (soprattutto con riferimento a casi di mutui con doppia indicizzazione), Corte Giust. UE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler*; Corte Giust. UE, 14 marzo 2019, causa C-118/17, *Dunai*; Corte Giust. UE, 26 marzo 2019, cause C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA*; Corte Giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-260/18, *Dziubak*; Corte Giust. UE, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Marc Gómez del Moral*; Corte Giust. UE, 25 novembre 2020, causa C-269/19, *Banca B. SA*; Corte Giust. UE, 21 dicembre 2021, causa C-243/20, *Trapeza Peiraios AE*; Corte Giust. UE, 31 marzo 2022, causa C-472/20, *Lombard Pénzügyi*. V. anche le opinioni degli Avvocati Generali Pitruzzella, del 14 maggio 2019, nel caso *Dziubak*, e Micheal Collins, del 16 febbraio 2023, nella causa C-520/21, *Bank M. SA*. Nella letteratura di lingua italiana v. per

Il regime di vessatorietà e di post-vessatorietà così succintamente ricordato trae spunto da due caratteri fondamentali della nullità in parola: da un canto, essa è prevista per tutelare un soggetto debole, la cui inferiorità permane tale anche dopo la conclusione del contratto e rispetto a cui una tutela effettiva reclama un ruolo di forte ausilio da parte del giudice³⁸; da un altro canto, essa non è sancita solo per proteggere il singolo consumatore, ma piuttosto per tutelare tutta la classe dei consumatori e ancora più in generale per garantire il buon funzionamento del mercato³⁹. Per raggiungere tali obiettivi, come ha più volte ricordato la Corte, è tra l'altro necessario che le conseguenze della vessatorietà non siano solo compensative⁴⁰, ma in qualche misura eccedano la semplice protezione del singolo, caricandosi di un ruolo dissuasivo nei confronti del professionista (il che, nel lungo periodo, dovrebbe tradursi in un ruolo di conformazione del mercato)⁴¹.

Tornando al regime monitorio della nullità da vessatorietà, esso si giustifica proprio in forza dei due descritti elementi (o, comunque, tocca una nullità intimamente caratterizzata dal gioco reciproco di questi due tratti fondanti): da un lato, la necessità di tutelare la parte debole del rapporto, priva di esperienza e di informazione sufficiente, soprattutto dal rischio di una mancata opposizione tempestiva; da un altro lato, l'esigenza di reprimere la condotta del professionista e, per tale via, di conformare il mercato (escludendo che l'applicazione delle norme processuali possa consentire alla parte forte del rapporto di recuperare il suo ruolo di preminenza e, così, possa renderla di fatto esente – in tutto o in parte – dal controllo di vessatorietà)⁴².

tutti i saggi di PAGLIANTINI e di DELLACASA in questo fascicolo, nonché, *ex multis*, PALMIERI e PAGLIANTINI, *Il post-vessatorietà come una «Baustelle im Dunkeln»?*, in *Foro it.*, 2021, IV, 294 ss., e IAMICELI, *The 'punitive nullity' of unfair terms in consumer contracts and the role of national courts: a principle-based analysis*, in corso di pubblicazione in *EuCML*.

³⁸ La Corte di Giustizia ha più volte ribadito che il consumatore deve contare sull'«intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale» (così sin Océano, § 26, e fino a Kancelaria Medius, § 35). Il che sottolinea l'esigenza di un forte «attivismo giudiziale».

³⁹ Di effetto dissuasivo e di obiettivo a lungo termine dell'art. 7 (corrispondente a una certa conformazione del mercato) parla Dirk Fredrik, al § 60. E v. pure Corte Giust. CE, 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, § 27.

⁴⁰ Che pure è un obiettivo da perseguire: si tratta, cioè, comunque di mettere il consumatore (verrebbe da aggiungere: «almeno») «nella situazione di fatto e di diritto in cui si sarebbe trovato senza clausola» (v. Gutiérrez Naranjo, §§ 56 s.).

⁴¹ L'effetto deterrente della direttiva non va, in altri termini, diminuito (cfr. ancora Gutiérrez Naranjo, §§ 56 s.).

⁴² Quantunque sia sufficiente, per raggiungere la conclusione di cui subito nel testo, ammettere che la nullità da vessatorietà ha alla sua base i due elementi indicati, si può ritenere che essi – come anticipato – siano anche giustificazione dello specifico regime «monitorio» di questa nullità. Del resto, nessuno dei due elementi, autonomamente considerato, sarebbe stato di per sé sufficiente a condurre la Corte a superare il principio del giudicato (o comunque della preclusione) da decreto ingiuntivo non opposto: l'effettività reclama sì un ruolo attivo del giudice, anche oltre i limiti delle norme processuali nazionali, ma non avrebbe avuto la forza, da sola, di conformare il rimedio sino a superare i limiti del giudicato; il *private enforcement*, di per sé, non avrebbe per-

Da quanto detto deriva che l'applicazione estensiva dei principi in tema di decreto ingiuntivo deve riguardare tutte le nullità che condividono con quella da vessatorietà i due connotati testé indicati, stante la comunanza della loro *ratio*. Il che è quanto, di regola, avviene con riferimento alle nullità di protezione: ma senza che vi sia necessariamente una corrispondenza biunivoca⁴³.

Da un lato, la necessità di tutela della parte debole, tipica delle nullità di protezione, può portare con sé lo statuto processuale tratteggiato dalla Corte di Giustizia soltanto quando sussista, in capo alla parte protetta, una debolezza altrettanto "processuale".

Ciò non richiede uno scrutinio particolare e specifico della situazione di fatto, ma piuttosto – trattandosi di disegnare, già in via astratta, la disciplina di una specifica nullità – impone che la *ratio* su cui poggia la singola causa di nullità formalizzi una normale debolezza della parte tutelata che, di per sé, implichi anche una sua vulnerabilità sul piano processuale.

Così, ad esempio, può ritenersi che avvenga in tutte le ipotesi di nullità di protezione relative al consumatore (quand'anche non attinenti al tema delle clausole vessatorie): nel qual caso la nullità di regola si fonda su un'inesperienza e una disinformazione della parte debole che ridonda anche in una vulnerabilità processuale. Con qualche maggior dubbio, questa conclusione potrebbe valere pure per il cliente nell'ambito di rapporti bancari o finanziari. Al contrario, in ipotesi di nullità B2b⁴⁴ il più delle volte la *ratio* dell'invalidità affonda, più che su un'inesperienza e una disinformazione tali da tradire una pericolosità dello strumento processuale attivato contro il soggetto protetto, su una debolezza economica, rispetto a cui è aliena una vulnerabilità processuale.

Da un altro lato, la natura repressiva dell'invalidità, lungi dal concretarsi nella semplice distinzione tra tale rimedio e quello risarcitorio (ché, in tal caso, il connotato sarebbe *in re ipsa*), richiede di verificare se la nullità stessa costituisca misura, per così dire, di *private enforcement*.

Un tanto accade ogniquale volta la nullità, con il suo operare, sfrutti il bisogno di tutela della parte debole al fine di realizzare obiettivi di conformazione del mercato. La dimostrazione, a sua volta, può affondare ora nella *ratio* della nullità stessa (come per lo più avviene nell'ambito delle nullità di protezione), ora nel suo specifico statuto: in particolare, la legittimazione riservata all'eccezione di nullità e soprattutto la necessaria

messo di disegnare in modo originale gli strumenti processuali di tutela, ma di certo ha attribuito una forza propulsiva molto più intensa al principio di effettività. D'altro canto, in Banco di Desio la Corte non ha richiesto di verificare se in concreto il consumatore non fosse stato in condizione di opporsi al decreto ingiuntivo onde far venire meno la preclusione *pro iudicato*: qui, come altrove, il sistema di tutela si fonda su una presunzione, che è presunzione di debolezza, ma che al contempo è intento di reprimere – sempre e comunque – l'inserzione di clausole vessatorie nei contratti dei professionisti.

⁴³ Con inevitabile necessità di distinguere una pluralità di statuti della nullità di protezione.

⁴⁴ Di recente, sulla nullità di protezione nei contratti B2b, PAGLIANTINI, *Alla ricerca della nullità di protezione B2b (tra dogmatica edittale e circolo ermeneutico)*, in *Pers. merc.*, 2022, 331 ss.

parziarietà della stessa possono costituire indici di particolare rilievo, giacché essi, da un lato, evitano che la parte forte del rapporto possa servirsi della nullità per evadere da un rapporto ritenuto non (o non più) vantaggioso e, da un altro lato, privano la stessa parte forte di una facile via d'uscita (che le sarebbe concessa qualora, a fronte dell'invalidità di una parte o di una clausola del contratto, potesse farne valere l'integrale caducazione).

Stando a quel che si è detto, non è difficile avvedersi della natura repressiva delle varie nullità in tema di protezione del consumatore, così come di quelle di cui è costellato il diritto bancario o quello finanziario. Ma così è, a ben vedere, anche per il caso degli interessi usurari, specie se si considera la conseguenza prevista dall'art. 1815, comma 2, c.c. (nullità della clausola e mantenimento del contratto di mutuo senza interessi): ipotesi nella quale, nonostante le apparenze, potrebbe ritenersi presente anche la necessità di tutela della parte debole, giacché la debolezza tipica dell'usura (e che ne costituisce la *ratio*) si associa naturalmente a una vulnerabilità processuale (basti pensare allo stato di profondo disagio economico, che può aver indotto il debitore a non nominare un difensore o a non difendersi adeguatamente, così come al suo timore o addirittura alla sua costrizione, nei casi – che, per vero, di rado si traducono in giudizi civili – di vero e proprio strozzinaggio).

Assai complessa, alla luce di quanto s'è scritto, appare l'ipotesi della nullità a protezione del contraente a valle di un'intesa *antitrust*: ove la nullità, ritenuta da taluno di protezione, da un lato sembrerebbe scollegata da una particolare debolezza nel processo, ma dall'altro lato, per lo meno finché non è divenuta di pubblico dominio l'intesa stessa, può comportare dei rilevanti problemi di prova⁴⁵. Senza dire che, dal punto di vista della repressività, la misura in parola parrebbe costituire un esempio tipico di *private enforcement*, se non fosse che l'applicazione alla stessa dell'art. 1419, comma 1, c.c. (di recente proposta dalla Cassazione) cozza proprio con tale carattere repressivo⁴⁶.

⁴⁵ Mentre però le altre nullità si fondano su una debolezza che giustifica la vulnerabilità processuale, questa nullità semplicemente si presenta, il più delle volte, assieme a problemi probatori. La differenza, qualitativa, non è minima: qui la difficoltà è di fornire la prova (e prima ancora di venire a conoscenza) di un'intesa restrittiva della concorrenza, pur a fronte di un orientamento giurisprudenziale, che va consolidandosi, che addossa questa prova al privato che di tale intesa si duole e che, semmai, risulta incerto nell'identificare il tipo di dimostrazione di volta in volta richiesta (ad esempio, in presenza di un provvedimento amministrativo che accerta l'intesa e che costituisce "prova privilegiata", si dovrebbe produrre il provvedimento, evidenziando la riconducibilità della condotta contestata all'accordo restrittivo, secondo Trib. Catania, 22 febbraio 2022, n. 854, inedita; quanto, invece, al più complesso caso di condotte temporalmente successive all'arco temporale coperto dall'accertamento amministrativo, v. Collegio Coord. ABF, 29 dicembre 2022, n. 16511; Trib. Milano, 19 gennaio 2022, entrambe in *dirittobancario.it*; in dottrina su questi temi cfr. M. MAGLIULO, *Contratti di fideiussione omnibus attuativi di intesa anticoncorrenziale: nuovi dubbi e vecchie incertezze*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2022, 163 ss.; A. MONTANARI, *Nullità dei contratti attuativi dell'intesa illecita e «prova privilegiata»: qualche appunto alle sezioni unite 41994/21*, in *Foro it.*, 2022, 528 ss.; nella legislazione va tenuto poi anche conto del disposto dell'art. 7, d.lgs. 3/2017).

⁴⁶ V. ovviamente Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, 499. In realtà il richiamo fatto da questa sentenza all'art. 1419, comma 1, c.c., da molti criticato (quanto meno nell'e-

La questione potrebbe venire sciolta applicando solo in parte la superabilità del giudicato⁴⁷: tenendo in considerazione che la debolezza processuale si esprime qui in una inevitabile asimmetria probatoria, non evitabile sul piano dei singoli rapporti privatistici, potrebbe supporre che il giudicato (o la preclusione *pro iudicato*) non faccia stato nei confronti del debitore che non era in grado di fornire a questa prova, ad esempio perché l'intesa anticoncorrenziale non era stata ancora scoperta da alcuno o, seppur scoperta da taluno, non se ne era diffusa notizia⁴⁸. Il che, però, dovrebbe a rigore ipotizzarsi non solo a fronte di un decreto ingiuntivo non opposto, ma anche a valle di veri e propri procedimenti ordinari, diversamente da quanto – come subito passeremo a dire – avviene nell'ambito di applicazione, diretta o indiretta, della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore.

4. Le ricadute su altri procedimenti: a) la formazione del giudicato nel procedimento di cognizione e nel procedimento di convalida di sfratto

Banco di Desio ha ormai certificato quel che, come si è anticipato, era già implicito nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: ossia la non conformità di alcune delle regole relative al rito monitorio italiano con il principio di effettività applicato alla protezione del consumatore dalle clausole vessatorie.

Tuttavia, la ricchezza di spunti che tale giurisprudenza offre, pur a fronte delle difficoltà che la sua ordinata ricostruzione pone, porta a domandarsi se la Direttiva 93/13 non renda euroincompatibili anche altri istituti processuali italiani, o quanto meno taluni loro tratti di disciplina, e se quindi non ci si debba aspettare nuovi rinvii alla Corte di

sito finale, ossia nella conservazione del contratto di fideiussione *omnibus* epurato dalle clausole "originate" dall'intesa restrittiva: cfr. a tal riguardo F. SARTORI, *Fideiussioni omnibus e nullità delle clausole in deroga: tra efficienza del mercato e stabilità del sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, 309 ss.; A.A. DOLMETTA, *Fideiussioni bancarie e normativa antitrust: l'"urgenza" della tutela reale; la "qualità" della tutela reale*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 1 ss.; e v. pure gli argomenti spesi da Collegio Milano ABF, 4 luglio 2019, n. 16558), sembra il frutto, più che della volontà di applicare un istituto di parte generale previsto per i contratti tra pari e per ipotesi di nullità che non hanno alcunché di repressivo, della ricerca di un compromesso: compromesso che, per l'appunto, mira a reprimere... ma non troppo, così, per l'effetto, salvando per quanto possibile il contratto stipulato a valle dell'intesa anticoncorrenziale.

⁴⁷ In una sorta di applicazione non già estensiva della giurisprudenza europea, ma analogica, dove l'analogia è *iuris* e si fonda sulla cedevolezza, oggi riconosciuta, del giudicato, a fronte di ipotesi di particolare gravità.

⁴⁸ Non basterebbe, cioè, la semplice difficoltà di attestare che l'intesa, pur dimostrabile con riferimento a un certo turno temporale (tramite la produzione di un provvedimento della Banca d'Italia), si fosse prolungata anche oltre: la difficoltà che qui si evoca attiene all'ignoranza dell'intesa. La soluzione additata aprirebbe anzitutto la via a una sorta di rimessione in termini rinforzata, ove il giudizio non si fosse ancora chiuso.

Giustizia e nuovi interventi correttivi del nostro sistema processuale da parte di quest'ultima.

Il quesito si pone, anzitutto, con riferimento al tema su cui Banco di Desio è direttamente intervenuta e, quindi, con riguardo alla formazione di un vincolo da giudicato. Se è evidente, infatti, che oggi a valle di un procedimento monitorio non sempre si addiende alla formazione di un giudicato intangibile o comunque di una preclusione *pro iudicato* altrettanto intoccabile, resta da capire in quali altri casi il giudicato possa crearsi con pienezza di effetti.

La trama del diritto eurounitario consente di cogliere, a tal riguardo, almeno due macro-principi: a) il consumatore deve poter contare su un giudice che si attivi nel pronunciare la vessatorietà, quando sussistente, e che disponga quindi degli elementi di fatto e di diritto necessari e sufficienti (anche grazie ai suoi poteri istruttori officiosi)⁴⁹; b) il giudice non può surrogarsi al consumatore a fronte di una sua completa inerzia⁵⁰. Tali macro-principi vanno però declinati alla luce delle particolarità dei singoli riti descritti dal codice di procedura italiano: tra cui occupa ovviamente un posto di primario rilievo quello ordinario di cognizione (e pure quello sommario, e oggi semplificato, di cognizione).

In tal caso verrebbe da ritenere che la cognizione piena del giudice renda la sentenza che si fonda su un contratto in cui sono presenti clausole vessatorie di per sé idonea al giudicato, quand'anche l'organo giudicante non si sia accorto dell'eventuale nullità di clausole contrattuali e pure se il consumatore sia rimasto contumace: del resto, ove così non fosse, risulterebbe assai traballante l'idea stessa di giudicato, sia perché esso, per essere davvero tale, deve coprire generalmente il dedotto e il deducibile, sia perché la contumacia del convenuto non può ridondare a sfavore dell'attore al punto da non consentire, nemmeno a fronte dell'instaurazione di un giudizio ordinario, la formazione di un giudicato.

Questa conclusione potrebbe, a dire il vero, sembrare contraria al *decisum* di Banco Primus: in tale sede la Corte di Giustizia ha sancito che, «in presenza di una o di più clausole contrattuali la cui eventuale abusività non sia ancora stata esaminata nell'ambito di un precedente controllo giurisdizionale del contratto controverso terminato con una decisione munita di autorità di cosa giudicata, la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che il giudice nazionale, regolarmente adito dal consumatore mediante un'opposizione incidentale, è tenuto a valutare, su istanza delle parti o d'ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l'eventuale abusività di tali clausole».

Il principio, espresso in termini assai generali, parrebbe in effetti impedire la formazione di qualsiasi giudicato quanto meno nei casi in cui il giudice non si è avveduto della nullità di una clausola o comunque non ha proceduto espressamente al relativo esa-

⁴⁹ V. le già menzionate decisioni Pannon, Banif Plus Bank, VB Pénzügyi Lizing, Profi Credit Polska c. O.H., Kancelaria Medius e Lintner.

⁵⁰ Lo sottolinea, a chiare lettere, Asturcom, § 47, secondo cui il giudice non deve supplire «integralmente alla completa passività del consumatore interessato». Più di recente, v. Corte Giust. UE, 30 giugno 2022, causa C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*, § 48.

me. Tuttavia, una simile impressione sarebbe erronea: in realtà il *dictum* di Banco Primus va letto in modo più ristretto⁵¹.

Nel caso in parola, infatti, si trattava di decidere della eurocompatibilità di una disciplina nazionale relativa a un'opposizione a un'esecuzione iniziata in forza di un titolo stragiudiziale: disciplina che sottoponeva l'opposizione a un rito connotato da diversi tratti di specialità e speditezza e che, nondimeno, consentiva al provvedimento finale, dotato di definitività endoesecutiva⁵², di fare stato anche sulla non-nullità delle clausole non espressamente controllate dal giudice⁵³. L'esito cui è giunta la Corte in Banco Primus, quindi, va confinato a casi di procedimenti particolari, in cui a risultare centrali sono proprio quei tratti di specialità e speditezza che, a loro volta, impediscono la formazione di una preclusione sulla questione di non-nullità.

Ne consegue che nelle ipotesi di rito ordinario può ben valere il principio – intuitivo e logico – per cui anche in assenza di uno scrutinio esplicito (o addirittura esplicitamente motivato) delle clausole vessatorie può formarsi una preclusione da giudicato.

Del resto, proprio riferendosi a un giudizio a cognizione piena la Corte ha sancito l'eurocompatibilità della formazione di un giudicato implicito (in quel caso, si trattava di un giudicato interno, generatosi dalla mancata formulazione di un motivo di impugnazione) a fronte di una completa passività del consumatore⁵⁴. Dal che si desume agevolmente la compatibilità con la disciplina europea di una norma che, a fronte di una tale passività, ritenga definitiva la statuizione di non-nullità di un contratto resa in modo implicito o, a maggior ragione, esplicito.

A sua volta, la totale passività non sussiste, secondo la Corte, quando, sebbene il giudice non abbia rilevato la nullità e il consumatore non abbia interposto appello, tale condotta del consumatore sia stata dettata dallo stato della giurisprudenza (precedente

⁵¹ È la stessa Banco Primus, come nota PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra prescrizione e transigibilità*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 188, nt. 150, a ribadire il principio per cui «la tutela del consumatore non può reputarsi illimitata, declinando di fronte ad un principio di certezza del diritto».

⁵² Il rischio non era quindi qui di privare totalmente di tutela il consumatore, ma semmai di declassare la sua protezione da reale a obbligatoria: ciò a cui la Corte di Giustizia si dimostra spesso assai sensibile, anche nella prospettiva di salvaguardare la proprietà immobiliare (di regola, della casa di abitazione) del consumatore. V. la decisione *Aziz*, ai §§ 60 s.

⁵³ Più precisamente, la sentenza si riferiva al caso di un procedimento speciale – instaurabile per bloccare un'esecuzione forzata a fronte di ragioni particolari (tra cui la vessatorietà di una delle clausole contrattuali), a valle del quale si formava però comunque una preclusione endoesecutiva che ostava all'esame della clausole non portate all'attenzione del giudice o comunque non vagliate – e alla mancata rilevazione, in tale procedimento, della vessatorietà di una clausola diversa rispetto a quella direttamente contestata.

⁵⁴ Il riferimento va alla decisione *Unicaja*. In quel caso la completa passività era esclusa dall'esistenza, al tempo, di una normativa nazionale che limitava in modo illegittimo i diritti del consumatore e avrebbe potuto indurre il debitore a non proporre appello (ciò che, quindi, ostava alla formazione del giudicato interno implicito). La sentenza si è poi occupata di risolvere una questione ulteriore, relativa al potere del giudice di pronunciare su una questione restitutoria in mancanza di una domanda di parte.

a un *revirement*⁵⁵): in casi del genere il forte attivismo giudiziario imposto dalla disciplina europea (che assegna al giudice penetranti doveri di istruzione officiosa e di rilevazione d'ufficio della nullità) non può dirsi, in quanto concretamente non sfociato in alcuna dichiarazione di nullità, astrattamente sufficiente perché si formi un giudicato. Viceversa, la semplice non rilevazione della vessatorietà da parte del giudice, quand'anche dovuta alla mancata eccezione di un convenuto contumace, in chiave eurounitaria non impedisce affatto la creazione di un giudicato implicito (interno e, *a fortiori*, esterno).

Dal punto di vista dell'interprete italiano⁵⁶, deve quindi ammettersi che, a valle di un giudizio ordinario (o anche esperito con il rito sommario di cognizione *ex art. 702-bis* e oggi *ex art. 281-decies* c.p.c.), si formi sempre e per forza di cose un giudicato pieno sulla non-vessatorietà, quand'anche il consumatore sia rimasto contumace⁵⁷. In questo caso infatti: a) il giudice, peraltro dotato di poteri officiosi sul piano della prova e dell'accertamento della vessatorietà, compie un'istruttoria piena nell'ambito di un giudizio con garanzie altrettanto piene di contraddittorio⁵⁸; b) il consumatore è invitato a partecipare a un giudizio

⁵⁵ Si pensi ad esempio a Corte Giust. UE, 19 novembre 2015, causa C-74/15, *Tarcău*, che non solo ha in un certo qual modo superato Corte Giust. CE, 17 marzo 1998, causa C-45/96, *Dietzinger*, ma soprattutto ha sconfessato (in chiave interna) la giurisprudenza della Corte di cassazione. Sul punto v. di recente GIROLAMI, *La saga del consumatore fideiussore*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, 655 ss.

⁵⁶ V. anche le conclusioni di data 30 gennaio 2023 della Procura Generale della Corte di Cassazione, già citate, le quali si chiedono se sia vero che l'ordinamento «si accontenta di preconstituire le serie condizioni per cui detto controllo [di vessatorietà] avvenga, non potendo in ogni caso supplire alla totale inerzia del consumatore». Ove così non fosse, la cedevolezza del giudicato potrebbe contagiare «il processo a cognizione piena contumaciale» e «la sentenza che ha definito il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo», se pronunciate prima di un *revirement* giurisprudenziale.

⁵⁷ In tal modo finendo per essere “totalmente inerte”: soluzione condivisa da D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo*, cit. (ma – a quanto si legge in R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo*, cit. – rigettata da RASIA, nel suo saggio *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in corso di pubblicazione). Più complesso, semmai, è comprendere se, a fronte della contumacia del consumatore, il giudice possa rilevare e dichiarare la vessatorietà di una clausola. Un simile problema, che non si pone nel caso di giudizio monitorio (dove il rigetto della domanda del ricorrente non fa stato alcuno) e di procedimento esecutivo fondato su un decreto ingiuntivo non opposto (almeno ritenendo che, a fronte della passività del consumatore sollecitato dal giudice e però silente, il giudice stesso possa comunque dichiarare l'improcedibilità dell'esecuzione, senza alcun effetto preclusivo per il creditore), emerge in tutta la sua intensità nel giudizio contumaciale. La Corte di Giustizia, e così pure la dottrina, tendono a risolverlo nel senso di consentire al giudice la dichiarazione di vessatorietà, traendo argomento dal fatto che il consumatore, lungi dal “dover” avvalersi della vessatorietà suggerita dal giudice, “possa” semmai opporsi a una simile dichiarazione (v. *Banif Plus Bank*, § 35, ma pure Corte Giust. UE, 30 maggio 2013, causa C-397/11, *Jörös*, § 42): cfr. sul punto Corte Giust. UE, 17 maggio 2018, causa C-147/16, *Karel de Grote*; S. VITRÒ, *L'esame d'ufficio dell'abusività delle clausole dei contratti con i consumatori nella elaborazione della Corte UE*, in *giustiziainsieme.it*, 2020.

⁵⁸ Istruttoria che avviene nell'ambito di un giudizio a contraddittorio pieno, diversamente da quanto accade nel procedimento monitorio.

ordinario e può ben immaginare di dover spendere tutte le sue difese in tale sede⁵⁹; c) nell'eventuale atto di impugnazione⁶⁰ si potrà far valere una nullità espressamente o implicitamente esclusa: e se il consumatore non vi provvede, *imputet sibi*.

V'è a tal riguardo solo da precisare che, se il consumatore non è messo in condizione di far valere la vessatorietà in sede di impugnazione (ad esempio, a causa di un successivo *revirement* giurisprudenziale), non si forma alcun giudicato implicito interno a causa della mancata formulazione di un motivo d'appello. Non può dirsi che tale principio innovi il sistema processuale italiano, per lo meno ove si ritenga che esso, già in linea generale, non collega a quest'inerzia (ossia, alla mancata formulazione di un motivo d'appello sulla questione di nullità) la formazione di un giudicato implicito interno; ovviamente, a soluzione diversa si dovrà addivenire ove si parta da una premessa opposta⁶¹. Ad ogni modo, non può suppersi che l'ordinamento eurounitario si spinga al punto da rendere cedevole, nella prospettiva del diritto italiano, il giudicato esplicito interno: ciò che costituirebbe

⁵⁹ Anche qui ben diversamente da quanto avviene nel procedimento monitorio.

⁶⁰ L'ordinamento eurounitario non garantisce indefettibilmente al consumatore un doppio grado di giudizio. V. Corte Giust. UE, 17 luglio 2014, causa C-169/14, *Sánchez Morcillo*, § 36.

⁶¹ Seguendo una differente premessa, infatti, dovrà ammettersi che il nostro ordinamento assicurati di per sé, e in linea generale, un livello di tutela pure maggiore di quello richiesto in sede eurounitaria, consentendo al consumatore (e in generale a chiunque) di (far) rilevare la nullità (non già discussa) in ogni stato e grado del giudizio. Per la tesi secondo cui sulla questione di nullità non si forma alcun giudicato implicito interno (ma solo un eventuale giudicato esplicito interno o – a tempo debito – un giudicato implicito o esplicito esterno) v., sulla scia delle note pronunce delle Sezioni Unite del 2014, Cass., Sez. Un., 22 marzo 2017, n. 7294; in senso contrario, invece, Cass., 4 maggio 2016, n. 8795; Cass., 17 gennaio 2017, n. 923; Cass., 5 aprile 2017, n. 8841; Cass., 8 novembre 2022, n. 32838, tutte in *dejure*). Qualche perplessità può porsi semmai per il caso di impugnazione di un lodo, ove potrebbe dubitarsi della sussistenza di un analogo potere di rilievo officioso in capo alla Corte d'appello (e, *a fortiori*, in capo ai giudici dei gradi successivi). Nondimeno, la garanzia per il consumatore di poter impugnare il lodo per aver deciso sulla base di clausole contrattuali vessatorie (ciò che potrebbe, in chiave interna, farsi discendere pianamente dall'art. 829, comma 3, c.p.c.) sembra in ottica eurounitaria sufficiente, almeno stando a quanto si legge al § 39 della decisione Mostaza Claro (salvi alcuni dubbi residui in merito alla compatibilità di questa sentenza con l'art. 817, comma 2, c.p.c.: in merito v. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, 679 ss.). In senso contrario però PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. merc.*, 2010, 25 s. (e in parte pure D'ALESSANDRO, *Sui rapporti*, cit., 694), secondo cui da Mostaza Claro deriva un vero e proprio obbligo per i giudici dell'impugnazione, anche in assenza della formulazione di un motivo apposito, di rilevare la nullità di una clausola vessatoria (sennonché, così argomentando, si priverebbe tra l'altro di senso Unicaja, che limita al solo caso di incolpevole inerzia, in un giudizio di impugnazione di un atto giurisdizionale statale, l'impossibilità che si origini un giudicato implicito). Nondimeno, il problema ricostruttivo si stempera, se si aderisce alla tesi secondo cui la violazione di norme di ordine pubblico ex art. 829, comma 3, c.p.c. è sempre rilevabile d'ufficio dai giudici dell'impugnazione del lodo (v. ad esempio MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.*, 2005, 861; in giurisprudenza v., di recente, Cass., 6 maggio 2022, n. 14405, in *dejure*, la quale, pur accedendo a un'interpretazione ampia di Mostaza Claro, ha poi fatto precipuo riferimento proprio all'art. 829, comma 3, c.p.c.).

un *vulnus* notevole ai rapporti già definiti e colliderebbe frontalmente con il principio di certezza del diritto.

Qualche altro dubbio potrebbe poi porsi in relazione all'eventualità – cui pone molta attenzione la Corte di Giustizia⁶², ma che in realtà è molto limitata nell'ordinamento italiano – di procedimento in cui il consumatore è costituito non a mezzo di difensore tecnico (liti di fronte al giudice di pace dal valore sino a 1.100 euro): non tanto per la difficoltà del consumatore nell'eccepire la nullità (difficoltà rispetto a cui offre rimedio il dovere del giudice di procedere a un rilievo officioso, anche mediante il ricorso a poteri istruttori altrettanto officiosi), quanto perché l'ignoranza dei meccanismi processuali potrebbe condurre alla formazione di giudicati pregiudizievoli⁶³. Si pensi, ad esempio, al caso di un'opposizione a decreto ingiuntivo e un'estinzione del giudizio per inattività della parte (concretata da una mancata presenza a due udienze consecutive: cfr. art. 309 c.p.c.).

Ora, se tale rischio in astratto sussiste, in concreto esso è alquanto remoto, anche per la flessibilità del rito di fronte al giudice di pace⁶⁴. Nondimeno, esso potrebbe consigliare, da un lato, di ampliare per i contenziosi di così modesta entità il ricorso alle ADR (già assai diffuso) e, da un altro lato, di prevedere che nei casi di giudizio senza l'assistenza di un difensore il rito sia totalmente deformalizzato (sempre a voler mantenere la possibilità di stare in giudizio senza un procuratore, così da diminuire i costi di lite cui il consumatore va incontro).

Oltre al giudizio ordinario, di cui si è finora trattato, meritano almeno un cenno – anche per la vicinanza con il tema di Banco di Desio – due particolari istituti processuali,

⁶² Così sin dalla decisione Océano, § 26.

⁶³ È vero quanto scrive, R. Rossi, *Decreto ingiuntivo*, cit., ossia che «il ripristino di una condizione di equilibrio tra professionista e consumatore ... passa attraverso due strade: dal punto di vista sostanziale, mercé la previsione della inderogabile non vincolatività delle clausole abusive, volta a bilanciare il minor potere di negoziazione del consumatore ...; in ambiente processuale, tramite il rilievo officioso ... della abusività delle clausole ..., colmando così, con il c.d. diritto all'interpello, il deficit informativo del contraente debole sulle proprie finalità difensive». Tuttavia, è anche vero che il deficit conoscitivo del consumatore può riguardare l'intero meccanismo processuale, con esigenze di tutela – quanto meno, nella prospettiva eurolunitaria, ove emergano temi di abusività – non meno pressanti.

⁶⁴ Così come sussiste di fatto solo in astratto il rischio che il giudice, dovendo decidere secondo equità (art. 113 c.p.c., peraltro di dubbia applicazione ai rapporti di consumo), trascuri di rilevare la vessatorietà di una clausola. Un simile rischio in realtà è assai depotenziato e anzi praticamente disattivato, poiché l'equità veicola un sindacato almeno corrispondente a quello di vessatorietà (tanto più alla luce di Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *cortecostituzionale.it*).

l'uno ancora inerente al rito ordinario e l'altro invece corrispondente a un rito speciale: l'ordinanza anticipatoria di condanna *ex art. 186-ter c.p.c.*⁶⁵ e la convalida di sfratto⁶⁶.

L'*art. 186-ter c.p.c.* disciplina uno strumento, per vero di rara applicazione pratica⁶⁷, corrispondente a una sorta di decreto ingiuntivo pronunciato in corso di causa. Più precisamente, è previsto che, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, l'attore possa chiedere – ove ricorrano i presupposti monitori di cui agli artt. 633, comma 1, n. 1, e comma 2, e 634 c.p.c. – di pronunciare un'ordinanza di ingiunzione di pagamento o di consegna⁶⁸.

Quel che è particolare di questa ordinanza anticipatoria è che, «se la parte contro cui è pronunciata l'ingiunzione è contumace», essa «deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'articolo 644», con «l'espresso avvertimento che, ove la parte non si costituisca entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi dell'articolo 647». Ne deriva, almeno secondo la tesi più persuasiva⁶⁹, una ultrattività dell'ordinanza, che, nell'acquistare efficacia esecutiva in caso di mancata costituzione della parte contumace nei venti giorni dalla notifica dell'ordinanza, viene pure munita di autorità di giudicato.

⁶⁵ L'ordinanza di cui all'*art. 186-bis c.p.c.*, con cui il giudice istruttore, su istanza di parte, può disporre «fino al momento della precisazione delle conclusioni il pagamento delle somme non contestate dalle parti costituite» non pone particolari problemi: difatti, non solo il presupposto della “non contestazione” lascia al giudice la possibilità (e quindi pure il dovere) di verificare l'assenza dei fatti costitutivi del credito o la presenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi rilevabili d'ufficio (cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁵, Napoli, 2012, 581), ma, oltre a questo, l'ordinanza è sempre revocabile e solo in caso di estinzione del processo “conserva la sua efficacia”: il che, anche a volervi rinvenire traccia di una sorta di irretrattabilità dell'ordinanza (munita di un'efficacia di giudicato o paragonabile alla stessa: cfr., per le varie tesi, M. NEGRI, sub *art. 186-bis*, in *Comm. Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, Torino, 2012, 408 ss.), non fa sorgere perplessità in chiave di eurocompatibilità, se si tiene a mente che l'estinzione del processo è inevitabilmente dovuta all'inerzia delle parti (come tale a loro imputabile) o a una loro rinuncia agli atti (*ex art. 306 ss. c.p.c.*). Considerazioni non dissimili valgono per la, pur diversa, ordinanza di cui all'*art. 186-quater c.p.c.*

⁶⁶ Convalida di sfratto per finita locazione o per morosità o anche convalida di licenza per finita locazione: cfr. artt. 657 e 658 c.p.c.

⁶⁷ Ci si potrebbe chiedere se, in futuro, potrà candidarsi a strumento elettivo nel contenzioso tra consumatori e professionisti (e in particolare banche). V. a tal riguardo il successivo § 6.

⁶⁸ Anche quest'ordinanza è revocabile e acquista efficacia esecutiva (ove non ne sia già munita) in caso di estinzione del giudizio: profili, questi, che non pongono particolari questioni ai nostri fini. Con riferimento, poi, alla previsione secondo cui l'ordinanza «è dichiarata provvisoriamente esecutiva ove ricorrano i presupposti di cui all'articolo 642, nonché, ove la controparte non sia rimasta contumace, quelli di cui all'articolo 648, primo comma», valgono le considerazioni di cui al successivo paragrafo, con la precisazione che la – sempre consentita – revocabilità dell'ordinanza supera senz'altro i dubbi di eurocompatibilità che si pongono in relazione agli artt. 642, 648 e 649 c.p.c.

⁶⁹ V., per una panoramica della dottrina, M. NEGRI, sub *art. 186-ter*, in *Comm. Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, Torino, 2012, 408 ss., 451 ss. e 454 ss.

Una simile previsione, quantunque riguardi uno strumento processuale che si inserisce in un giudizio ordinario, pone seri dubbi di eurocompatibilità: l'art. 186-ter c.p.c. non assicura affatto che l'ordinanza sia pronunciata a valle di un'istruttoria piena e di uno scrutinio dei temi giuridici altrettanto completo (o che avrebbero potuto essere pieni e completi, se il consumatore si fosse costituito e avesse valorizzato gli elementi a suo favore), giacché l'ingiunzione può essere richiesta al giudice istruttore «in ogni stato del processo», sulla base di una semplice valutazione circa la sussistenza di una prova monitoria. Anche a voler ritenere che al giudice istruttore spettino poteri simili a quelli di cui all'art. 640 c.p.c. (o, quanto meno, che egli – in forza di un'interpretazione euroconforme della disciplina di legge – disponga di poteri istruttori volti a consentirgli di rilevare d'ufficio la presenza di clausole vessatorie⁷⁰) e anche a voler ipotizzare che, in ogni caso, il giudice istruttore debba rigettare allo stato l'istanza ove, nonostante la richiesta, residui un dubbio o almeno un serio dubbio sulla vessatorietà (e l'istruttoria non sia già stata completata), resta che: a) il giudice non è di per sé obbligato a motivare sulla nonvessatorietà; b) il consumatore contumace, ricevendo la notifica dell'ordinanza, nulla sa circa lo scrutinio in parola, ove lo stesso non sia stato compiuto per espresso⁷¹.

Proprio l'applicazione del principio stabilito da Banco di Desio, specialmente se letto alla luce della giurisprudenza della Corte, porta a ritenere necessario che il giudice istruttore debba motivare espressamente circa il sindacato di non-nullità, non potendo altrimenti formarsi alcuna preclusione a causa della mancata costituzione del convenuto.

Infine, resta da fare un breve cenno alla convalida di sfratto: procedimento speciale che, a tacer d'altro, può riguardare un contratto soggetto alla disciplina delle clausole vessatorie⁷².

⁷⁰ E che quindi possa chiedere chiarimenti o prove aggiuntive al creditore. In dottrina, per il vero, si discute finanche della sussistenza di un margine di discrezionalità in capo al giudice richiesto dell'ordinanza ex art. 186-ter c.p.c.: per la positiva M. NEGRI, sub art. 186-ter, cit., 439.

⁷¹ Vi sono però pure altri due profili che possono suscitare dubbi in chiave eurounitaria: i) la mancanza di un avvertimento specifico rivolto al consumatore, che taluno ritiene necessario per rendere eurocompatibile il procedimento monitorio (traendo questo dato da Ibercaja: così D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo*, cit.); a dire il vero, tale avvertimento potrebbe però essere nella sostanza ricompreso in quello di cui all'art. 186-ter, comma 5, c.p.c. (beninteso, salva sempre la necessità che l'ordinanza contenga una motivazione, per quanto succinta, circa la nonvessatorietà delle singole clausole rispetto alle singole ragioni di abusività); ii) il termine ristretto, di venti giorni, per la costituzione del convenuto, alla luce di quella giurisprudenza eurounitaria – v. ad esempio Corte Giust. UE, 1 ottobre 2015, causa C-32/14, *ERSTE Bank*, § 59, ma pure la decisione Danko – secondo cui le condizioni processuali devono essere in ogni caso ragionevoli, sicché non possono essere previsti termini o addossati costi che rendano eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti; nel caso di specie si assiste a una compressione del termine di quaranta giorni previsto per l'opposizione all'esecuzione, forse non rispettosa del principio poc'anzi menzionato (anche se in senso contrario potrebbe osservarsi che l'ordinanza anticipatoria è emessa comunque a valle di uno scrutinio giudiziale, peraltro di regola più penetrante di quello tipico del giudizio monitorio).

⁷² La Corte di Giustizia l'ha ribadito decidendo il caso Dirk Fredrik.

In tali casi – che si tratti di intimazione di licenza o di sfratto per finita locazione o di intimazione di sfratto per morosità – l'intimazione va notificata personalmente alla parte a norma degli artt. 137 ss. c.c. almeno venti giorni prima dell'udienza fissata dal locatore. Se poi l'intimato non compare all'udienza o comparando non si oppone, il giudice convalida la licenza o lo sfratto, con ordinanza definitiva e irretrattabile. Se, invece, compare e oppone eccezioni non fondate su prova scritta, il giudice, su istanza del locatore, pronuncia ordinanza non impugnabile di rilascio (salvo sussistano gravi motivi in contrario)⁷³; il giudizio prosegue poi nelle forme del lito locatizio, previa ordinanza di mutamento di rito ai sensi dell'art. 426 c.p.c.⁷⁴

Di queste norme, ci si può chiedere se sia conforme con i principi eurounitari la possibilità, per il locatore, di ottenere un titolo definitivo e non più revocabile o modificabile nel caso in cui il conduttore non si presenti in udienza (tema, questo, che già negli anni Settanta aveva suscitato numerosi dubbi, conducendo a una nota sentenza della Corte costituzionale⁷⁵).

Ovviamente, il potere-dovere del giudice di valutare la vessatorietà delle clausole contrattuali impone di rileggere l'art. 663 c.p.c. e, in via di interpretazione conforme, di richiedere in ogni caso, per l'emissione dell'ordinanza di convalida, lo svolgimento di tale scrutinio. Tuttavia, v'è da chiedersi se tale accorgimento sia sufficiente per rendere la disciplina compatibile con i principi europei.

A ben vedere, l'accertamento non avviene qui *inaudita altera parte* (ma, semmai, all'esito di un'udienza cui il conduttore ha scelto di non partecipare); per di più, il conduttore-consumatore non si trova in una situazione perfettamente coincidente a quella di chi riceve la notifica del decreto ingiuntivo (ossia, di chi fa affidamento sullo scrutinio già compiuto dal giudice e, quindi, se non è avvisato analiticamente di esso non è nemmeno messo in condizione di opporsi e quindi di integrare il contraddittorio mediante l'inserimento di altri elementi, di fatto o di diritto). Simili elementi sembrerebbero spingere per la compatibilità della disciplina con l'ordinamento eurounitario.

Un'analisi più approfondita, tuttavia, convince del contrario. Nel caso di convalida di sfratto non può dirsi che si realizzi una sorta di iper-contrazione del giudizio volta a consentirne la conclusione in una sola udienza (quasi si trattasse di un rito di cognizione super-semplificato). Piuttosto, il rito resta connotato da numerosi elementi di specialità:

⁷³ Quanto all'eurocompatibilità di tale ordinanza non impugnabile, può rinviarsi a quanto si dirà nel prossimo paragrafo con riferimento al provvedimento assunto dal giudice istruttore ex art. 648 c.c. (con la particolarità che all'udienza in parola il conduttore potrà presentarsi anche personalmente e non a mezzo di un difensore).

⁷⁴ Previsioni specifiche, poi, sono dettate dagli artt. 663, comma 2, 664 e 666 c.p.c. con riguardo al caso di sfratto per morosità. Esse, tuttavia, non aggiungono molto al discorso, sicché ce ne possiamo disinteressare.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., 18 maggio 1972, n. 89, in *cortecostituzionale.it* (analoga, nella sostanza, a Corte cost., 20 maggio 1976, n. 120, in *cortecostituzionale.it*, quest'ultima relativa all'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.).

e, infatti, l'accertamento del giudice – pur destinato a divenire definitivo – è compiuto sulla base di un contraddittorio e di un'istruttoria monchi da un punto di vista sostanziale, sicché una preclusione sulla non-vessatorietà delle clausole può formarsi soltanto ove il giudice motivi, per quanto succintamente, a tal riguardo.

5. b) la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo e la sua sospensione; la sospensione dell'esecuzione fondata su un titolo stragiudiziale

Non è però solo la formazione di un giudicato, o di una preclusione *pro iudicato*, a porre problemi di eurocompatibilità: tale profilo è solo, e semplicemente, il più strettamente connesso a Banco di Desio. Al di fuori di questo, la giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore fa sorgere numerosi altri dubbi di conformità della disciplina italiana. Per ragioni di spazio, ci si limiterà qui ad affrontare il profilo che risulta più saliente: quello della – generalmente parlando – esecutività provvisoria di un titolo giudiziale o dell'esecuzione forzata iniziata sulla base di un titolo stragiudiziale e degli strumenti per ottenere la sospensione dell'una o dell'altra.

Dal punto di vista europeo il tema dell'esecutività di un titolo (provvisoriamente esecutivo, se giudiziale, o esecutivo ma privo di un contenuto di accertamento, se stragiudiziale) è stato affrontato in diverse occasioni, tra loro però assai eterogenee. Volendo ricavare, anche qui, alcuni macro-principi, può ritenersi che l'effettiva protezione del consumatore richieda almeno: a) il potere di un qualche organo giurisdizionale di sospendere l'efficacia esecutiva di un titolo stante l'abusività di una clausola contrattuale, quanto meno qualora il titolo non contenga un accertamento giudiziale sufficientemente stabile; b) il potere del consumatore di sottoporre la questione in parola al giudice competente, senza che tale potere sia soggetto a condizioni eccessivamente restrittive. Proviamo a verificare in che modo tali macro-principi si declinino con più specifico riferimento ai due argomenti oggetto d'analisi, per come disciplinati nell'ordinamento italiano.

Il primo tema – esecutività provvisoria di titoli giudiziali e strumenti per ottenere la sospensione – richiama alla mente non già la sentenza di prime cure non passata in giudicato, ma munita di provvisoria esecutività (rispetto a cui non si pongono problemi di eurocompatibilità⁷⁶), ma, soprattutto, la disciplina del decreto ingiuntivo opposto, a cui si limiterà l'esposizione.

Come ben noto, l'art. 642 c.p.c. stabilisce che il giudice, nel rilasciare il decreto ingiuntivo e su istanza del creditore, ne autorizzi l'esecuzione provvisoria nel caso in cui il

⁷⁶ In tal caso la provvisoria esecutività giunge a valle di un grado di giudizio pieno, che, in base alla disciplina europea, potrebbe anche essere l'unico. Non solo: della stessa si può discutere, ex artt. 283 e 351 c.p.c., in sede di appello. Considerazioni analoghe valgono *a fortiori* per la decisione d'appello (anche alla luce dell'art. 373 c.p.c., sulla sospensione della sua efficacia esecutiva in caso di ricorso per cassazione).

credito sia fondato su atto pubblico o su cambiale o assegno e comunque possa procedere ad autorizzarla ove vi sia pericolo di grave pregiudizio nel ritardo o sia stata prodotta documentazione sottoscritta dal debitore che comprovi il diritto fatto valere. L'art. 649 c.p.c., dal canto suo, consente al giudice istruttore del procedimento di opposizione, su istanza del ricorrente e previa verifica della sussistenza di gravi motivi, di sospendere la provvisoria esecutività concessa ex art. 642 c.p.c. Infine, l'art. 648 c.p.c. permette al giudice istruttore del giudizio di opposizione di concedere, in prima udienza, l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo, se non già concessa ex art. 642 c.p.c., ove l'opposizione non sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione oppure ove il creditore offra cauzione per le restituzioni, le spese e i danni. Tale provvisoria esecuzione deve essere concessa rispetto alle somme non contestate (salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali).

Orbene, tali disposizioni consentono al giudice di attribuire efficacia esecutiva a un titolo pur senza che si sia celebrato un intero giudizio di merito; nel farlo, però, prevedono alcune cautele, di cui è d'uopo indagare la sufficienza in chiave europea, soprattutto alla luce della decisione *Aziz*⁷⁷.

Quest'ultima, pur riguardando un'esecuzione forzata su titolo stragiudiziale, ha sancito alcuni principi di massima rilevanza anche per il nostro discorso, ritenendo non eurocompatibile una disciplina che imponeva al consumatore di far rilevare l'abusività delle clausole non già al giudice dell'esecuzione, ma semmai nell'ambito di un giudizio di merito appositamente instaurato, il cui giudice non poteva sospendere l'esecuzione forzata stessa (con conseguente degradazione della tutela del consumatore da reale a obbligatoria⁷⁸). Ne deriva che il diritto europeo impone, in presenza di un titolo esecutivo stragiudiziale, il potere di un giudice di sospenderne l'efficacia: principio, questo, che evidentemente deve pure applicarsi al titolo giudiziale, ove lo stesso non contenga un accertamento, per quanto solo "allo stato" e "sommario", comunque sufficiente per fondare e legittimare la provvisoria esecutività (il che, ovviamente, apre il tema della soglia di "sufficienza" di tale accertamento).

⁷⁷ Secondo cui «la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale non prevede, nel contesto di un procedimento di esecuzione ipotecaria, motivi di opposizione tratti dal carattere abusivo di una clausola contrattuale che costituisce il fondamento del titolo esecutivo, e, al contempo, non consente al giudice del merito, competente a valutare il carattere abusivo di una clausola del genere, di emanare provvedimenti provvisori, tra cui, in particolare, la sospensione di detto procedimento esecutivo, allorché la concessione di tali provvedimenti risulti necessaria per garantire la piena efficacia della sua decisione finale». Più nel dettaglio, al consumatore non era – secondo le regole al tempo vigenti nell'ordinamento spagnolo – consentito opporsi a un'esecuzione avviata a fronte dell'inadempimento di un contratto di mutuo ipotecario, ma solo iniziare un parallelo giudizio di merito, e il giudice di merito non era dotato del potere di sospendere l'esecuzione in atto.

⁷⁸ V. nt. 50.

Ora, il decreto ingiuntivo munito di provvisoria esecutività *ex art. 642 c.p.c.* non sempre contiene un accertamento sufficiente, di per sé, a giustificare la provvisoria esecutività: così è, in particolare, se il giudice del monitorio non ha motivato sulla non-vessatorietà o il consumatore ha fatto valere dei motivi inerenti all'abusività di talune clausole. Almeno in queste ipotesi al consumatore dev'essere attribuita la facoltà di privare il decreto ingiuntivo della provvisoria esecutività.

In effetti, a fronte di un'opposizione a decreto ingiuntivo (ché, se l'opposizione mancasse, si ricadrebbe nell'ambito coperto dal *dictum* di Banco di Desio), il giudice del procedimento ordinario può senz'altro privare di efficacia esecutiva un decreto ingiuntivo che ne fosse già stato munito ai sensi dell'art. 642 c.p.c. Il che garantisce in modo sufficiente, almeno all'apparenza, il consumatore.

Qualche dubbio, semmai, potrebbe essere suscitato dalla previsione per cui la sospensione *ex art. 649 c.p.c.* impone l'esistenza di "gravi motivi"⁷⁹ e di un'"istanza"⁸⁰ del debitore opponente.

L'espressione "gravi motivi" può però essere letta – e va letta – in senso conforme alla disciplina europea e ai suoi principi fondamentali: ad esempio ritenendo che, a fronte di un dubbio (o almeno di un serio dubbio) sulla vessatorietà di una o più clausole contrattuali, il giudice debba necessariamente sospendere l'efficacia esecutiva; oppure, e al fine di non ledere eccessivamente le ragioni del creditore, supponendo che il giudice sia tenuto a sciogliere il dubbio emerso e possa all'uopo chiedere chiarimenti alle parti (addirittura disponendo a tal riguardo di poteri istruttori, da esercitare però entro un lasso di tempo breve o brevissimo). Una diversa soluzione potrebbe risultare accoglibile solo se, in concreto, il giudice del monitorio avesse motivato sulla non-vessatorietà e il consumatore non si fosse lamentato di tale scrutinio: nel qual caso, poiché il decreto ingiuntivo avrebbe addirittura potuto divenire definitivo se non fosse stato opposto (senza possibilità di scardinare la condanna adducendo la vessatorietà delle clausole), non si vedrebbe perché rendere il sindacato sui "gravi motivi" più profondo di quanto non avvenga in ogni altro caso.

La necessità di un'istanza di parte, invece, pone qualche problema aggiuntivo, poiché difficilmente la potrebbe superare in via esclusivamente interpretativa. L'esigenza che sia il consumatore a chiedere la sospensione della provvisoria esecutività, quand'anche si consentisse (o, meglio, si imponesse) al giudice dell'opposizione di "suggerire" tale istanza, non sembra eurocompatibile⁸¹, per lo meno nelle ipotesi in cui il giudice del

⁷⁹ I «gravi motivi» di cui all'art. 649 c.p.c. possono attenere tanto al *periculum*, quanto al *fumus boni iuris*. Cfr. per tutti A. TEDOLDI, sub *art. 648*, in *Comm. Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, Torino, 2013, 851 ss.

⁸⁰ L'art. 649 c.p.c. espressamente si riferisce a una «istanza dell'opponente».

⁸¹ Torna qui al centro del discorso la necessità – espressamente sancita dalla giurisprudenza eurounitaria – secondo cui, non appena emergono gli elementi da cui è desumibile la vessatorietà, il giudice non deve attendere una domanda di parte, ma è tenuto a dichiarare la vessatorietà stessa, traendone tutte le conseguenze (salva l'opposizione del consumatore). Dichiarazione e conseguen-

monitorio non si è posto la questione della vessatorietà o comunque non ha motivato sulla stessa (se ciò fosse avvenuto, e il consumatore si fosse opposto al decreto ingiuntivo dolendosi dell'erronea soluzione di tali questioni, si giustificerebbe anche nella prospettiva del diritto eurounitario la necessità di un'istanza di parte⁸²). Conviene, dunque, ammettere che l'esigenza di una richiesta di parte non si applichi nelle ipotesi in parola, stante la sua contrarietà ai principi europei.

Resta poi da dire del decreto ingiuntivo che viene munito di efficacia esecutiva con ordinanza non impugnabile adottata in prima udienza *ex art. 648 c.p.c.*⁸³: caso in cui, come ben noto, viene solitamente escluso che il decreto stesso possa essere in seguito privato di efficacia esecutiva *ex art. 649 c.p.c.* (sicché esso inevitabilmente mantiene tale efficacia almeno sino alla sentenza che chiude il primo grado dell'opposizione)⁸⁴.

L'eurocompatibilità di questa disciplina sussiste in tanto in quanto si ritenga l'accertamento compiuto "sufficiente" a giustificare l'esecutività. Accertamento che nel caso di specie si poggia almeno: su una (presumibile) verifica da parte del giudice del monitorio (quand'anche non motivata); sulla valutazione da parte del giudice dell'opposizione circa la mancanza di prova scritta o di pronta soluzione e la presenza di fondate ragioni o circa la non contestazione di certe somme (quest'ultima ai sensi, per l'appunto, dell'art. 648 c.p.c.).

Onde permettere all'art. 648 c.p.c. di essere compatibile con i principi europei, è necessario leggere gli elementi della valutazione predetta in modo conforme a tali principi: sicché al *fumus boni iuris* si dovrà ascrivere anche l'assenza di dubbi (o seri dubbi) circa la vessatorietà di talune clausole, tutt'al più consentendo al giudice di scioglierli mediante la richiesta di chiarimenti alle parti (o per mezzo di una solerte e però pure breve attività istruttoria). Allo stesso modo, anche in ipotesi di non contestazione dovrà richiedersi l'assenza di dubbi (o seri dubbi) sulla vessatorietà.

ze che qui si collegano, anzitutto, alla sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo. Di questo tema si è già parlato, in generale, alla nt. 26 e di esso si tornerà a trattare a breve nel testo e nella nt. 87.

⁸² Per ragioni analoghe a quelle poc'anzi esposte nel testo, con riferimento ai "gravi motivi".

⁸³ La provvisoria esecutività può essere concessa nelle ipotesi di cui alla prima parte del primo comma dell'art. 648 c.p.c. e deve essere concessa in quella di cui alla seconda parte (somme non contestate e opposizione proposta per vizi non procedurali). Anche in quest'ultimo caso, comunque, il giudice è tenuto a verificare la presenza di clausole vessatorie che inficiano la pretesa del creditore opposto, poiché esse, impingendo sui fatti costitutivi della pretesa, richiedono comunque un accertamento giudiziale (la non contestazione, infatti, non riguarda il diritto, ma semmai il fatto). Devesi infatti applicare lo stesso principio di cui già si è detto in relazione all'art. 186-bis c.p.c. (qui nt. 53).

⁸⁴ Cfr. Corte cost., 8 marzo 1996, n. 65; Corte cost., 18 ottobre 2002, n. 428; Corte cost., 10 luglio 2007, n. 306, tutte in *cortecostituzionale.it*, per la conformità a Costituzione dell'irrevocabilità dell'ordinanza *ex art. 648 c.p.c.* In dottrina v. A. TEDOLDI, sub *art. 648*, in *Comm. Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella*, Torino, 2013, 844 ss.

Così riletto l'art. 648 c.p.c., l'irremovibilità sino alla sentenza di prime cure della provvisoria esecutività, concessa ai sensi di tale disposizione, appare conforme ai principi europei; e una simile conformità risulta sussistere pure nelle ipotesi di mancata motivazione sulla non-vessatorietà, giacché il sindacato che conduce alla provvisoria esecutività si snoda qui attraverso l'operato di più giudici interessati della questione, nonché a valle di un'attività difensiva che, dopo la riforma di cui al d.lgs. 149/2022 e l'introduzione del nuovo art. 171-ter c.p.c., avrà potuto annoverare almeno quattro atti per ciascuna parte (e che, quindi, anche dal punto di vista istruttorio sarà già abbastanza avanzata)⁸⁵.

Il secondo tema che ci eravamo proposti di indagare riguarda la sospensione dell'esecuzione forzata iniziata sulla base di un titolo esecutivo stragiudiziale⁸⁶. In tali ipotesi il titolo esecutivo è privo di un contenuto di accertamento e, quindi, è consentito al debitore esecutato di opporsi anche per ragioni di merito (diversamente da quanto avviene in caso di titolo esecutivo giudiziale).

In particolare, ai sensi dell'art. 615 c.p.c. il debitore, dopo l'avvio dell'esecuzione, può opporsi ai sensi dell'art. 615 c.p.c. all'esecuzione contestando il diritto della parte istante a procedervi⁸⁷. L'opposizione si propone con ricorso (anche orale, in udienza), che dev'essere formulato da difensore munito di procura alle liti⁸⁸. Il giudice dell'esecuzione fissa allora di fronte a sé un'udienza di comparizione, indicando il termine perentorio entro cui l'esecutato deve notificare al creditore ricorso e decreto. In tal sede il giudice dell'esecuzione, "concorrendo gravi motivi" e "su istanza di parte", può sospendere il processo (con cauzione o senza), assumendo poi gli idonei provvedimenti per la causa di merito (cfr. art. 616 c.p.c.).

Anche queste previsioni, nel permettere al consumatore di ottenere la sospensione di una procedura esecutiva già instaurata, richiedono di venire confrontate con i principi europei; e, soprattutto, con un principio assai generale, e spesso ripetuto dalla Corte, stando al quale il giudice non può limitarsi ad attendere (o a suggerire) una contestazione dell'invalidità delle clausole vessatorie: piuttosto, non appena dispone degli elementi per farlo, deve dichiarare tale invalidità, traendone tutte le conseguenze⁸⁹. Tale principio ha ricevuto, peraltro, declinazione in due arresti abbastanza recenti, cui conviene volgere l'attenzione: Addiko e Impuls Leasing Romania.

⁸⁵ Più complesso è comprendere fino a che punto sia eurocompatibile la disciplina che consente di iscrivere ipoteca sulla base del decreto ingiuntivo e che impedisce di cancellare tale ipoteca nel caso di sospensione della provvisoria esecutività dello stesso. Il *vulnus* che si determina per il debitore, da tempo e da più parti denunciato (v. ad esempio R. CONTE, *La provvisoria esecuzione dell'ordinanza ex art. 186 ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1124), non sembra però collidere con i principi eurolunitari, non traducendosi in un'immediata esecuzione a danno del consumatore (protetto anche dall'art. 96, comma 2, c.p.c.).

⁸⁶ Come, ad esempio, un mutuo con contestuale erogazione delle somme, secondo Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, in *dejure*.

⁸⁷ Per semplicità si trascurerà l'ipotesi dell'opposizione a precetto.

⁸⁸ Così Cass., 22 luglio 2004, n. 13638, e Cass., 19 dicembre 2006, n. 27162, entrambe in *dejure*.

⁸⁹ Così le decisioni Océano, Pannon, Banif Plus Bank, già tutte menzionate.

Addiko ha ritenuto non compatibile con il diritto eurounitario una disciplina nazionale che subordinava a condizioni molto restrittive e alla costituzione di un deposito di garanzia la sospensione, su opposizione del debitore, di un'esecuzione forzata fondata su un titolo stragiudiziale (non contenente, quindi, alcun accertamento, meno che meno incontrovertibile). Nell'affermarlo la Corte ha sancito che il giudice dell'esecuzione deve poter verificare d'ufficio la natura abusiva delle clausole e che i consumatori non devono essere dissuasi dall'esercizio dei loro diritti dalle spese di patrocinio in relazione all'importo del debito e dall'impossibilità di richiedere il gratuito patrocinio.

Ora, questa sentenza fa sorgere quanto meno alcuni dubbi sulla eurocompatibilità di una disciplina interna che, a fronte di un titolo esecutivo non giudiziale, subordini la sospensione dell'esecuzione a un ricorso. Il giudice dell'esecuzione, infatti, sembrerebbe dover avere il potere di esaminare la vessatorietà delle clausole contrattuali anche in mancanza di un'opposizione all'esecuzione, al fine di sospendere la procedura a fronte di "gravi motivi" (espressione da intendere, anche qui, in modo conforme al principio di effettività, e quindi collegandola a elementi di fatto e di diritto che sono già emersi o che il giudice istruttore ha fatto emergere per mezzo dei suoi poteri istruttori officiosi o, comunque, e stante le ragioni d'urgenza, all'esistenza di un dubbio, se del caso serio, circa la presenza di clausole vessatorie, che il creditore, pur interpellato a tal riguardo, non ha tempestivamente risolto o comunque che il giudice non ha potuto risolvere nonostante i suoi poteri istruttori).

Quantunque l'opposizione possa essere "suggerita" dal giudice, la necessità di un'attività di parte determina comunque uno sforzo (e un rischio: ad esempio di non tempestività o di non corretta instaurazione). Sforzo che nel caso di specie non è irrisorio, se è vero, com'è vero, che l'opposizione all'esecuzione comporta quanto meno delle spese processuali (collegate anche al ministero del difensore) spesso non esigue. Da ciò potrebbe quindi desumersi, dunque, l'inapplicabilità della disciplina interna, nella parte in cui non consente al giudice dell'esecuzione di sindacare d'ufficio l'assenza del diritto del creditore di procedere a esecuzione. Il che, però, scompaginerebbe il nostro sistema dell'opposizione all'esecuzione, imponendo di ripensarlo nella sua interezza⁹⁰.

⁹⁰ Difficile ipotizzare che il giudice dell'esecuzione possa sospendere d'ufficio il procedimento, in assenza di una qualche norma espressa della legge processuale. Preferibile sarebbe ritenere che l'abusività delle clausole renda addirittura assente il diritto di procedere a esecuzione (come avviene, secondo la più condivisibile tra le opinioni riassunte nel § 2, anche in presenza di un decreto ingiuntivo non opposto che non ha motivato l'esclusione di una o più ragioni di vessatorietà delle singole clausole contrattuali): tuttavia, a voler seguire una simile tesi la collisione rispetto ai principi, anche dogmatici, su cui si fonda l'esecuzione e il meccanismo delle opposizioni – nonché la distinzione tra titoli giudiziali, contenenti un accertamento, e titoli stragiudiziali, che non lo contengono – sarebbe assai profonda e richiederebbe di ammettere che per talune ragioni i titoli stragiudiziali non solo non contengano un accertamento, ma siano addirittura privi – in virtù della preminenza del diritto eurounitario – di efficacia esecutiva.

In senso contrario alla conclusione cui sembrerebbe essersi giunti, tuttavia, potrebbe rilevarsi che per la più recente *Impuls Leasing Romania* parrebbe essere eurocompatibile una disciplina dell'opposizione all'esecuzione su titolo stragiudiziale che implichi l'esperimento di un'azione di merito, nonché il potere del giudice di merito di sospendere l'esecuzione, purché non sia richiesto il versamento di una cauzione. A dire il vero, la sentenza nulla dice circa la conformità al diritto eurounitario della disciplina dell'azione di merito o di quella dei presupposti per ottenere la sospensione, sicché la sua massima potrebbe essere ingannevole: con la necessità di intenderla in senso assai restrittivo⁹¹, come euroincompatibilità di una disciplina analoga a quella rumena, ma senza alcuna presa di posizione circa la compatibilità di una serie di regole che, per ottenere la sospensione dell'esecuzione, richiedessero un'azione di merito.

Qui, come altrove, sarà però forse solo un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia a risolvere le questioni rimaste aperte.

6. Verso un processo per *status*?

L'indagine sinora compiuta rivela una linea di tendenza dell'incrocio tra disciplina nazionale e principi europei, che potrebbe sintetizzarsi nella svalutazione dei titoli esecutivi diversi dalla sentenza (formata a valle di un giudizio ad accertamento pieno, se del caso espletato mediante un rito alternativo rispetto a quello ordinario, anche sommario – o semplificato – di cognizione).

Ovviamente, questa tendenza, che inevitabilmente conduce a una decelerazione dei procedimenti esperiti contro il consumatore (non risultando di fatto esperibili quei riti in cui il contraddittorio e l'istruttoria sono assai limitati), ha dei costi per il sistema e, in generale, per la collettività: il creditore professionista meno tutelato dal diritto processuale, infatti, deve scaricare i suoi maggiori costi proprio sul pubblico dei consumatori.

Tutto ciò impone di cercare, a livello processuale, una soluzione che riesca a perseguire, in uno con l'effettività di tutela del consumatore voluta dall'Unione Europea⁹², esigenze di speditezza (assai sentite soprattutto da creditori istituzionali, come le banche) e di certezza (anch'esse assai percepite, se si pensa che per solito i crediti bancari deteriorati vengono subito ceduti a società veicolo, che ne determinano il prezzo anzitutto in base alla sussistenza di un titolo esecutivo giudiziale definitivo)⁹³.

⁹¹ Salvo non voler ammettere che il nuovo precedente abbia contraddetto quello meno recente: il che, però, va di regola escluso per le decisioni della Corte di Giustizia (e, comunque, imporrebbe di reperire un valido criterio per risolvere l'antinomia).

⁹² E talvolta ricercata anche esageratamente dalla Corte di Giustizia, trascurando le particolarità dei sistemi nazionali. Senonché, come già accennato, risulta assai difficile scorgere negli interventi della Corte dedicati al diritto processuale del consumatore un superamento dei "controlli" interni.

⁹³ La prospettiva che si assume non è solo quella, più limitata, dell'individuazione di uno stru-

De iure condito le soluzioni che possono immaginarsi non sembrano adeguate o comunque sufficienti: non certo il ricorso alle ordinanze anticipatorie di condanna (che, pur consentendo di formare più o meno rapidamente dei titoli esecutivi, non realizzano a sufficienza l'interesse alla certezza); nemmeno, però, l'attivazione di un rito monitorio (poiché, quantunque i professionisti possano autodenunciare dubbi di vessatorietà al fine di stimolare provvedimenti giudiziali espressi, non può esservi alcuna garanzia di stabilità del sindacato giurisdizionale, nel caso in cui il debitore non dia inizio a un giudizio di opposizione)⁹⁴.

De iure condendo, invece, possono ipotizzarsi diverse soluzioni, che facciano salvi i principi di cui si è discusso sinora: e che, quindi, da un lato assicurino un accertamento e un contraddittorio pieni e da un altro lato non rendano eccessivamente lento il processo⁹⁵.

In particolare, ci si può chiedere se non si debba ipotizzare l'introduzione di una sorta di "rito consumeristico", che consenta al creditore-professionista di attivare un procedimento semplificato (anche ove non ricorrano gli estremi di cui all'art. 702-bis, ora 281-decies, c.p.c.), connotato da penetranti poteri istruttori del giudice (similmente al rito del lavoro). Il giudice potrebbe comunque essere munito del potere discrezionale di mutare il rito, da esercitarsi ove, per la difficoltà dei temi e dell'istruttoria, risultasse preferibile celebrare un procedimento ordinario (fermi restando, nondimeno, i predetti poteri istruttori del giudice, che non verrebbero meno anche a seguito del mutamento del rito).

Del resto, nei rapporti sbilanciati si dovrebbe aver il coraggio di ammettere che nessun procedimento veloce può risultare integralmente soddisfacente (specie se la speditezza è prevista nell'interesse della parte forte, anziché di quella debole) e che tale celerità richiede sempre un contrappeso, inevitabilmente da individuarsi in un forte attivismo, anzitutto (ma non solo) istruttorio, del giudice.

ABSTRACT

La Corte di Giustizia, attraverso numerose decisioni in tema di clausole vessatorie e principio di effettività, ha dato vita a un vero e proprio "diritto processuale consumeristico" di derivazione eurounitaria, non sempre però facilmente intellegibile. Scopo del

mento rimediale che consenta di tutelare il consumatore a fronte di un decreto ingiuntivo non opposto, ma quella, ben più ampia, della ricerca di uno strumento che coniughi esigenze di protezione del consumatore e necessità di speditezza e certezza.

⁹⁴ Cfr. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione*, cit., 2125, esprime dubbi sul fatto che il decreto ingiuntivo continui a rappresentare «lo strumento privilegiato di recupero di un credito consumeristico».

⁹⁵ Peraltro, la complessa stratificazione di precedenti cui ha dato vita l'attività della Corte di Giustizia potrebbe spingere lo stesso legislatore eurounitario a disciplinare, tramite un regolamento, alcuni istituti processuali anche di rilievo soltanto interno: in modo, ovviamente, conforme ai *dicta* della Corte (così dando vita a un "diritto processuale eurounitario", presumibilmente "del consumatore", di fonte legislativa).

contributo è di verificare quali siano i riflessi di questo “diritto processuale consuméristico” sul sistema italiano, a prescindere da quello – assai noto, perché esplicitato da una recente sentenza (Banco di Desio) – inerente alla forza di giudicato di un decreto ingiuntivo non opposto dal debitore consumatore, ma fondato su un contratto asseritamente contenente clausole vessatorie.

The EU Court of Justice, by means of several decisions on unfair terms and the principle of effectiveness, has given rise to a EU-derived “consumer procedural law”, which, however, is not always easy to grasp. The aim of this paper is to ascertain the impacts of this “consumer procedural law” on the Italian system, apart from the one - very well known, because made explicit by a recent judgment (Banco di Desio) – concerning the force of res judicata of orders for payment not opposed by the consumer and based on a contract allegedly containing unfair terms.