



VALERIO CECCARELLI

Magistrato

LA TENUTA DEL GIUDICATO CIVILE ALLA PROVA DELLA TUTELA CONSUMERISTICA. I POTERI DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE SOTTO LALENTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. *La questione problematica e la disciplina interna: il difficile rapporto tra stabilità del giudicato e tutela del consumatore.* – 2. *Le domande di pronuncia pregiudiziale del Tribunale di Milano: cause riunite C-693/19 e C-831/19.* – 3. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la ricerca di un bilanciamento tra autonomia dell'ordinamento interno e tutela del consumatore.* – 4. *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sulle cause riunite C-693/19 e C-831/19, portata applicativa e profili critici.*

1. – Può il giudice dell'esecuzione, a fronte di un decreto ingiuntivo non opposto, preso atto della qualifica di consumatore del debitore esecutato, svolgere un sindacato intrinseco in ordine alle pattuizioni contenute nel contratto fonte del diritto di credito, allo scopo di applicare la disciplina in materia di nullità di protezione e rilevare l'inefficacia delle clausole abusive predisposte dal professionista? E, più in particolare, stante l'inerzia del consumatore nel proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo, può il giudice dell'esecuzione disapplicare la disciplina in materia di formazione della cosa giudicata, in modo da non risultare vincolato dal giudicato implicito in ordine al carattere non vessatorio delle clausole contrattuali abusive?

La risposta negativa a simili interrogativi sembra imposta dalle norme che disciplinano la formazione del giudicato nel processo civile¹ e precludono o limitano la configurabilità di poteri di cognizione in capo

¹ Sulla tutela del giudicato civile nell'ordinamento interno, *ex multis*, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 785 ss.; N. TROCKER, *Giudicato (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 5 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002; L. LANFRANCHI, *Diritti soggettivi e garanzia della cognizione ordinaria e del giudicato*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali dei diritti fondamentali*, Roma, 2006, 384 ss.; G. SERGES, *Il valore del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, 12 ss.

Sulle modalità di tutela del giudicato, si contrappongono teorie sostanziali, per cui si veda, tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1925, 453 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 32 ss., e teorie processuali, nel cui ambito possono analizzarsi, tra l'altro, A. ROCCO, *L'autorità di cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917, 367 ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 909 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile (lezioni)*, Milano, 1932, 13 ss.; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in questa *Rivista*, 1961, 192 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 796. Per la più compiuta analisi di tali contributi, si veda P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore*, in *Le Corti Umbre*, 2017, n. 3, 527-555.

Con riguardo al rapporto tra giudicato e successione di norme nel tempo, si veda CAPONI, *L'intangibilità del giudicato civile nella successione tra norme giuridiche*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno nazionale SISDIC*, Napoli, 2013, p. 384, contenente il richiamo ad ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 996, in cui viene affermato



al giudice dell'esecuzione².

Al riguardo, risulta anzitutto rilevante coordinare la disciplina in materia di cosa giudicata, sancita sul piano sostanziale dall'art. 2909 cod. civ. e sul piano formale o processuale dall'art. 324 cod. proc. civ., con le disposizioni che regolano il procedimento d'ingiunzione, di cui agli artt. 633 ss. cod. proc. civ., per comprendere e l'attitudine del decreto ingiuntivo non opposto a dar luogo alla formazione del giudicato e, soprattutto, l'estensione oggettiva che a tale giudicato occorra riconoscere.

Superato un orientamento risalente³, che negava l'idoneità al giudicato del decreto ingiuntivo non oppo-

che "il *proprium della cosa giudicata sostanziale si concreta nel troncamento del nesso che collega la norma con la fattispecie sostituendosi a quella nella disciplina di questa*". Per la più compiuta analisi di tali contributi, si veda S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di duri recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 5, 1265 ss.

² Sul tema dei rapporti tra cognizione ed esecuzione, *ex multis*, DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901, 1 ss.; LIEBMAN, *Opposizioni di merito nel processo esecutivo*, Roma, 1936, 1 ss.; ALLORIO, *Esecuzione forzata*, in *Nuovo Dig. It.*, 1937, 5, 507 ss.; R. ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 27 ss., 44 ss., 143 ss.; R. VACCARELLA, *L'esecuzione forzata dal punto di vista del titolo esecutivo*, in *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, 1993, 1 ss., nonché in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da A. PROTO PISANI, Torino, 1993, 1 ss.; G. VERDE, *Attualità del principio nulla executio sine titulo*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 963 ss.; R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2007, 1 ss.; M. FURNACIARI, *Esecuzione forzata e attività valutativa. Introduzione sistematica*, Torino, 2009, 5 ss.; A. STORTO, *Esecuzione forzata e diritto di difesa nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 155 ss.; B. CAPPONI, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissoluzione?*, in *Corr. giur.*, 2012, 10, 1166 ss.; B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2015, 55 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2017, 79 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Vol. 3, Torino, 2019, 8 ss.; M. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, 2, 250 ss.

Rilevante, a tal fine, la notazione per cui "Agli studiosi della mia generazione venivano impartiti almeno tre fondamentali insegnamenti: il titolo esecutivo è barriera (o argine) tra la cognizione e l'esecuzione; il giudice dell'esecuzione attua diritti certi, ma non accerta diritti; le esigenze cognitive «interne» o che comunque derivano dall'esecuzione non hanno cittadinanza nel processo esecutivo, dovendo essere soddisfatte nella sede separata ed eventuale delle opposizioni. Attorno a questi tre basilari principi ruotava l'intera esperienza del processo, sebbene si fosse disposti a riconoscere che l'esecuzione, in sé, era ben più che meccanica trasposizione di un programma interamente contenuto nel titolo esecutivo [...]. Esaminando l'esperienza degli ultimi dieci anni, vuoi in conseguenza della disordinata raffica di riforme che hanno interessato il Libro III del c.p.c., vuoi per il consolidarsi di orientamenti giurisprudenziali innovativi, sembra giusto nutrire più d'un dubbio sulla permanente vigenza dei nostri tre basilari principi. È quindi lecito chiedersi se l'esecuzione forzata non si stia trasformando sotto i nostri occhi, e verso quale possibile alternativo modello" B. CAPPONI, *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 2, p. 370.

³ In questo senso, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 135 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, 216 ss.; V. ANDRIOLI, *Volontà e giudizio nel processo civile*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova*, Genova, 1962, 123 ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 216 ss.; A. PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 291 ss.; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 cod. proc. civ. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 397 ss.; G. TOMEI, *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 827 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, a cura di Vellani, I, Milano, 1995, 70 ss.; C. CARIGLIA, *Note sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto*, in *Foro it.*, 1998, I, 1980 ss.

Per la ricostruzione di tale orientamento interpretativo, si veda M. LOLLI, *Decreto ingiuntivo non opposto e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 4-5, 1390 ss.

In particolare, secondo tale dottrina, la ratio della vincolatività dell'accertamento ex art. 2909 c. c. deve essere rinvenuta nella "qualità del giudizio che la legge trasforma in accertamento" (MONTESANO, *La tutela*, cit., 218). Sarebbe, di conseguenza, idoneo a produrre il giudicato solo un processo "in cui siano date alle parti quelle [...] garanzie di svolgimento dell'azione e delle paritarie contrapposte difese" (MONTESANO, *La tutela*, cit., 221).

Recentemente, ha condiviso questa impostazione G. VIGNERA, *Sull'efficacia di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto: rilievi critici*, in *Il caso.it*, 2021, 1 ss., secondo cui "tra l'ingiunzione (costituente l'atto conclusivo della fase a cognizione sommaria e senza contraddittorio) e l'opposizione (costituente l'atto di impulso processuale determinante l'inizio della fase a cognizione piena e nel contraddittorio delle parti) non esiste una relazione di tipo impugnatorio; tra l'ingiunzione e l'opposizione esiste, invece,



sto e riconduceva il rito monitorio tra i procedimenti sommari con prevalente funzione esecutiva, gli interpreti⁴ prendono ormai atto dell'attitudine del decreto ingiuntivo a stabilizzarsi, dando luogo alla formazione del giudicato in caso di mancata opposizione del debitore.

Si tratta di una conclusione imposta, anzitutto, dal combinato disposto degli artt. 647 e 650 cod. proc. civ., che prevedono l'esecutorietà per mancata opposizione del decreto ingiuntivo e precludono la possibilità per il debitore di esperire opposizione avverso il decreto ingiuntivo così dichiarato esecutivo, salvo le ipotesi di opposizione tardiva, tassativamente individuate dal legislatore nella irregolarità della notificazione al debitore e nel caso fortuito o forza maggiore. Tale disciplina risulterebbe, evidentemente, di difficile giustificazione ove si affermasse la natura instabile del titolo risultante dal procedimento monitorio.

Inoltre, al medesimo esito interpretativo conduce la disciplina dell'art. 656 cod. proc. civ., che prevede la possibilità di impugnare il decreto ingiuntivo non opposto con i mezzi di impugnazione straordinari, costituiti dalla revocazione straordinaria nelle ipotesi di cui all'art. 395, nn. 1, 2 e 6 cod. proc. civ. e dall'opposizione di terzo revocatoria prevista dall'art. 404, secondo comma, cod. proc. civ., suscettibili di essere esperiti esclusivamente avverse decisioni dotate della stabilità derivante dal giudicato.

Infine, il rinvio operato dall'art. 656 cod. proc. civ. all'art. 395, n. 5 cod. proc. civ., e dunque la possibilità di impugnare per revocazione il decreto ingiuntivo non opposto ove contrario a sentenza avente tra le parti autorità di giudicato, conduce al medesimo risultato interpretativo. Tale ipotesi di revocazione segue, infatti, la finalità di evitare il formarsi di contrasto tra giudicati, che non avrebbe motivo di ipotizzarsi laddove si negasse l'autorità di giudicato al decreto ingiuntivo non opposto⁵.

un rapporto anticipatorio; il provvedimento anticipatorio (l'ingiunzione), nondimeno, non è finalizzato ad anticipare tutti gli effetti c.d. principali del provvedimento anticipato (la sentenza di condanna emessa all'esito del giudizio di opposizione e in caso di suo rigetto), ma "solo" la sua efficacia esecutiva (recte: la formazione di un titolo esecutivo – ipotecario) e non anche l'efficacia di accertamento".

⁴ Tra i numerosi autori che assegnano al decreto ingiuntivo non opposto l'autorità di cosa giudicata, possono essere richiamati, tra gli altri, E. GARBAGNATI, *Preclusione pro iudicato e titolo ingiuntivo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, I, 1951, 475 ss.; S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, 1968, 107 ss.; R. SCIACCHITANO, voce «Ingiunzione» (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 505 e 518; L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 127 ss.; D. BENDIA, *Sull'idoneità al giudicato del decreto ingiuntivo non opposto*, in *Giur. merito*, 1989, II, 500 ss.; P. PAJARDI, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991, 10 ss.; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997, p. 545; M. CASSIANI, L. PAOLINI, *Riflessioni sull'idoneità del decreto di ingiunzione a formare il giudicato in senso sostanziale e sull'ambito di estensione dell'accertamento in esso contenuto*, in *Nuova Giur. comm.*, 1998, I, p. 276; A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 339 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Del procedimento di ingiunzione*, in *Commentario breve al codice di procedura civile*, di Carpi-Taruffo, Padova, 2002, p. 1960; A. VALITUTTI, F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2008, p. 199; B. CAPPONI, *Decreto ingiuntivo e giudicato. Gli orientamenti giurisprudenziali*, in *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2009, 691 ss.; E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 2012, 5 ss. e 271 ss.; A. TEDOLDI, *Commento sub art. 656 c.p.c.*, in P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, *Commentario al codice di procedura civile*, VI, Torino 2012, 920 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Profili attuali del decreto ingiuntivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 103, 122 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, IV, 182 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2017, 154 ss.

⁵ In questo senso, in dottrina, C.A. NICOLETTI, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 983 ss.; L. LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 88 ss.; G. TOMEL, *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 827 ss.; G. COLLA, *Il Decreto ingiuntivo. Il Procedimento d'ingiunzione e il giudizio di opposizione*, Padova 2003, 257 ss.; G. TOTA, *Rapporti tra opposizione a decreto ingiuntivo e opposizione all'esecuzione*, in *Il procedimento d'ingiunzione a cura di B. Capponi*, Bologna, 2005, 473 ss.; E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano 2012, 5 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, IV, 182 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 2017, 154 ss. Per la più completa disamina, si veda M. LOLLI, *Decreto ingiuntivo non opposto e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 4-5, 1390 ss.

In giurisprudenza, può aversi riguardo alla statuizione per cui "l'efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto non



A questa affermazione risulta consequenziale l'interrogativo circa l'estensione oggettiva del giudicato⁶ derivante dalla mancata opposizione a decreto ingiuntivo.

Un orientamento interpretativo di segno restrittivo⁷ ha ipotizzato che il decreto ingiuntivo non opposto risulti idoneo a determinare la formazione del giudicato soltanto in relazione al diritto di credito oggetto della pretesa azionata e non anche al rapporto che origina la domanda del creditore, ambito in cui rientra l'assenza di cause di nullità delle pattuizioni da cui la pretesa azionata discende.

Al riguardo, potrebbe essere osservato che, risultando pacifico che il decreto ingiuntivo non opposto acquista autorità di giudicato solo in relazione al diritto ritenuto sussistente dal giudice e non anche alle domande non accolte, che rimangono suscettibili di essere riproposte in giudizio⁸, allora dovrebbe coerentemente riscontrarsi una fisiologica tendenza ad una minore copertura del giudicato derivante dal decreto ingiuntivo non opposto, senza la necessità di un parallelismo obbligato rispetto all'ambito oggettivo del giudicato conseguente allo svolgimento del rito nelle modalità della cognizione ordinaria.

Tuttavia, deve rilevarsi come scindere il diritto di credito azionato dal rapporto posto alla sua base, ai fini della perimetrazione dei confini del giudicato, risulti una contraddizione in termini, in quanto l'affermazione relativa alla sussistenza di un diritto di credito postula necessariamente il riscontro relativo al-

viene meno di per sé a seguito dell'opposizione tardivamente proposta, così come il passaggio in giudicato dello stesso non è impedito – o revocato – dalla sua impugnazione con la revocazione straordinaria o l'opposizione di terzo (art. 656 c.p.c.), rimedi straordinari per loro natura proponibili avverso sentenze passate in giudicato, l'assoggettamento ai quali del decreto ingiuntivo in tanto ha ragione di esistere in quanto l'esaurimento della esperibilità di quelli ordinari ha già dato luogo al giudicato, che non è inciso, in definitiva, dalla mera opposizione tardiva", Cass. 24 marzo 2021, n. 8299, con il richiamo al medesimo principio di diritto già affermato da Cass. 6 ottobre 2005, n. 19429 e Cass., sez. un., 16 novembre 1998, n. 11549.

⁶ In via generale, con riguardo al giudicato civile e ai suoi limiti oggettivi, possono essere richiamati, tra gli altri, E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, 1937, 130 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, 2, 1973, 1046 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, 1987; E.T. LIEBMAN, voce «Giudicato civile», in *Enc. giur. Treccani*, 1989, 1 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 386 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 215 ss.; S. MENCHINI, voce «Regiudicata civile», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVI, 1997, 428 ss.

⁷ Per il quale si vedano E. REDENTI, *Diritto Processuale Civile*, Milano 1954, III, 26 ss.; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956, 135 ss.; V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, Napoli 1964, IV, 115 ss.; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 592 ss.; A. PROTO PISANI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato Vassalli*, XIV, 4, 1994, 220 ss.; C. BALBI, voce «Ingiunzione (procedimento di)», in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Ed. Enc. it., 1997, 15 ss.; A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 571 ss.; L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II, 2006, 168 ss.; R. CONTE, *Procedimento di ingiunzione*, Bologna, 2012, 265 ss.; A. TEDOLDI, *Commento sub art. 656 c.p.c.*, in P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, *Commentario al codice di procedura civile*, VI, Torino, 2012, 806 ss.

⁸ In questo senso, Cass., sez. un., 1 marzo 2006, n. 4510, per cui «il decreto ingiuntivo non opposto acquista autorità e efficacia di cosa giudicata solo in relazione al diritto consacrato e non con riguardo dalle domande, o ai capi di domanda a non accolti. La regola contenuta nell'art. 640 c.p.c., ultimo comma (secondo cui il rigetto della domanda di ingiunzione non pregiudica la riproposizione della domanda, anche in sede ordinaria), infatti, trova applicazione sia in caso di rigetto totale della domanda di ingiunzione che di rigetto parziale (e, quindi, di accoglimento solo in parte della richiesta)», in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1047 ss., con nota di E. MARINUCCI, *Decreto ingiuntivo di accoglimento parziale ed ambito del giudicato*; in *Giust. civ.*, 2006, I, 1157 ss.; con nota di G. GIACALONE, C. CACCAVIELLO, *Decreto ingiuntivo non opposto e ambito del giudicato*, in *Giur. it.*, 2006, 2105 ss.; con nota di M. MAFFUCINI, *Chi notifica non acconsente: ovvero non si forma giudicato sulla parte di domanda non accolta nel decreto ingiuntivo*, in *Corriere merito*, 2006, 744 ss.; con nota di G. TRAVAGLINO, *Accoglimento parziale della domanda di ingiunzione di pagamento e giudicato implicito sulla domanda residua non accolta*, in *Corr. merito*, 2006, 6, 744 ss.

Il medesimo principio è stato ribadito da Cass. 16 novembre 2006, n. 24373, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1026 ss., con nota di D. VOLPINO, *Rigetto parziale della domanda monitoria e limiti oggettivi del giudicato*.



l'inesistenza di cause di invalidità del contratto che ne costituisce il fondamento, purché rilevabili d'ufficio dal giudice. E ciò per le più evidenti ragioni di pregiudizialità e, in particolare, di pregiudizialità in senso logico⁹.

L'accoglimento della domanda fondata sul contratto determina, infatti, come riconosciuto dalla giurisprudenza, la formazione di un giudicato, definito implicito¹⁰, relativo all'assenza di cause di nullità del contratto o delle clausole in esso contenute, che inciderebbero in senso preclusivo o modificativo del diritto fatto valere dal creditore. Ma, dappoiché l'eventuale nullità della pattuizione negoziale ben può essere rilevata d'ufficio dal giudice del procedimento monitorio, ne discende che l'emissione del decreto ingiuntivo necessariamente non prescinde dall'accertamento in merito all'assenza di cause di invalidità delle previsioni contrattuali rilevabili d'ufficio¹¹. Ugualmente vale con riguardo alle ipotesi di nullità di protezione previste in

⁹ Sulla pregiudizialità logica, si vedano, *ex multis*, S. SATTA, *Accertamenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, in *Foro it.*, 1947, I, 29 ss.; S. SATTA, *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, I, 64 ss.; S. SATTA, voce «*Accertamenti incidentali*», in *Enc. dir.*, I, 1958, 263 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 475 ss.; S. MENCHINI, voce «*Sospensione del processo civile – a) processo civile di cognizione*», in *Enc. del dir.*, XLIII, 1990, 1 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo – I) Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 233 ss.; S. MENCHINI, voce «*Accertamenti incidentali*», in *Enc. giur. Treccani*, 1995, 1 ss.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2002, 81 ss.; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, Pisa, 2017, 189 ss.; S. RECCHIONI, *Rapporto giudico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 6, 1595 ss.

In giurisprudenza, sulla distinzione tra pregiudizialità in senso logico e pregiudizialità in senso tecnico, è stata affermato che “*con riguardo alla questione pregiudiziale in senso logico, l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima. Con riguardo, invece, alla questione pregiudiziale in senso tecnico disciplinata dall'art. 34 c. p. c. ed indicante una situazione che, pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, è tuttavia distinta ed indipendente dal fatto costitutivo sul quale tale fatto si fonda, detta situazione è oggetto solo di accertamento incidentale (inidoneo a passare in giudicato), tranne che una decisione con efficacia di giudicato sia richiesta per legge o per apposita domanda di una delle parti*” (Cass. 19 gennaio 1999, n. 462), in senso conforme, Cass. 9 novembre 2017, n. 26557; Cass. 29 aprile 2009, n. 10027; Cass. 31 marzo 2006, n. 7667; Cass. 7 novembre 2005, n. 21490; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17632.

¹⁰ In relazione alla figura del giudicato implicito, possono essere richiamati, *ex multis*, E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 245 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 864 ss.; U. NATOLI, *Sul criterio discrezionale tra giudicato implicito e giudicato sul deducibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, 274 ss.; F. LANCELLOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 465 ss.; A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1292 ss.; F. LUISO, *Giudicato implicito – I guasti del giudicato implicito*, in *Giur. it.*, 2018, 4, 871 ss.; S. RECCHIONI, *Rapporto giudico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 6, 1595 ss.

L'istituto del giudicato implicito ha trovato ampia applicazione giurisprudenziale con riguardo al tema della giurisdizione, per cui si veda Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, con nota di C. CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sez. un. sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1141 ss., nonché in relazione al tema della validità del contratto, con riguardo a Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243.

Con specifico riguardo al rapporto tra giudicato implicito e validità del contratto, possono essere richiamati, tra gli altri, C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, II, 225 ss.; V. CARBONE, “*Porte aperte*” delle Sezioni Unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto, in *Corriere giur.*, 2015, I, 88 ss.; I. PAGNI, *Nullità del contratto – il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, I, 70 ss.

Esprimono criticità rispetto alla teoria del giudicato implicito A.A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, 1293 ss.; V. PETRELLA, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1071 ss.; S. ZIINO, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato «implicito» e di rilevanza del giudicato esterno*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, II, 1392 ss.; G. FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1569 ss.

¹¹ Si tratta della tesi largamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità, per cui “*Il decreto ingiuntivo non opposto è assimi-*



materia consumeristica, che non soltanto possono, ma devono formare oggetto di rilievo d'ufficio da parte del giudice del procedimento monitorio ¹².

Quanto al diverso trattamento, ai fini della formazione del giudicato, della pronuncia di rigetto, ciò costituisce il logico corollario della circostanza per cui il mancato accoglimento della domanda azionata risulta inevitabilmente sottratto ad ogni forma di contraddittorio. Diversamente, in caso di accoglimento della pretesa creditoria, all'emissione del decreto ingiuntivo segue l'onere di notifica del decreto al debitore, con possibilità di contraddittorio in merito alla sussistenza del diritto. Tale affermazione si riconnette con l'assunto, condiviso dalla giurisprudenza, per cui ai fini della formazione del giudicato non è necessario un contraddittorio effettivo, ma la mera possibilità del contraddittorio ¹³.

labile ad una sentenza di condanna passata in giudicato. Il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito ed il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione", Cass., 18 luglio 2018, n. 19113; in senso conforme, *ex multis*, Cass. 11 maggio 2010, n. 11360; Cass. 24 luglio 2007, n. 16319; Cass. 24 marzo 2006, n. 6628; Cass. 13 giugno 2000, n. 8026; Cass. 21 novembre 1997, n. 11641; Cass. 6 marzo 1997, n. 1994; Cass. 20 aprile 1996, n. 3757.

Significativa nello stesso senso anche la notazione per cui *"L'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico, e che trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, ove non sia proposta opposizione, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda"* Cass. 28 novembre 2017, n. 28318; in senso conforme, *ex multis*, Cass. 24 settembre 2018, n. 22465; Cass. 6 settembre 2007, n. 18725; Cass. 28 agosto 2009, n. 18791; Cass. 6 settembre 2007, n. 18725; Cass. 19 luglio 2006, n. 16540.

¹² Rilevante a tal fine la giurisprudenza della C. Giust. per cui *"la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale [...]. Di conseguenza, il ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine"* (C. Giust., 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*).

¹³ In questo senso, M. CASSIANI, L. PAOLINI, *Riflessioni sull'idoneità del decreto di ingiunzione a formare il giudicato in senso sostanziale e sull'ambito di estensione dell'accertamento in esso contenuto*, nota a Cass. 20 aprile 1996, n. 3757, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 276 ss.

In particolare, la richiamata giurisprudenza ha rilevato che *"vero è che una parte della dottrina sostiene, in base alla lettera dell'art. 2909 cod. civ., che l'autorità del giudicato può derivare solamente da una sentenza e che il decreto ingiuntivo non opposto può dar luogo soltanto a un fenomeno di "preclusione pro iudicato", che impedisce all'ingiunto di opporsi all'esecuzione forzata e di esercitare la condictio indebiti [...], ma è altrettanto vero che questa concezione è contrastata, oltre che dalla giurisprudenza, da un'altra parte, più consistente, della medesima dottrina, secondo la quale il decreto divenuto definitivo per mancata opposizione o a causa di opposizione dichiarata inammissibile deve essere assimilato in tutto e per tutto alla sentenza passata in giudicato. Si asserisce, al riguardo, che non può darsi peso al fatto che l'art. 2909 cod. civ., a proposito del giudicato, menzioni solamente la sentenza, dato che [...] non possono trarsi argomenti, a favore della tesi contraria, dalla sommarietà del procedimento e dall'assenza del contraddittorio, dato che il provvedimento contiene pur sempre un accertamento operato dal giudice e dato che l'ordinamento non esclude in via assoluta l'eventualità della cognizione piena e del contraddittorio, ben potendo l'interessato, tramite l'opposizione, instaurare un ordinario giudizio contenzioso"* (Cass. 20 aprile 1996, n. 3757).

Più recentemente, viene ribadito che *"per un superato, risalente orientamento, in base alla lettera dell'art. 2909 cod. civ. l'autorità del giudicato potrebbe derivare solamente dalla sentenza, mentre il decreto ingiuntivo non opposto potrebbe dar luogo solo al fenomeno di "preclusione pro iudicato" che impedisce all'ingiunto di opporsi all'esecuzione forzata e di esercitare la condictio indebiti. A tale concezione si oppone, con assai maggior seguito, quella secondo cui il decreto divenuto definitivo va assimilato in pieno alla sentenza passata in giudicato, non essendo decisivo il dato letterale, atteso che anche altri provvedimenti sono identici nella sostanza alla sentenza, mentre nemmeno possono in contrario trarsi argomenti dalla sommarietà del procedimento e dall'assenza del contraddittorio, in quanto pure nel decreto ingiuntivo vi è l'accertamento operato dal giudice e ben può l'interessato con l'opposizione instaurare un ordinario giudizio contenzioso. Infatti, la disciplina legislativa del procedimento d'ingiunzione tute-*



Per rispondere ai quesiti in premessa potrebbe ritenersi soddisfacente l'affermazione circa la formazione, in caso di decreto ingiuntivo non opposto, di un giudicato implicito relativo all'assenza di cause di nullità, ordinarie o di protezione, delle pattuizioni contenute nel contratto da cui il credito deriva, il cui accertamento officioso da parte del giudice avrebbe inciso in senso preclusivo o modificativo rispetto al diritto oggetto della domanda creditoria.

La conclusione che precede deve poi essere inserita nell'ambito del procedimento esecutivo, radicalmente distinto dal giudizio di cognizione per la diversità dei poteri riconosciuti al giudice dell'esecuzione.

Al riguardo, la giurisprudenza ha rilevato che, mentre il procedimento di cognizione risulta strutturato come sequenza di atti preordinati ad un provvedimento finale, che costituisce l'esito dell'attività decisoria del giudice, il procedimento esecutivo si presenta invece come una serie di procedimenti minori, diretti alla formazione di distinti provvedimenti successivi¹⁴, nel cui ambito il giudice dell'esecuzione è chiamato ad esercitare poteri di tipo ordinatorio¹⁵.

In questo contesto, non è certamente casuale che il legislatore, all'art. 484, comma 1, cod. proc. civ., preveda che l'espropriazione sia diretta, e non certo decisa, da un giudice. I poteri del giudice dell'esecuzione risultano, infatti, non finalizzati alla formazione di un provvedimento finale, mediante un'attività con carattere decisorio, ma all'attuazione del contenuto già determinato dal titolo azionato dal creditore, mediante un'attività di tipo esecutivo¹⁶.

la l'ingiunto, cui assicura, sia pure in modo differito, le garanzie quoad iustitiam di un pieno contraddittorio, prima che il provvedimento diventi definitivo, onde la dottrina individua il fondamento dell'attitudine al giudicato nell'equivalenza tra cognizione piena e libera rinuncia alla stessa" (Cass. 27 gennaio 2014, n. 1650). Nello stesso senso, Cass. 11 maggio 2010, n. 11360; Cass. 24 marzo 2006, n. 6628; Cass. 28 agosto 2009, n. 18791; Cass. 6 settembre 2007, n. 18725; Cass. 24 luglio 2007, n. 16319; Cass. 19 luglio 2006, n. 16540; Cass. 20 aprile 1996, n. 3757.

¹⁴ In questo senso si colloca la giurisprudenza secondo cui *"La considerazione del modo in cui si presenta strutturato il processo esecutivo per espropriazione forzata mostra che esso non è costruito come una sequenza continua di atti ordinati ad un unico provvedimento finale – secondo lo schema proprio del processo di cognizione, che peraltro conosce la possibilità della decisione di questioni, con sentenza che non definisce il giudizio (art. 297 c.p.c., comma 2, n. 4); esso è costruito bensì come una successione di subprocedimenti, cioè in serie autonome di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi"* (Cass. Sez. un. 27 ottobre 1995, n. 11178), in senso conforme, *ex plurimis*, Cass. 16 luglio 2021, n. 20331; Cass. 21 luglio 2016, n. 15019; Cass. 2 aprile 2014, n. 7708; Cass. Sez. un. 28 novembre 2012, n. 21110; Cass. 20 giugno 2008, n. 16799; Cass. 16 gennaio 2007, n. 837.

¹⁵ Al riguardo, la giurisprudenza ha rilevato che *"i poteri del giudice dell'esecuzione sono esclusivamente ordinatori, essendo limitati alla direzione del processo esecutivo al fine del regolare compimento degli atti che lo compongono secondo criteri di celerità e di opportunità; con esclusione, quindi, di potestas decidendi"* (Cass. 7 giugno 1996, n. 5309), in senso conforme, Cass. 12 giugno 1971, n. 1819.

Più recentemente, la giurisprudenza di merito ha rilevato che *"il procedimento di espropriazione (unitariamente inteso) si distingue, sotto il profilo strutturale, da quello di cognizione perché il primo non si presenta come una sequenza continua di atti preordinati ad un unico provvedimento finale, bensì come una successione di subprocedimenti, e cioè come una serie autonoma di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi. Nell'ambito di tale peculiare procedimento il giudice dell'esecuzione esercita poteri ordinatori, limitati alla direzione del processo esecutivo al fine del regolare compimento degli atti che lo compongono secondo criteri di celerità ed opportunità; con esclusione, quindi, di potestas decidendi"* (Trib. Milano, sent. 31 ottobre 2019).

¹⁶ In questo senso, *"al giudice dell'esecuzione, dunque, non sono istituzionalmente devoluti poteri di cognizione lato sensu intesi, conferitigli invece nella prospettiva, molto ristretta, degli accertamenti prodromici alla direzione del processo, lui unicamente spettante ex art. 484 c.p.c., e alla sua regolare progressione"* (G. FANTICINI, S. LEUZZI, R. ROSSI, S. SAJJA, *L'art. 54 ter, D.L. n. 18 del 2020, in Esec. forz.*, 2020, 3, 794 ss.).

Con riguardo al modello cui è ispirata l'esecuzione forzata, può essere osservato che *"si insegna che il g.e. non può accertare, con effetti anche esterni al processo in corso, se il diritto processuale alla tutela (fondato sul titolo esecutivo) od il diritto sostanziale tutelato (in quanto titolato) non esista, perché a tal fine occorre una sentenza, idonea al giudicato materiale, che egli non ha il potere di pronunciare [...]. I provvedimenti che il g.e. adotta – di regola in forma di ordinanza, eccezionalmente di decreto – non presentano i caratteri della decisorietà e della definitività: anche se intervengono su situazioni di diritto soggettivo, non statuiscano su di esse in via definitiva, potendo l'ufficio modificarli o revocarli sino a che non siano stati eseguiti [...]; laddove la revocabilità è in-*



Nell'ambito del procedimento esecutivo, i poteri di cognizione del giudice costituiscono, dunque, un'anomalia del sistema, un'eccezione che può derivare solo da previsioni legislative espresse e che si estrinseca, prevalentemente, nell'instaurazione di incidenti di cognizione per effetto delle iniziative di natura oppositiva, di cui agli artt. 615 ss. cod. proc. civ.

La cognizione di un giudice è, inoltre, strettamente correlata con il principio del contraddittorio tra le parti. Ma, nell'ambito del giudizio di esecuzione, anche il contraddittorio non riveste il carattere strutturale che contraddistingue il giudizio di cognizione. Ai sensi dell'art. 485 cod. proc. civ., infatti, lo svolgimento del contraddittorio viene subordinato alle ipotesi in cui ciò sia reso necessario dalla legge o ritenuto tale da una valutazione del giudice¹⁷.

L'assenza di poteri propriamente decisori del giudice dell'esecuzione e l'eccezionalità dell'attività di cognizione nell'ambito dell'espropriazione costituiscono fattori che concorrono a rendere necessaria una risposta negativa alla questione oggetto di esame.

*compatibile con la decisorietà. Il g.e. è sprovvisto di poteri decisori in quanto privo di poteri istruttori tipici e formali [...]. Sui provvedimenti resi dal g.e. (neppure su quello finale, avente ad oggetto l'attribuzione o distribuzione del ricavato della vendita o l'assegnazione satisfattiva, che pure non sono revocabili, in quanto il potere dell'ufficio è ormai consumato) non si può formare il giudicato, perché non ha luogo un'attività decisoria, preceduta da una rituale istruttoria [...]. Il processo esecutivo non ha funzione dichiarativa, perché non ha la struttura del processo di cognizione, caratterizzato da un'istruttoria formale, preceduta da una fase di trattazione e seguita da una fase decisoria" (M. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi*, in *Esec. forz.*, 019, 2, 250 ss.). Nello stesso senso si veda S. LACHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 452 ss.*

¹⁷ Osserva la giurisprudenza che "il processo esecutivo ha carattere tipicamente unilaterale e, quindi, la convocazione delle parti, che nel processo medesimo venga disposta dal giudice, quando la ritenga necessaria o quando la legge la prescriva, avviene non per costituire un formale contraddittorio ma soltanto per il migliore esercizio della potestà ordinatoria, affidata al giudice stesso" (Cass. 17 luglio 2009, n. 16731) e che "nel processo esecutivo non è configurabile un formale contraddittorio nel significato e con le caratteristiche di quello che si instaura nel processo di cognizione, considerato, da un canto, che le attività che si compiono nel processo esecutivo non sono dirette all'accertamento in senso proprio di diritti, ma alla loro realizzazione pratica sulla base di un preesistente titolo esecutivo, e, dall'altro, che proprio la esistenza di un titolo esecutivo pone il creditore precedente in situazione privilegiata rispetto al debitore esecutato nel senso che a quest'ultimo non è dato contestare l'azione esecutiva in via di eccezione come avviene per il convenuto nel giudizio di cognizione, ma soltanto di avvalersi del rimedio dell'opposizione che determina un giudizio di cognizione distinto dal processo di esecuzione. Ne consegue, per quanto specificamente attiene all'osservanza dell'art. 485 c.p.c., che la comparizione delle parti nel processo esecutivo (disposta dal giudice quando la ritenga necessaria o quando sia prescritta dalla legge) mira non già a dar vita al contraddittorio nel senso tradizionale, ma a consentire il miglior esercizio della potestà ordinatoria affidata al giudice dell'esecuzione" (Cass. 24 luglio 1993, n. 8293). Nello stesso senso, *ex multis*, Cass. 25 agosto 2006, n. 18513; Cass. 28 giugno 2005, n. 13914; Cass. 26 gennaio 2005, n. 1618; Cass. 22 novembre 1994, n. 9885.

In dottrina si contrappone un'impostazione più restrittiva in relazione all'applicazione del principio del contraddittorio nel corso dell'esecuzione forzata, ad una tesi favorevole alla sua affermazione anche in sede esecutiva.

Per la prima ricostruzione C. FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, 17 ss.; C. FURNO, *La sospensione nel processo esecutivo*, Milano, 1956, 10 ss.; G. MARTINETTO, voce *Contraddittorio*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 460 ss.; E. ALLORIO, V. COLESANTI, voce «Esecuzione forzata (dir. proc. civ.)», in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 734 ss.; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, XV, I, 2, Torino, 1963, 229 ss.; C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963, 279 ss.; G.A. MICHELI, *L'esecuzione forzata*, in *Commentario cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1964, sub art. 2910; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1964, 25 ss.; G. GIANNOZZI, *Il reclamo nel processo civile*, Milano, 1968, 147 ss.; G. VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano, 1968, 110 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1971, sub artt. 474 e 485; M. BOVE, B. CAPPONI, G. MARTINETTO, B. SASSANI, *L'espropriazione forzata*, in *Giur. sist. dir. proc. civile Proto Pisani*, Torino, 1988, 11 ss.

Per la seconda ricostruzione, S. LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 394 ss.; V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1973, 173 ss.; G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 199 ss.; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. dir. proc. civile Proto Pisani*, Torino, 1993, 84 ss.; A. GILL, *Principio del contraddittorio ed esecuzione forzata*, in *Giur. it.*, 1994, 5.



Ciò in quanto, ove anche si prescindesse dall'esistenza di un giudicato implicito sull'assenza di cause di nullità delle pattuizioni negoziali, in ogni caso affidare al giudice dell'esecuzione la cognizione in ordine al contenuto del contratto, già oggetto di un diverso accertamento giudiziario, risulterebbe in contrapposizione con la struttura del processo esecutivo e radicalmente incompatibile con i poteri affidati dal legislatore al giudice dell'esecuzione.

A quanto precede potrebbe obiettarsi che l'esecuzione si fondi su un titolo esecutivo e che tale titolo, costituendo la condizione stessa dell'azione esecutiva iniziata dal creditore, debba permanere per l'intera durata del procedimento, destinato altrimenti a diventare improcedibile. Conseguentemente, al giudice dell'esecuzione viene pacificamente riconosciuto il potere, ma anche il dovere, di verificare l'esistenza giuridica del titolo, in forza del quale si procede, all'inizio del processo esecutivo e per l'intera durata del procedimento, diversamente dovendosi arrestare l'esecuzione in carenza del titolo esecutivo azionato dal creditore¹⁸.

Tuttavia, il potere del giudice dell'esecuzione di accertare l'esistenza giuridica del titolo esecutivo, quale condizione dell'esecuzione, nulla ha in comune con il sindacato in merito al contenuto intrinseco di tale titolo, potere di cui il giudice dell'esecuzione risulta sprovvisto.

Con specifico riguardo all'ipotesi in cui il titolo risulti di formazione giudiziale, tale cognizione implicherebbe non solo l'esercizio di un potere di cognizione nel merito della controversia, ma anche un indebito sindacato sull'attività decisoria già esercitata dal giudice investito del potere di decidere sulla pretesa creditoria. Come evidente, ne discenderebbe una commistione non già limitata soltanto alle nozioni di esecuzione e cognizione, ma estesa al rapporto tra esecuzione e impugnazione.

Tale conclusione risulta condivisibile anche ove lo strumento utilizzato dal debitore per contestare il titolo

¹⁸ Ciò in applicazione del principio *nulla executio sine titulo*, in base al quale il titolo esecutivo deve permanere per l'intera durata del procedimento di esecuzione, destinato altrimenti a divenire improcedibile. Al giudice dell'esecuzione viene pertanto riconosciuto il potere di verificare l'esistenza del titolo esecutivo all'inizio dell'esecuzione, nonché la permanenza dello stesso nel corso dell'intero procedimento esecutivo.

In questo senso, la giurisprudenza fa applicazione del principio per cui *“il titolo originariamente esistente deve anche persistere per tutto il corso dell'esecuzione. La ragione della permanenza del titolo per tutta la durata dell'esecuzione sta nel fatto che la sopravvenuta mancanza del titolo non giustificerebbe la permanenza del vincolo costituito dal pignoramento e, soprattutto, non sorgerebbe l'esito dell'esecuzione, sia questo costituito dalla vendita, sia costituito dall'esecuzione diretta. Infatti, dopo che la pretesa indicata nel titolo è attuata, il titolo si svuota di ogni suo contenuto e non può essere più utilizzato per sanzionare nuovi comportamenti lesivi della posizione del creditore, ancorché della stessa specie del comportamento precedentemente tenuto”* (Cass. 24 maggio 2002, n. 7631), in senso conforme, Cass. 16 aprile 2013, n. 9161; Cass. 28 luglio 2011, n. 16541; Cass. 6 agosto 2002, n. 11769; Cass. 1 giugno 1998, n. 5374; Cass. 11 settembre 1996, n. 8221.

Conseguentemente, *“quando è contestato il diritto di procedere ad esecuzione, il giudice dell'opposizione deve verificare, non solo l'esistenza originaria, ma anche la persistenza del titolo esecutivo, poiché la sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo determina l'illegittimità, con efficacia ex tunc, dell'esecuzione”* (Cass. 27 giugno 2014, n. 14641).

Tale principio è stato specificato rilevando che *“nel processo d'esecuzione, la regola secondo cui il titolo esecutivo deve esistere dall'inizio alla fine della procedura va intesa nel senso che essa presuppone non necessariamente la costante sopravvivenza del titolo del creditore precedente, bensì la costante presenza di almeno un valido titolo esecutivo (sia pure dell'interventore) che giustifichi la perdurante efficacia dell'originario pignoramento. Ne consegue che, qualora, dopo l'intervento di un creditore munito di titolo esecutivo, sopravviene la caducazione del titolo esecutivo comportante l'illegittimità dell'azione esecutiva dal pignorante esercitata, il pignoramento, se originariamente valido (secondo quanto si preciserà in seguito), non è caducato, bensì resta quale primo atto dell'iter espropriativo riferibile anche al creditore titolato intervenuto”* (Cass., sez. un., 7 gennaio 2014, n. 61).

In dottrina, G. VERDE, *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 964 ss.; R. VACCARELLA, *Esecuzione forzata*, in *Riv. esec. forz.*, 2007, 1 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Attualità del titolo esecutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 67 ss.; A. MAJORANO, *Questioni controverse in tema di poteri di rilevazione officiosa del giudice dell'opposizione all'esecuzione e di interpretazione del titolo esecutivo*, in *Riv. esec. forz.*, 2012, 141 ss.; B. CAPPONI, *Autonomia, astrattezza, certezza del titolo esecutivo: requisiti in via di dissolvenza?*, in *Corr. giur.*, 2012, 10, 1166 ss.



esecutivo risulti l'opposizione all'esecuzione, ossia una delle ipotesi disciplinate dal legislatore come incidente di cognizione nel corso dell'esecuzione. Infatti, il giudice investito dell'opposizione all'esecuzione potrebbe sindacare esclusivamente l'esistenza giuridica del provvedimento in base alla quale il creditore ha avviato l'azione esecutiva, non potendo invece estendere la propria cognizione a ragioni di ingiustizia o ad altri vizi attinenti il contenuto intrinseco della decisione giudiziale¹⁹.

Alla luce dell'ordinamento interno emergono, dunque, ben due ordini di ragioni che, anche autonomamente considerate, impongono di escludere la possibilità per il giudice dell'esecuzione di accertare la ricorrenza di cause di nullità delle previsioni contrattuali poste alla base del diritto di credito, accertato in un provvedimento dotato dell'autorità di cosa giudicata, azionato come titolo esecutivo. A questo risultato osta sia la formazione di un giudicato implicito in ordine all'assenza di ipotesi di nullità del contratto posto alla base del credito accertato, sia la carenza in capo al giudice dell'esecuzione, ancorché investito di un'opposizione all'esecuzione, dei poteri idonei a sindacare il contenuto intrinseco del provvedimento fonte del diritto di credito azionato in via esecutiva.

Questa conclusione, in base all'ordinamento interno, risulta condivisibile anche ove la contestata causa di invalidità della previsione contrattuale risulti un'ipotesi di nullità di protezione, conseguente al carattere abusivo di una o più clausole presenti nel contratto intercorrente tra un consumatore ed un professionista.

La disciplina di cui agli artt. 33 ss. del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 non prevede, infatti, alcuna espres-
sa deroga rispetto alla disciplina precedentemente richiamata. Inoltre, il potere di rilevazione officiosa della nullità di protezione da parte del giudice a vantaggio del consumatore²⁰ conferma quanto argomentato in merito alla formazione del giudicato implicito in relazione alla carenza di ipotesi di nullità di protezione, a seguito della mancata opposizione a decreto ingiuntivo.

¹⁹ In questo senso, il principio per cui “*in sede di opposizione alla esecuzione promossa in base a titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto di procedere alla esecuzione forzata può essere fondata su ragioni attinenti ai vizi di formazione del provvedimento fatto valere come titolo esecutivo solo quando questi ne determinino l'inesistenza giuridica, dovendo gli altri vizi del provvedimento e le ragioni di ingiustizia della decisione che ne costituiscono il contenuto, esser fatte valere, se ancora possibile, nel corso del processo in cui il provvedimento è stato emesso*” (Cass. 18 febbraio 2015, n. 3277). In senso conforme, *ex multis*, Cass. 9 febbraio 2021, n. 3027; Cass. 22 agosto 2018, n. 20895; Cass. 30 agosto 2011, n. 17802; Cass. 14 giugno 2001, n. 8056; Cass. 23 marzo 1999, n. 2742; Cass. 25 febbraio 1994, n. 1935.

²⁰ Sul tema del rilievo officioso della nullità di protezione, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 406 ss.; A. ORESTANO, *la rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 1179 ss.; A. DI MAJO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato, a cura di M. Bessone*, VII, 2002, 127 ss.; M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. impr. Europa*, 2007, 2, 697 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Verso un diritto processuale dei consumatori?*, in *Nuova giur. civ.*, II, 2009, 216 ss.; E. D'ALESSANDRO, *La corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 675 ss.; V.G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2010, 2 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2010, 835 ss.; L. VALLE, *Nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, 366 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato, a cura di G. Iudica e P. Zatti*, Milano, 2011, 705 ss.; L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 683 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale. Postilla a Calais – Auloy, 20 anni dopo*, in *Obligations, Procès et droit savant. Melanges en l'honneur du Professeur Jean Beanchard*, Poitiers, 2013, 154 ss.; S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità e l'articolazione di nuovi mezzi di prova nella cornice dell'effettività della tutela. Il dialogo tra le Corti*, in *Contratti*, 2014, 18 ss.; R. CARRANO, *Clausole vessatorie e rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 727 ss.; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della C. Giust.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 249 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 4, 946 ss.



Se, infatti, il giudice del procedimento monitorio avesse rilevato la sussistenza, all'interno del contratto fonte del diritto di credito vantato dal professionista, di clausole abusive, allora avrebbe dovuto applicare la disciplina in materia di nullità di protezione, rilevarne l'inefficacia e trarne le dovute conseguenze in relazione al credito azionato. L'accertamento del diritto di credito del professionista, invece, implica logicamente l'accertamento da parte del giudice in ordine alla non abusività delle clausole contenute nel contratto, con conseguente formazione sul punto della cosa giudicata, derivante dalla mancata opposizione al decreto ingiuntivo emesso.

Queste conclusioni, apparentemente lineari, non possono, tuttavia, allo stato ritenersi pacifiche. Il giudice italiano, infatti, rilevando una potenziale ipotesi di carenza di tutela del consumatore, ha sollevato due domande di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ponendo in dubbio la compatibilità della disciplina dell'ordinamento interno rispetto al diritto sovranazionale.

2. – La disciplina di diritto interno, nella parte in cui consente, in caso di mancata opposizione a decreto ingiuntivo, la formazione di un giudicato implicito in ordine all'assenza all'interno del contratto di clausole abusive, risulta idonea a consentire al consumatore una tutela effettiva? La non configurabilità in capo al giudice dell'esecuzione dei poteri idonei a permettere un sindacato intrinseco sul contenuto del titolo esecutivo di formazione giudiziale integra un'ipotesi di carenza dei rimedi giurisdizionali necessari per garantire la tutela effettiva del consumatore?

Questi gli interrogativi sottesi alle domande di pronuncia pregiudiziale sollevate dal Tribunale di Milano con ordinanze del 10 agosto 2019 e del 31 ottobre 2019, che hanno dato luogo rispettivamente alle cause C-693/19 e C-831/19²¹, riunite e pendenti davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In entrambe le pronunce, i parametri alla stregua dei quali valutare la conformità dell'ordinamento interno vengono rinvenuti negli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In particolare, l'art. 6 della direttiva 93/13/CEE²² prevede la non vincolatività per il consumatore delle

²¹ Per la cui analisi possono essere richiamati: S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 5, 1265 ss.; G.M. SACCHI, *I poteri del giudice dell'esecuzione e la tutela del contraente debole*, in *camminodiritto.it.*; A. D'AMBROSIO, *Decreto ingiuntivo non opposto: tutela del consumatore anche in fase di esecuzione*, in *ilsole24ore.com*.

In particolare, evidenziando il carattere di specialità che la nullità di protezione sta assumendo sotto il profilo del regime processuale, può essere rilevato che "chi allora, pur se con uno sforzo di rigorosa razionalizzazione, scrive di una nullità del contratto che, almeno processualmente, può continuare a declinarsi in modo unitario, assumendo come riferimento le disposizioni del codice civile (artt. 1418-1424 cod. civ.), ci sembra, detto in sintesi, che formuli un enunciato punteggiato dal difetto di provare troppo. Se non sono speciali bensì delle nullità munite di eguale dignità e forza costitutiva, neanche processualmente il "di protezione" può tramutarsi, eccezion fatta per ipotesi marginali di diversità, in un orpello. *SPV Project 1503 e Srl DobankSpA c. YB (causa C-693/19)*, rimettente alla Corte se gli artt. 6 e 7 dir. 1993/13/CEE e l'art. 47 Carta dir. UE ostino ad un ordinamento nazionale, come quello italiano, ostantivo a che il giudice dell'esecuzione effettui "un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato" precludendogli così nel contempo, laddove il consumatore mostri va da sé di volersi avvalere "della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito", quella specialità, ci sembra, la batte apertamente in breccia" (S. PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 4, 946 ss.).

²² Ai sensi del quale, "1. Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive. 2. Gli Stati



clausole abusive contenute in un contratto stipulato tra un consumatore ed un professionista, mentre l'art. 7 della direttiva 93/13/CEE²³ è diretto ad implementare tale disciplina sostanziale con adeguati strumenti di attuazione sul piano applicativo e processuale, sancendo che gli Stati membri provvedano a fornire “*mezzi adeguati ed efficaci*” per far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti intercorrenti tra consumatori e professionisti.

Tale disciplina trova riscontro nell'art. 19, paragrafo 1, TUE²⁴, in base al quale l'ordinamento degli Stati membri deve prevedere i “*rimedi giurisdizionali necessari*” al fine di assicurare “*tutela giurisdizionale effettiva*” in relazione ai settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea.

Infine, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea²⁵ prevede che ogni cittadino che lamenti una violazione dei diritti e delle libertà assicurate dal diritto dell'Unione Europea abbia diritto ad un “*ricorso effettivo*” davanti ad un organo giurisdizionale.

Le disposizioni richiamate risultano ispirate alla necessità di apprestare tutele efficaci sul piano processuale, in modo da garantire, in primo luogo, l'effettiva tutela delle posizioni giuridiche del consumatore e, in secondo luogo, la generale limitazione all'interno del mercato del ricorso alle clausole abusive da parte degli operatori economici²⁶.

La situazione di strutturale squilibrio informativo e negoziale tra la posizione del consumatore e quella professionista implica, infatti, la necessità di strumenti di riequilibrio²⁷, improntanti al recupero di una parità

membri prendono le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro”.

²³ In base al quale “*1. Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori. 2. I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserimento di siffatte clausole. 3. Nel rispetto della legislazione nazionale, i ricorsi menzionati al paragrafo 2 possono essere diretti, separatamente o in comune, contro più professionisti dello stesso settore economico o associazioni di professionisti che utilizzano o raccomandano l'inserimento delle stesse clausole contrattuali generali o di clausole simili”.*

²⁴ Ai sensi del quale, “*1. La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”.*

²⁵ Disposizione che sancisce che “*Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”.*

²⁶ Osserva la Corte di Giustizia che “*la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori” (C. Giust., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*,.). In senso conforme, C. Giust., 21 novembre 2002, causa C-473/00, caso *Cofidis*; C. Giust., 26 ottobre 2006, causa C-168/05, caso *Mostaza Claro*; C. Giust., 14 giugno 2012, causa C-618/10, caso *Banco Espanol de Credito SA*; C. Giust., 27 febbraio 2014, causa C-470/12, caso *Pohotovost*.*

²⁷ Nella prospettiva di una tutela processuale differenziata. Al riguardo, C. VOCINO, *Intorno al nuovo verbo “tutela giurisdizionale differenziata”*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, Milano, 761 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale. Postilla a Calais - Auloy, 20 anni dopo*, in *Obligations, Procès et droit savant. Melanges en l'honneur du Professeur Jean Beanchard*, Poitiers, 2013, p. 160.



effettiva e sostanziale tra le parti, senza che la tutela della parte debole del rapporto rimanga affidata all'esclusiva iniziativa processuale di quest'ultima²⁸.

Entrambe le pronunce risultano incentrate sull'interrogativo relativo alla qualificabilità come “*mezzo adeguato ed efficace*”, come “*ricorso effettivo*” o “*tutela giurisdizionale effettiva*” della disciplina del diritto interno, che rimette all'iniziativa del consumatore la scelta se proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo, emesso all'esito di un procedimento monitorio in cui un organo giurisdizionale già risulta investito del potere officioso di accertare il carattere abusivo delle clausole contrattuali, limitando successivamente i poteri del giudice dell'esecuzione, posto dinanzi alla formazione di un giudicato implicito²⁹.

Il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (C-693/19) deriva da un procedimento di espropriazione presso terzi, conseguente al mancato adempimento da parte del consumatore delle obbligazioni derivanti da diversi contratti di finanziamento, contenenti clausole determinative del tasso di interesse e clausole penali a carattere potenzialmente abusivo.

A fronte della manifestata volontà del consumatore di richiedere l'accertamento della nullità di protezione di tali clausole, il giudice dell'esecuzione ha riscontrato la formazione del vincolo della cosa giudicata in ordine al carattere non vessatorio delle pattuizioni poste alla base del diritto di credito azionato dal professionista, accertato nell'ambito di un procedimento monitorio, all'esito del quale il consumatore non aveva propo-

²⁸ Ciò muovendo dalla premessa che “*la tutela effettiva dei consumatori non sia raggiungibile se non attraverso l'intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto*”, come evidenziato da P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore*, in *Le Corti Umbre*, 2017, n. 3, 527-555.

Sul tema del rilievo officioso della nullità di protezione, nella prospettiva della tutela effettiva del consumatore, M. CAPPELLI, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, in *Processo e ideologia*, Bologna, 1969, 191 ss.; E. D'ALESSANDRO, *La corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 675 ss.; C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, 12 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 835 ss.; I. PRISCO, *Il rilievo d'ufficio delle nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1227 ss.; N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della C. Giust.*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 361 ss.; L. VALLE, *Nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, 366 ss.; L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1366 ss.; L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 683 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 291 ss.; R. DE HIPPOLYTIS, *Sui poteri del giudice in tema di clausole abusive di un contratto*, in *Foro it.*, 2013, IV, 202 ss.; R. CARRANO, *Clausole vessatorie e rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 727 ss.; R. ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1141 ss.; F. DELLA NEGRA, *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, in *Pers. e merc.*, 2014, 71 ss.; R. DE HIPPOLYTIS e A. Palmieri, *In tema di clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 2014, I, 40 ss.; G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della C. Giust.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 249 ss.; N. RUMINE, *La giurisprudenza della C. Giust. dell'Unione Europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 9, 1244 ss.

²⁹ Significativo in questo senso il passaggio argomentativo dell'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19): “*Questo magistrato intende quindi richiedere alla Corte se l'esigenza di sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina tra diritti ed obblighi del professionista e del consumatore un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra i contraenti, consenta al giudice dell'esecuzione di informare il consumatore (pur rimasto inerte nel procedimento all'esito del quale si è formato il titolo giudiziale ormai definitivo) della possibile vessatorietà di clausole contrattuali la cui abusività non sia stata espressamente esclusa dalla decisione avente efficacia di giudicato e se, in caso di manifestata volontà da parte del consumatore – non più inerte – di avvalersi della abusività delle clausole, lo stesso giudice possa scrutinare la vessatorietà delle clausole contrattuali nonostante la preclusione, per il giudice dell'esecuzione, di esercitare un sindacato intrinseco sul titolo esecutivo giudiziale e nonostante la formazione del giudicato*”.



sto opposizione a decreto ingiuntivo³⁰.

Inoltre, con specifico riguardo ai poteri del giudice dell'esecuzione in sede di espropriazione presso terzi, il giudice rimettente ha rilevato la configurabilità soltanto di poteri officiosi diretti a verificare la corretta quantificazione del credito, non estesi alla cognizione in ordine al contenuto intrinseco del titolo esecutivo, dovendosi così escludere l'esperibilità di un sindacato sulla legittimità delle clausole in esso contenute³¹.

Tali previsioni risultano, invero, non sfornite di ragioni giustificative. Anzitutto, la stabilità del giudicato risulta un presidio necessario posto dall'ordinamento giuridico a tutela della certezza dei rapporti giuridici, che verrebbe radicalmente compromessa laddove ragioni sostanziali di tutela di posizioni giuridiche di soggetti vulnerabili giustificassero la configurabilità di un numero imprecisato di mezzi di impugnazione.

Inoltre, la limitazione dei poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione risulta strutturalmente correlata con l'impianto del processo civile, fondato sulla distinzione tra la fase di cognizione, diretta alla formazione di una pronuncia su una questione controversa, e la fase dell'esecuzione, finalizzata all'attuazione di un diritto già accertato da un titolo esecutivo.

Questa ricostruzione, come osservato in sede di rinvio pregiudiziale, rischierebbe, tuttavia, di compromettere il diritto del consumatore ad un ricorso effettivo, privando oltretutto l'ordinamento di uno strumento efficace per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra consumatori e professionisti³².

³⁰ Ciò in quanto, come rilevato dall'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19): “secondo la giurisprudenza di legittimità assolutamente maggioritaria “l'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico”; tale orientamento “trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, ove non sia proposta opposizione, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda” (Cass., 28 novembre 2017, n. 28318, che richiama anche le conformi decisioni Cass. 28 agosto 2009, n. 18791 e Cass. 06 settembre 2007, n. 18725; nello stesso senso, tra le altre, Cass. 24 settembre 2018, n. 22465, Cass. 26 giugno 2015, n. 13207). Risulta quindi accolto, con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto, il principio – di creazione giurisprudenziale – del c.d. “giudicato implicito”, fondato sull'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa (tra le altre, Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242).

³¹ Anche in questo caso, risulta rilevante il passaggio dell'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19), per cui: “in conseguenza del principio espresso dal brocardo “nulla executio sine titulo” il giudice dell'esecuzione è quindi titolare del potere – dovere di verificare l'esistenza del titolo esecutivo all'inizio e per l'intera durata del processo esecutivo, dovendo, ove tale titolo difetti, arrestare il processo (tra le tante, Cass. 16 aprile 2013, n. 9161, Cass. 28 luglio 2011, n. 16541, Cass. 6 agosto 2002, n. 11769). Il potere officioso del giudice dell'esecuzione è tuttavia limitato alla sola esistenza del titolo esecutivo e non può estendersi anche al “contenuto intrinseco” dello stesso, sì da invalidarne l'efficacia in base ad eccezioni che possano e debbano essere dedotte nel giudizio di cognizione (in caso di decreto ingiuntivo, mediante proposizione dell'opposizione allo stesso decreto). Un simile controllo “intrinseco” del titolo giudiziale è precluso anche in caso di opposizione proposta, ai sensi dell'art. 615, co. 2, c.p.c.5, dal debitore; secondo costante giurisprudenza della Suprema Corte, infatti, “nel giudizio di opposizione all'esecuzione promossa in base a titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata può essere fondata su vizi di formazione del provvedimento solo quando questi ne determinino l'inesistenza giuridica, atteso che gli altri vizi e le ragioni di ingiustizia della decisione possono essere fatti valere, ove ancora possibile, solo nel corso del processo in cui il titolo è stato emesso, spettando la cognizione di ogni questione di merito al giudice naturale della causa in cui la controversia tra le parti ha avuto (o sta avendo) pieno sviluppo ed è stata (od è tuttora) in esame” (Cass. 18 febbraio 2015, n. 3277, conforme, tra le tante, Cass. 21 aprile 2011, n. 9205)”.

³² Di conseguenza, ha osservato l'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19) che “in questa prospettiva, l'esercizio di poteri officiosi del giudice, lungi dall'essere espressione di una mancata imparzialità del giudice, sarebbe indice di



Effettivamente, l'accertamento in ordine alla presenza di clausole abusive nel contratto di credito da parte del giudice del procedimento monitorio avviene in mancanza del contraddittorio tra le parti e senza che l'organo giurisdizionale possa sottoporre ad esse la questione relativa alla nullità di protezione delle previsioni negoziali.

Conseguentemente, la formazione del giudicato in ordine al carattere non vessatorio delle clausole inserite dal professionista nel contratto verrebbe affidata ad un contraddittorio meramente potenziale, dipendente dalla scelta del consumatore di attivarsi tempestivamente in via giudiziale³³.

Tuttavia, far discendere l'accertamento circa l'inserimento di clausole vessatorie nei contratti predisposti dal professionista dalla sola iniziativa del consumatore risulterebbe in contrasto con la disciplina di cui alla direttiva 93/13/CEE, che affida ai poteri di intervento officioso del giudice l'accertamento della nullità di protezione, oltre che inefficace nella prospettiva della tutela generale del mercato rispetto al ricorso da parte di operatori economici a pratiche di contrattazione squilibrata, dirette all'inserimento nei contratti stipulati con i consumatori di clausole abusive.

Non da ultimo, il carattere implicito del giudicato relativo alla validità delle clausole contenute nel contratto non assicura l'effettivo svolgimento da parte del giudice del procedimento monitorio di un sindacato specificamente incentrato sulla non integrazione di ipotesi di nullità di protezione. Di conseguenza, a seguito della formazione della cosa giudicata per la mancata tempestiva opposizione del consumatore, la mancanza in capo al giudice dell'esecuzione del potere di rilevare il carattere abusivo delle previsioni negoziali condurrebbe all'attuazione forzata di un contratto contenente clausole vessatorie senza che alcun organo giurisdizionale abbia, nel corso del processo, svolto uno scrutinio effettivo in ordine alla validità di tali pattuizioni³⁴.

Le stesse ragioni sono state poste a fondamento del secondo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (C-831/19), originato, nell'ambito di un procedimento di espropriazione immobiliare, dall'opposizione all'esecuzione sollevata da uno dei fideiussori del debitore esecutato, che, a seguito della mancata opposizione a decreto ingiuntivo e conseguente formazione del giudicato implicito in merito alla validità delle pattui-

una visione del giudice non limitata a quella di arbitro di una controversia tra le parti, ma di rappresentante dell'interesse generale della società (così sempre la decisione da ultimo citata). Del resto, proprio in considerazione della rilevanza generale della tutela del consumatore, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha, come sopra osservato, affermato l'esistenza di sempre più significativi poteri officiosi esercitabili da un giudice la cui imparzialità (nonostante il delineato attivismo) non risulta esser stata posta in discussione".

³³ Al riguardo, potrebbe dunque essere osservato che "nel nostro caso il giudice del procedimento per ingiunzione, seppur astrattamente provvisto di poteri cognitori idonei ad effettuare un simile rilievo, non potrebbe stimolare quel contraddittorio e quel confronto con il debitore ingiunto che, in virtù delle considerazioni esposte in precedenza, costituiscono il presupposto fondamentale per il pieno dispiegarsi di quella tutela rafforzata del contraente debole sottesa alle nullità di protezione consumeristiche. In quella sede, egli ha la possibilità di instaurare un dialogo con il solo creditore procedente, non con il debitore ingiunto, il quale potrebbe essere in quella fase finanche ignaro della possibilità di poter invocare un siffatto meccanismo di tutela. Pertanto, l'eventuale ignoranza del debitore – frutto non di sua colpa ma della propria debolezza contrattuale – può protrarsi fino alla fase esecutiva senza poi trovare rimedi adeguati" (G.M. SACCHI, *I poteri del giudice dell'esecuzione e la tutela del contraente debole*, in *camminodiritto.it*).

³⁴ La questione pregiudiziale rimessa alla C. Giust. dell'Unione Europea dall'ordinanza del Trib. Milano 10 agosto 2019 (C-693/19) è stata, pertanto, la seguente: "Se ed a quali condizioni gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ostino ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato e che preclude allo stesso giudice, in caso di manifestazione di volontà del consumatore di volersi avvalere della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito".



zioni negoziali, ha contestato la presenza di plurime clausole vessatorie all'interno del contratto, fonte del diritto di credito azionato.

La peculiarità di tale controversia atteneva alla rilevanza del mutamento giurisprudenziale in ordine al possibile superamento del giudicato sfavorevole per il consumatore, che abbia scelto di non ricorrere ai mezzi di impugnazione predisposti dal diritto nazionale, facendo affidamento su un orientamento interpretativo successivamente superato dalla giurisprudenza³⁵.

In particolare, nel caso in esame, il mutamento ermeneutico riguardava la qualificabilità come consumatore della persona fisica che assuma la posizione di garante nei contratti di fideiussione, stipulati a vantaggio di un soggetto dotato della forma societaria.

Il diritto vivente, applicato dalla giurisprudenza al momento della formazione del giudicato, modellava la qualifica di consumatore del fideiussore sulla base delle caratteristiche dell'obbligazione garantita, per via del carattere di accessorietà dell'obbligazione fideiussoria rispetto al credito oggetto di garanzia³⁶.

³⁵ Nello specifico, la carenza di effettività della tutela del consumatore deriverebbe altresì dalla circostanza per cui, a fronte di un giudicato implicito, risulterebbe impossibile sottoporre a controllo effettivo il percorso logico seguito dalla decisione giurisdizionale che, non avendo ritenuto qualificabile come consumatore il debitore, potrebbe non aver affrontato in concreto la questione relativa alla qualificabilità della pattuizione negoziale come abusiva.

L'ordinanza del Trib. Milano 31 ottobre 2019 (C-831/19) ha, dunque, rilevato che *“il giudicato implicito trova fondamento nell'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa (in questo senso, v. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242). Non necessariamente, tuttavia, un simile argomento logico corrisponde all'iter decisionale concretamente percorso dal giudice e, in ogni caso, per definizione, un simile iter logico non è mai manifestato, non potendo quindi escludersi taluni possibili profili di incertezza in ordine all'effettivo oggetto della decisione. A ben vedere, proprio il caso alla base del presente provvedimento è, con elevata probabilità, indice di una simile mancata coincidenza tra il modello astratto di iter logico alla base della decisione e l'iter logico effettivamente percorso dal giudice; avuto riguardo al diritto vivente al tempo in vigore, è infatti assai verosimile che, nell'emettere il decreto ingiuntivo richiesto, il giudice non abbia in alcun modo svolto l'indagine relativa alla vessatorietà delle clausole (così non esercitando la fondamentale funzione di riequilibrio –anche– processuale dei rapporti tra imprenditore e consumatore sopra citata), escludendo a priori la possibilità di qualificare il fideiussore come consumatore”*.

³⁶ In particolare, la giurisprudenza condivideva la tesi per cui *“in presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita”* (Cass. 9 agosto 2016, n. 16827).

In senso conforme, *ex multis*, Cass. 29 novembre 2011, n. 25212; Cass. 12 novembre 2008, n. 27005; Cass. 13 maggio 2005, n. 10107; Cass. 11 gennaio 2001, n. 314.

Tale ricostruzione ha trovato applicazione anche nella giurisprudenza di merito. In questo senso *“nel caso di fideiussione collegata a debiti contratti dalla debitrice principale per l'esercizio dell'attività di impresa, si esclude la qualità di consumatore in capo al fideiussore in ragione dell'accessorietà del contratto di fideiussione e dell'attrattività della qualità del debitore principale, sì che il fideiussore diventa anch'egli professionista quando il debitore principale integra tale qualità. Con specifico riferimento ai contratti bancari si è puntualizzato che nell'ipotesi di fideiussione che accede a contratti bancari, la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini dell'individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore. Pertanto l'applicabilità della tutela del consumatore è esclusa quando il contratto di fideiussione sia concluso da una persona fisica che non agisce nell'ambito di un'attività professionale, ma a garanzia di un debito contratto da un soggetto che agisce nell'ambito della sua attività professionale. In presenza di un contratto di fideiussione è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore all'obbligazione garantita”* (Trib. Catania, 21 settembre 2019).

In senso conforme, *ex plurimis*, App. L'Aquila, 26 maggio 2021; Trib. Latina 5 settembre 2018; Trib. Ferrara, 7 giugno 2017; Trib. Trieste, 6 maggio 2017; Trib. Firenze, 23 gennaio 2017; Trib. Ancona, 7 gennaio 2016; Trib. Roma, 26 giugno 2015; Trib. Treviso, 17 giugno 2015; Trib. Genova, 7 aprile 2015; Trib. Bologna, 3 marzo 2014; Trib. Milano, 5 marzo 2013; Trib. Milano, 30 gennaio 2013.

La giurisprudenza di legittimità ha condiviso il medesimo principio anche in relazione al contratto autonomo di garanzia, af-



Laddove il contratto di fideiussione fosse intercorso tra soggetti non qualificabili come consumatori, allora anche il fideiussore non avrebbe potuto godere di tale qualifica. La riconducibilità dell'obbligazione garantita all'attività professionale svolta dalle parti del rapporto obbligatorio avrebbe, conseguentemente, comportato la non qualificabilità come consumatore del fideiussore, a prescindere dalle caratteristiche specifiche di tale soggetto.

Dunque, a fronte dell'emissione di un decreto ingiuntivo fondato su un contratto contenente clausole abusive, il fideiussore non avrebbe potuto invocare la tutela consumeristica, con conseguente scelta di non iniziare il giudizio di opposizione.

Tuttavia, tale interpretazione giurisprudenziale è cambiata³⁷ nel periodo di tempo intercorrente tra l'emissione del decreto ingiuntivo e l'instaurazione del giudizio di espropriazione immobiliare, con l'intervento di pronunce della Corte di Cassazione³⁸ e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea³⁹. Alla luce della nuova

fermando che *“in presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita; ma a diversa soluzione non può non pervenirsi pure nell'evenienza di contratto autonomo di garanzia, essendo comunque anch'esso, con tutta evidenza, funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita – quale elemento utile per il suo funzionamento anche solo corrente, onde appunto assicurarle il credito da parte di altri contraenti, i quali fidano sulla garanzia prestata o comunque la prendono in considerazione come elemento determinante nel momento in cui si inducono a contrattare con l'imprenditore garantito, così determinando un diverso e più favorevole andamento dell'attività di impresa – e quindi esulando dal concetto di consumo o bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore”* (Cass. 5 dicembre 2016, n. 24846).

³⁷ Può essere sottolineato che *“l'interrogativo di fondo diventa allora il seguente: quanto è ragionevole una decisione che si rifacesse (come pure dovrebbe essere) al tempus regit actum, pur nella consapevolezza che, al tempo del decidere, sono mutati non uno bensì due orientamenti giurisprudenziali rispetto al momento dell'instaurazione dell'azione esecutiva. Di là dal fatto che nel caso specifico ci sembra più pertinente al problema la formula, autorevolmente coniata, del tempus regit processum, proprio per indicare che certezza e prevedibilità della disciplina processuale vale in relazione all'intero processo (o meglio, in relazione agli interi gradi di esso), sì da renderlo immune a cambiamenti quando è ancora in corso”,* così S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di dure recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 5, 1265 ss., che richiama R. CAPONI, *Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio tempus regit processum fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 188 ss.; R. CAPONI, *Tempus regit processum. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 449 ss.

³⁸ Si fa riferimento al principio per cui *“i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo – alla stregua della giurisprudenza comunitaria – all'entità della partecipazione al capitale sociale nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore”* (Cass. 24 gennaio 2020, n. 1666).

In senso conforme, Cass. 16 gennaio 2020, n. 742; Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225. Per la giurisprudenza di merito, App. Torino, 28 maggio 2020; Trib. Torino 29 gennaio 2021; Trib. Torino 13 novembre 2020; Trib. Bergamo 9 ottobre 2020.

³⁹ La Corte di Giustizia ha affermato che *“Gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva si applica a un contratto di garanzia immobiliare stipulato tra persone fisiche e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tali persone fisiche hanno agito per scopi che esulano dalla loro attività professionale e non hanno alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società, circostanze queste che spetta al giudice del rinvio verificare”* (C. Giust., 14 settembre 2016, C-534/15, caso Dumitras).

Per giungere a tale conclusione, può essere rilevato che *“un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce, dal punto di vista delle parti contraenti esso si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito [...]. Nel caso di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività profes-*



posizione giurisprudenziale, nell'applicazione della disciplina di tutela del consumatore alla posizione del fideiussore, occorrerebbe avere riguardo non all'obbligazione garantita, ma alle caratteristiche soggettive del garante.

In base a tale ricostruzione interpretativa, laddove il soggetto garantito sia connotato dalla veste societaria, il garante persona fisica potrebbe, dunque, essere qualificato come consumatore, valutando la non assunzione di cariche amministrative e l'entità ridotta della partecipazione al capitale societario.

Conseguentemente, nel caso in esame le ragioni di tutela effettiva del consumatore acquisiscono maggiore pregnanza, in quanto al carattere soltanto implicito del giudicato in ordine alla presenza di clausole abusive nel contratto deve aggiungersi l'incolpevole ignoranza per il consumatore circa la propria qualifica soggettiva nell'ambito temporale individuato dal legislatore nazionale ai fini dell'instaurazione del giudizio di opposizione. Tale elemento contribuirebbe a rendere impossibile o eccessivamente difficile per il consumatore esercitare i diritti ad esso garantiti dalla normativa interna di recepimento della direttiva 93/13/CEE.

Anche in questa ipotesi, dunque, le ragioni di certezza dei rapporti giuridici sottese al principio di stabilità del giudicato si contrappongono rispetto alle esigenze di tutela processuale del consumatore, che, a fronte del mutamento giurisprudenziale non prevedibile, si vedrebbe privato di quei “*rimedi giurisdizionali necessari*” e di quella “*tutela giurisdizionale effettiva*”, ad esso garantite dalle fonti del diritto dell'Unione Europea⁴⁰.

3. – Per rispondere agli interrogativi sollevati dalle domande di pronuncia pregiudiziale del Tribunale di Milano, che toccano alla radice la struttura dell'ordinamento processuale interno, risulta necessario ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale della Corte in Giustizia, così da comprendere i termini del possibile bilanciamento tra autonomia dell'ordinamento interno, stabilità del giudicato ed effettività della tutela del consumatore.

I diritti derivanti dalle fonti dell'Unione Europea sono presidiati dagli strumenti processuali predisposti dall'ordinamento interno. Il legislatore nazionale gode di autonomia nel disciplinare i mezzi di tutela giudiziaria di cui possono avvalersi i singoli in caso di lesione delle posizioni soggettive di fonte unionale, mancando una specifica competenza sul punto dell'Unione Europea e la correlativa limitazione di sovranità degli Stati membri.

Cionondimeno, il legislatore interno non potrebbe vanificare la portata dei diritti garantiti sul piano so-

nale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata” (C. Giust., 19 novembre 2015, C-74/15, caso Tarcau).

⁴⁰ Le questioni pregiudiziali rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea dall'ordinanza del Trib. Milano 31 ottobre 2019 (C-831/19) sono state, pertanto, le seguenti: “a) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato, allorché il consumatore, avuta consapevolezza del proprio status (consapevolezza precedentemente preclusa dal diritto vivente), richieda di effettuare un simile sindacato.

b) Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento come quello nazionale che, a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice dell'esecuzione, chiamato a decidere su un'opposizione all'esecuzione proposta dal consumatore, di rilevare una simile vessatorietà e se una simile preclusione possa ritenersi esistente anche ove, in relazione al diritto vivente vigente al momento della formazione del giudicato, la valutazione della vessatorietà della clausola era preclusa dalla non qualificabilità del fideiussore come consumatore”.



stanziale dalle fonti sovranazionali. Al riguardo, la Corte di Giustizia, a partire dal caso *Rewe* (decisione 16 dicembre 1976, C-33/76) ha sottoposto l'autonomia degli ordinamenti nazionali ai principi di equivalenza ed effettività, in chiave di funzionalizzazione del diritto processuale interno all'attuazione del diritto sostanziale dell'Unione Europea⁴¹.

In base al principio di equivalenza⁴², la tutela apprestata dal legislatore interno per i diritti di fonte unionale non può risultare meno efficace o favorevole rispetto a quella garantita ad analoghe posizioni soggettive fondate su norme nazionali. Il principio di equivalenza ha, pertanto, carattere comparatistico e relazionale, basandosi su un giudizio di confronto tra la tutela processuale garantita dal diritto interno rispetto a posizioni di fonte rispettivamente nazionale e sovranazionale.

In applicazione del principio di effettività⁴³, il legislatore interno non può prevedere una disciplina processuale che renda, in pratica, impossibile la tutela della posizione giuridica garantita dal diritto dell'Unione Europea. A differenza del principio di equivalenza, il principio di effettività ha dunque carattere assoluto e non relazionale, implicando una valutazione incentrata sull'accessibilità della tutela predisposta dal diritto interno a vantaggio del beneficiario della situazione soggettiva disciplinata dal diritto sovranazionale.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare nel caso *Kone* (decisione 5 giugno 2014, C-557/12), ha successivamente esteso la portata del principio di effettività⁴⁴.

⁴¹ Il rapporto tra autonomia processuale dell'ordinamento interno e rispetto dei principi di equivalenza ed effettività è stato così tracciato nei termini per cui "in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale. Gli artt. 100 – 102 e 235 del Trattato consentono, eventualmente, di adottare i provvedimenti necessari per ovviare alle divergenze fra le relative disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dei vari Stati membri, qualora tali divergenze risultassero atte a provocare distorsioni o a nuocere al funzionamento del mercato comune. In assenza di siffatti provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare" (C. Giust., 16 dicembre 1976, C-33/76, caso *Rewe*).

Al riguardo, in dottrina, N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il processo civile*, in *Riv. Trim.*, 2002, 1171 ss.; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradiselost?*, Torino, 2009, 20 ss.; P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore*, in *Le Corti Umbre*, 2017, n. 3, p. 533.

⁴² Con riguardo all'applicazione del principio di equivalenza, A. BIONDI, *The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: not such a Though Relationship*, in *Comm. Mark law rev.*, 1999, 1274 ss.; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Un. Eu.*, 2001, 77 ss.; A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eu.*, 2001, 77 ss.; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

⁴³ Con specifico riguardo all'incidenza del principio di effettività sull'autonomia processuale dell'ordinamento interno, R. CONTI, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, 479 ss.; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 659 ss.; G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 2014, 1 ss.; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 825 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 907 ss.; A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea e il diritto privato*, 2016, 199 ss.; G. PALMA, *Contratti del consumatore – autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 9, 1143 ss.; I. PAGNI, voce «Effettività della tutela giurisdizionale», in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano, 2017, 355 ss.; F. AULETTA, *L'effettività nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 405 ss.; N. TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 15 ss.; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1 ss.

⁴⁴ La fattispecie riguardava la compatibilità tra la normativa interna in tema di risarcimento del pregiudizio derivante da intesa restrittiva della concorrenza e la disciplina dell'Unione Europea di cui all'art. 101 TFUE, alla luce del principio di effettività. In parti-



Il diritto ad un ricorso effettivo, avente la portata di principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, viene ad essere inteso non soltanto come limite alla disposizioni interne che rendano, in pratica, impossibile l'esercizio di un diritto garantito dall'ordinamento dell'Unione Europea, ma anche come parametro di valutazione delle norme nazionali che rendano eccessivamente difficile l'esercizio in sede giudiziaria di tali posizioni soggettive.

Ciò premesso sul piano generale, la tutela del titolare di situazioni giuridiche presidiate dall'ordinamento dell'Unione Europea acquista particolare rilievo con riguardo alla posizione del consumatore, posto in una situazione di inferiorità negoziale rispetto al professionista, sia sul piano del livello d'informazione, sia in relazione al potere di contrattazione nel corso delle trattative.

Al riguardo, fin dal caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores* (decisione 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98), la Corte di Giustizia ha riconosciuto come la stessa struttura del sistema di tutela apprestato dalla direttiva 93/13/CEE si basi sul riconoscimento della posizione di debolezza negoziale del consumatore rispetto al professionista. Conseguentemente, l'obiettivo, consistente nella eliminazione della pratica consistente nell'inserimento da parte dei professionisti nei contratti stipulati con i consumatori di clausole abusive, non potrebbe essere conseguito ove l'accertamento della nullità di protezione di tali previsioni contrattuali fosse lasciata alla sola iniziativa del consumatore⁴⁵.

Condizione necessaria per ritenere effettiva la tutela del consumatore, ossia non impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti ad esso garantiti sul piano sovranazionale, consiste allora nel riconoscimento di un potere officioso in capo ad un organo giurisdizionale in relazione all'accertamento della nullità di protezione. In altre parole, la tutela del consumatore potrebbe ritenersi garantita soltanto se, nel corso del

colare, viene rilevato che *“In assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno risultante da un'intesa o da una pratica vietati dall'articolo 101 TFUE, ivi comprese quelle relative all'applicazione della nozione di nesso di causalità, sempreché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività. In tal senso, le norme applicabili alle azioni dirette a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dall'effetto diretto del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni di natura interna (principio di equivalenza) e non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) [...] Orbene, la piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuto rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza”* (C. Giust., 5 giugno 2014, C-557/12, caso *Kone*).

⁴⁵ La Corte di Giustizia ha, infatti, rilevato che *“l'obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole vessatorie non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi la illiceità di tali clausole. In controversie di valore spesso limitato, gli onorari dei legali possono essere superiori agli interessi in gioco, il che può dissuadere il consumatore dall'opporsi all'applicazione di una clausola vessatoria. Sebbene in controversie del genere le norme processuali di molti Stati membri consentano ai singoli di difendersi da soli, esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere l'illiceità della clausola oppostagli. Ne discende che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola. Del resto [...], il sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la diseguaglianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale. Per questo motivo l'art.7 della direttiva, il quale al n. 1 impone agli Stati membri di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive, precisa al n. 2 che tali mezzi comprendono la possibilità per le organizzazioni di consumatori riconosciute di adire le autorità giudiziarie perché queste accertino se clausole redatte per un uso generalizzato siano vessatorie e, eventualmente, ne dichiarino l'illiceità, anche quando esse non siano state inserite in un contratto determinato”* (C. Giust., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*). Al riguardo, A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 179 ss.



processo, vi sia un organo giurisdizionale che esamini d'ufficio la natura eventualmente abusiva delle clausole predisposte dal professionista⁴⁶.

A ciò deve aggiungersi che la giurisprudenza del caso *Pannon* (decisione 4 giugno 2009, C-243/08) ha ritenuto che la tutela effettiva del consumatore presupponga non soltanto il potere, ma il dovere di rilevazione officiosa da parte del giudice della nullità di protezione delle clausole elaborate dal professionista⁴⁷. Nel caso in cui emergano nel processo gli elementi di fatto e di diritto necessari a tal fine, il giudice avrebbe non solo il potere, ma il dovere di procedere alla dichiarazione di inefficacia della previsione negoziale.

Il potere di rilevazione officiosa del giudice è stato ulteriormente esteso dalla successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, come emerge dal caso *Faber* (decisione 4 giugno 2015, C-497/13), ha affermato che rientri nell'ambito di tale cognizione non solo un controllo officioso in ordine al contenuto del contratto stipulato, ma anche la rilevazione della stessa qualità di consumatore, anche ove questa non sia stata allegata dalla parte⁴⁸.

A fronte del dovere di rilevazione officiosa della nullità di protezione da parte del giudice, perde evidentemente rilevanza il principio di necessaria iniziativa processuale del soggetto leso nelle sue posizioni giuridiche, con la correlazione tra la domanda di parte e la decisione della controversia.

La giurisprudenza del caso *Duarte Hueros* (decisione 3 ottobre 2013, C-32/12) ha così affermato il dovere del giudice di pronunciarsi anche sulle domande non proposte dal consumatore, nella prospettiva del soc-

⁴⁶ Con riguardo al rilievo officioso della nullità di protezione, I. PRISCO, *Il rilievo d'ufficio delle nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1227 ss.; L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1366 ss.; R. ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1141 ss.; F. DELLA NEGRA, *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, in *Pers. e merc.*, 2014, 71 ss.; N. RUMINE, *La giurisprudenza della C. Giust. dell'Unione Europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 9, 1244 ss.

⁴⁷ Risulta rilevante il passaggio argomentativo per cui "la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista. Il giudice adito ha dunque il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva. Di conseguenza, il ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, incluso il caso in cui deve pronunciarsi sulla propria competenza territoriale" (C. Giust., 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*).

⁴⁸ Anche in tale ipotesi, l'estensione dei poteri di accertamento officioso del giudice risultano collegati con il principio di effettività della tutela del consumatore, come si può desumere dall'argomentazione per cui "modalità processuali che, come potrebbe verificarsi nel procedimento principale, vietino sia al giudice di primo grado che al giudice di appello, investiti di una domanda di garanzia fondata su un contratto di vendita, di qualificare, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispongono o di cui possono disporre su semplice domanda di chiarimenti, il rapporto contrattuale in oggetto alla stregua di vendita al consumatore, laddove quest'ultimo non abbia espressamente rivendicato tale qualità, equivarrebbero ad assoggettare il consumatore all'obbligo di procedere da sé, a pena di perdere i diritti che il legislatore dell'Unione ha inteso conferirgli [...]. Ne discende che modalità processuali come quelle descritte al punto precedente non sarebbero conformi al principio di effettività in quanto sarebbero tali da rendere eccessivamente difficile applicare la tutela [...]. Al contrario, il principio di effettività richiede che il giudice nazionale adito nel contesto di una controversia vertente su un contratto che possa entrare nell'ambito di applicazione della citata direttiva, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine o possa disporre su semplice domanda di chiarimenti, sia tenuto a verificare se l'acquirente possa essere qualificato come consumatore, anche se quest'ultimo non ha espressamente rivendicato questa qualità" (C. Giust., 4 giugno 2015, C-497/13, caso *Faber*). Al riguardo, si veda anche F.P. PATTI, *Tutela effettiva del consumatore nella vendita: il caso Faber*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, 10 ss.



corso giudiziario alla parte debole del rapporto e del ripristino di una situazione di equilibrio tra le posizioni sostanziali dei contraenti⁴⁹.

Con specifico riguardo alla tutela del consumatore dalle clausole abusive nell'ambito del procedimento monitorio, la giurisprudenza del caso *Banco Espanol de Credito* (decisione 14 giugno 2012, C-618/10) ha soffermato la propria attenzione sull'ordinamento spagnolo all'epoca vigente, ritenendo incompatibile con il principio di effettività la normativa nazionale che impediva al giudice investito della domanda di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola contrattuale⁵⁰.

Pertanto, anche in un procedimento contraddistinto dall'iniziale mancanza dell'instaurazione del contraddittorio tra le parti, il giudice deve esercitare i propri poteri officiosi al fine di rilevare la qualifica di consumatore e, conseguentemente, ritenere inefficaci le eventuali clausole abusive predisposte dal professionista. L'applicazione del potere di rilevazione officiosa delle clausole abusive da parte del giudice del procedimento monitorio dimostra come la tutela del consumatore risulti radicalmente slegata dall'iniziativa di parte, per essere affidata al ricorso ai poteri officiosi dell'organo giurisdizionale.

L'incisività della tutela del consumatore rispetto all'utilizzo da parte del professionista di clausole abusive trova, infine, conferma nell'affermazione, evincibile dalla giurisprudenza dei casi *Mostaza Claro* (decisione 26 ottobre 2006, C-168/05) e *Aziz* (decisione 14 marzo 2013, C-415/11), relativa al carattere di norma imperativa e di ordine pubblico dell'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE, che sancisce l'inefficacia delle clausole vessatorie⁵¹.

⁴⁹ Come evidente, si assiste ad una progressiva estensione dei poteri di rilevazione officiosa del giudice, nella prospettiva della tutela effettiva del consumatore, anche disapplicando il principio di conformità tra chiesto e pronunciato. Infatti, “*sussiste un rischio non trascurabile che il consumatore interessato non proponga una domanda in subordine – la quale, del resto, perseguirebbe una tutela inferiore a quella cui mira la domanda in via principale – vuoi a causa dell’obbligo particolarmente rigido di concomitanza con quest’ultima, vuoi perché ignora o non comprende la portata dei suoi diritti. Ciò premesso, è d’obbligo dichiarare che un regime processuale di questo genere, non consentendo al giudice nazionale di riconoscere d’ufficio il diritto del consumatore ad ottenere una congrua riduzione del prezzo di vendita del bene, sebbene tale consumatore non sia autorizzato né a precisare la sua domanda iniziale né a proporre un nuovo ricorso a questo fine, è idoneo ad arrecare pregiudizio all’effettività della tutela dei consumatori voluta dal legislatore dell’Unione*” (C. Giust., 3 ottobre 2013, C-32/12, caso *Duarte Hueros*).

⁵⁰ Plurimi i passaggi argomentativi rilevanti contenuti in tale pronuncia. Anzitutto, viene rilevata la necessità di un bilanciamento tra l'autonomia procedurale dell'ordinamento interno e l'effettività della tutela del consumatore, in quanto “*in mancanza di armonizzazione dei meccanismi nazionali di recupero di crediti non contestati, le modalità di attuazione dei procedimenti nazionali d’ingiunzione di pagamento rientrano nell’ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell’autonomia processuale di questi ultimi, a condizione, tuttavia, che tali modalità non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dal diritto dell’Unione (principio di effettività)*”.

Con riguardo alla disciplina interna del diritto spagnolo, viene rilevato che “*in forza degli articoli 815, paragrafo 1, e 818, paragrafo 1, del codice di procedura civile, il giudice nazionale investito di una domanda d’ingiunzione di pagamento gode di una competenza limitata al solo accertamento dell’esistenza delle condizioni formali di instaurazione di tale procedimento, in presenza delle quali esso deve accogliere la domanda della quale è investito e rendere un’ingiunzione esecutiva senza poter esaminare, in limine litis, né in qualsiasi altra fase del procedimento, la fondatezza della domanda alla luce delle informazioni di cui dispone, a meno che il debitore si rifiuti di saldare il suo debito o proponga opposizione entro 20 giorni decorrenti dalla data della notifica di tale ingiunzione*”.

Dunque, dal raffronto di tale disciplina con il livello di tutela imposto dall'applicazione del principio di effettività, è emerso che “*si deve constatare che un simile regime procedurale, che istituisce un’impossibilità per il giudice investito di una domanda d’ingiunzione di pagamento di esaminare d’ufficio [...] la natura abusiva delle clausole inserite in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest’ultimo, può compromettere l’effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13. Infatti, tenuto conto dello svolgimento complessivo e delle peculiarità del procedimento d’ingiunzione di pagamento, sussiste un rischio non trascurabile che i consumatori interessati non proponano l’opposizione richiesta a causa del termine particolarmente breve previsto a tal fine, ovvero poiché possono essere dissuasi dal difendersi tenuto conto delle spese che un’azione giudiziaria implicherebbe*” (C. Giust., 14 giugno 2012, C-618/10, caso *Banco Espanol de Credito*).

⁵¹ Con riguardo alla prima decisione, risulta rilevante l'argomento per cui “*nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle*



Pertanto, risultando tale norma strettamente correlata con il potere di rilevazione officiosa da parte del giudice, senza il quale la disciplina di tutela sostanziale non potrebbe raggiungere i suoi scopi, anche l'iniziativa officiosa dell'organo giurisdizionale nella tutela del consumatore viene ad acquisire carattere imperativo rispetto agli ordinamenti nazionali.

Tuttavia, nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia assume un rilievo centrale anche il principio di stabilità del giudicato⁵², con le correlate esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, nell'ambito del diritto alla buona amministrazione della giustizia.

In questa prospettiva, la giurisprudenza del caso *Eco Swiss* (decisione 1 giugno 1999, C-126/97) ha avuto modo di rilevare che dal diritto dell'Unione Europea non discenda l'obbligo per il giudice di disapplicare la disciplina in materia della formazione del giudicato, anche nel caso in cui tale disapplicazione costituita lo strumento per la tutela delle posizioni giuridiche riconosciute da tale ordinamento⁵³.

Tale giurisprudenza si riconnette al principio di autonomia dell'ordinamento nazionale nella disciplina degli strumenti processuali diretti alla tutela delle posizioni sostanziali riconosciute dal diritto dell'Unione Europea. Tuttavia, l'autonomia del diritto interno nella conformazione della tutela processuale incontra i limiti relativi al principio di equivalenza e di effettività.

Così ragionando, l'autonomia dell'ordinamento interno nella disciplina della stabilità del giudicato incontra o può incontrare il limite derivante dalla necessità di garantire al consumatore una tutela effettiva ed equivalente a quella apprestata per le posizioni soggettive tutelate dal diritto nazionale.

*proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione delle norme comunitarie di tale tipo [...]. Considerato quanto precede, occorre risolvere la questione dichiarando che la direttiva dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva" (C. Giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, caso *Mostaza Claro*).*

In relazione alla seconda decisione, il carattere imperativo della disciplina in materia di nullità di protezione viene confermata, rilevando che "il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione. Alla luce di una siffatta situazione di inferiorità, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva prevede che le clausole abusive non vincolino i consumatori. Come emerge dalla giurisprudenza, si tratta di una disposizione imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime" (C. Giust., 14 marzo 2013, C-415/22, caso *Aziz*).

⁵² La rilevanza del principio di stabilità del giudicato per l'ordinamento dell'Unione Europea emerge, sia pure nel bilanciamento con altri valori, in plurime pronunce, tra cui C. Giust., 30 settembre 2003, C-224/01, caso *Kobler*; C. Giust., 13 gennaio 2004, C-453/00, caso *Kühne & Heitz*, in *Urb App.*, 2004, 1151 ss., con nota di R. CARANTA, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*; C. Giust., 18 luglio 2007, C-119/05, caso *Lucchini*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 224 ss., con nota di C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della C. Giust.: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro*; C. Giust., 16 marzo 2006, C-234/04, caso *Kapferer*, in *Giur. it.*, 2007, 1089 ss., con nota C. DI SERI, *L'intangibilità delle sentenze anticomunitarie*. Per la ricostruzione organica di tale giurisprudenza, P. PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore*, in *Le Corti Umbre*, 2017, n. 3, p. 529.

⁵³ Tale pronuncia risulta rilevante nella prospettiva della tutela del giudicato, stante l'affermazione per cui "in base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva, che non ha costituito oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge, acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 81 CE" (C. Giust., 1 giugno 1999, C-126/97, caso *Eco Swiss*). Al riguardo, C. ONNIBONI, *Compatibilità del diritto comunitario con le norme procedurali nazionali in tema di passaggio in giudicato di una decisione arbitrale parziale*, in *Corr. giur.*, 2000, 32 ss.



Le esigenze di stabilità del giudicato e di tutela del consumatore hanno trovato un primo bilanciamento nel caso *Asturcom Telecomunicaciones* (decisione 6 ottobre 2009, C-40/08), nell'ambito del quale la Corte di Giustizia ha esaminato la compatibilità con i principi di equivalenza ed effettività della tutela dell'ordinamento spagnolo, nella parte in cui precludeva al giudice, investito della domanda di esecuzione di un lodo non impugnato, la possibilità di esaminare d'ufficio la vessatorietà della clausola che determinava la sede del giudizio arbitrale.

In tale ipotesi, che presenta plurimi profili di contatto con le questioni pregiudiziali sollevate da ultimo dal Tribunale di Milano, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il principio di effettività della tutela non potesse imporre di disapplicare la disciplina in materia di formazione del giudicato, in modo da consentire al giudice di supplire ad un'omissione processuale del consumatore⁵⁴.

Diverso esito ha avuto la valutazione di conformità di tale disciplina con il principio di equivalenza. L'ordinamento spagnolo prevedeva, infatti, il potere del giudice dell'esecuzione, nonostante la formazione del giudicato, di rilevare d'ufficio la contrarietà della clausola compromissoria con le norme nazionali di ordine pubblico. Tuttavia, anche alla disciplina di tutela del consumatore avrebbe dovuto riconoscersi, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il rango di norma imperativa, vincolante per gli ordinamenti nazionali. Allora, in base al principio di equivalenza, anche il contrasto tra la clausola compromissoria e la normativa in tema di clausole abusive avrebbe dovuto giustificare la sussistenza del medesimo potere di rilevazione officiosa in capo al giudice dell'esecuzione⁵⁵.

⁵⁴ Questa decisione riveste importanza centrale in relazione alla tutela del giudicato, nella prospettiva dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, stante l'affermazione per cui *“al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione. Di conseguenza, secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione [...] Il rispetto del principio di effettività non può, in circostanze come quelle della causa principale, giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti [...], ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo”* (C. Giust., 6 ottobre 2009, C-40/08, caso *Asturcom Telecomunicaciones*).

In tema, S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la C. Giust.: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 491 ss.; G. RAITI, *Le pronunce Olimpiclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata crisi del giudicato civile nazionale nella giurisprudenza della C. Giust.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 3, 670 ss.; R. CONTI, *C'era una volta il... giudicato*, in *Corr. giur.*, 2010, 173 ss.; H. SCHEBESTA, *Does the National Court know European Law? A note on ex officio application after Asturcom*, in *European Review of Private Law*, 2010, 858 ss.

⁵⁵ Rilevante in questo senso il passaggio della motivazione in cui si afferma *“Per quanto riguarda, in secondo luogo, il principio di equivalenza, quest'ultimo esige che le condizioni imposte dal diritto nazionale per applicare d'ufficio una norma di diritto comunitario non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano l'applicazione d'ufficio delle norme di pari rango del diritto nazionale [...] Occorre precisare che l'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13 è una norma imperativa. Si deve, inoltre, rilevare che, secondo la giurisprudenza della Corte, tale direttiva, nella sua integralità, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. t), CE, costituisce un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità europea [...] Così, date la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva 93/13 garantisce ai consumatori, si deve constatare che il suo art. 6 deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico. Ne consegue che, qualora un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo debba, secondo le norme procedurali interne, valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, egli è parimenti tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6 della direttiva 93/13, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine”* (C. Giust., 6 ottobre 2009, C-40/08, caso *Asturcom Telecomunicaciones*).



Occorre, però, osservare che tale giurisprudenza risulta rilevante, in relazione all'ordinamento interno, soltanto nella parte attinente alla compatibilità della disciplina sulla formazione del giudicato rispetto al principio di effettività. Infatti, l'ordinamento interno non prevede il superamento del giudicato per la violazione di norme imperative, mentre la valutazione relativa al principio di equivalenza postula la presenza di una disposizione nazionale su cui possa essere fondato un giudizio di comparazione.

Il rapporto tra i principi di stabilità del giudicato e di tutela del consumatore è venuto in rilievo anche nel caso *Finanmadrid* (decisione 18 febbraio 2016, C-49/14), avente specificamente ad oggetto la questione relativa al potere del giudice dell'esecuzione di valutare d'ufficio il carattere abusivo della previsione contrattuale, a seguito della formazione del giudicato per mancata opposizione del debitore nel corso del procedimento monitorio⁵⁶.

In questo caso, la Corte di Giustizia ha affermato il contrasto con il principio di effettività della disciplina interna che vincoli il giudice dell'esecuzione al rispetto del giudicato, precludendo la dichiarazione di inefficacia delle clausole vessatorie nel corso del procedimento di espropriazione⁵⁷.

L'affermazione di tale principio sembrerebbe decretare l'incondizionata prevalenza della tutela consumeristica sul principio di certezza dei rapporti giuridici. Eppure, prima di giungere a tale conclusione, occorre contestualizzare la pronuncia richiamata rispetto alle specificità dell'ordinamento spagnolo, in relazione al quale il principio di diritto ha trovato affermazione.

Mentre la sentenza *Banco Espanol de Credito* (decisione 14 giugno 2012, C-618/10) affermava, relativamente alla disciplina processuale spagnola previgente, la necessità di riconoscere in capo al giudice del procedimento monitorio il potere di rilevare d'ufficio la presenza di clausole abusive, il legislatore spagnolo procedeva, con la l. n. 13/2009, ad una riforma strutturale del processo d'ingiunzione. In particolare, al fine di rendere maggiormente celere il recupero dei crediti, la riforma legislativa spagnola attribuiva il potere di emanare le ingiunzioni di pagamento in capo al *Secretario judicial*, ossia ad un soggetto non qualificabile come giudice, ma come funzionario giudiziario con compiti di cancelleria⁵⁸.

⁵⁶ Per l'analisi della pronuncia, G. PALMA, *Contratti del consumatore – autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 9, 1143 ss.; N. RUMINE, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, 9, 1244 ss.

⁵⁷ In questo senso, la statuizione per cui “*La direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non consente al giudice investito dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, ove l'autorità investita della domanda d'ingiunzione di pagamento non sia competente a procedere a una simile valutazione*” (C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

⁵⁸ Nel ripercorrere l'evoluzione legislativa che ha interessato l'ordinamento spagnolo, la pronuncia ha rilevato che “*occorre ricordare, in via preliminare, che la Corte si è già pronunciata, nella sentenza Banco Espanol de Credito, sulla natura delle responsabilità che incombono al giudice nazionale, in forza delle disposizioni della direttiva 93/13, nell'ambito di un procedimento d'ingiunzione di pagamento, laddove il consumatore non abbia proposto opposizione contro l'ingiunzione emessa nei suoi confronti. Nella suddetta sentenza la Corte ha statuito, in particolare, che la direttiva 93/13 dev'essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che non consente al giudice investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento di esaminare d'ufficio [...] la natura abusiva di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo. Occorre rilevare che la legislazione nazionale, nella versione applicabile alla controversia nell'ambito della quale è stata presentata la domanda di pronuncia pregiudiziale che ha dato luogo alla sentenza Banco Espanol de Credito, conferiva al giudice, e non al Secretario judicial, la competenza ad adottare una decisione d'ingiunzione di pagamento.*”

Orbene, a partire dalla riforma introdotta con la legge 13/2009 (BOE n. 266, del 4 novembre 2009), entrata in vigore il 4 maggio 2010, spetta ormai al Secretario judicial, nei casi di inottemperanza all'ingiunzione di pagamento da parte del debitore o di



Tale soggetto, sfornito di potere giurisdizionale in senso proprio e dotato di cognizione sulla controversia soltanto in relazione all'accertamento dei presupposti per l'emanazione dell'ingiunzione di pagamento, risultava privo del potere di svolgere un sindacato officioso in merito alla qualificabilità come vessatorie delle pattuizioni negoziali previste dalle parti. Inoltre, ove anche un simile controllo fosse stato effettuato, non si sarebbe trattato, in ogni caso, di un sindacato svolto da un organo giurisdizionale in senso proprio, in grado di garantire l'effettività della tutela del consumatore⁵⁹.

Conseguentemente, emergono le specificità della disciplina del procedimento ingiuntivo regolato dall'ordinamento spagnolo, che hanno giustificato la pronuncia in esame. Anzitutto, per proporre opposizione avverso il provvedimento ingiuntivo, il consumatore spagnolo disponeva di un termine breve di venti giorni, con il rischio non trascurabile di mancato ricorso alla tutela giurisdizionale. Inoltre, in caso di mancata opposizione al provvedimento ingiuntivo, si sarebbe verificata la formazione di un giudicato senza che alcun organo giurisdizionale avesse mai avuto la cognizione in ordine alla pretesa azionata dal creditore, non potendo dunque essere esercitati i poteri di rilevazione officiosa dell'inefficacia delle clausole abusive⁶⁰.

Dunque, in mancanza di tempestiva opposizione, il consumatore sarebbe stato destinatario di un giudicato formatosi senza che fosse mai avvenuto lo scrutinio giurisdizionale in ordine al carattere abusivo delle pattuizioni predisposte dal professionista. Il primo organo giurisdizionale sarebbe intervenuto, invece, in una fase successiva alla formazione del giudicato, ossia nel procedimento di esecuzione. Il principio di necessaria predisposizione a vantaggio del consumatore di un ricorso effettivo ha, dunque, condotto la Corte di Giustizia a riconoscere in capo al giudice dell'esecuzione spagnolo il dovere di svolgere lo scrutinio circa la presenza di clausole vessatorie, con il conseguente giudizio di inefficacia delle stesse⁶¹.

*mancata comparizione di quest'ultimo dinanzi al tribunale, emettere un decreto, dotato dell'autorità di cosa giudicata, che ponga fine al procedimento d'ingiunzione [...]. In mancanza di armonizzazione dei meccanismi nazionali di esecuzione forzata, le modalità della loro attuazione rientrano nella competenza dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio di autonomia processuale di questi ultimi. Nondimeno, la Corte ha sottolineato che tali modalità devono soddisfare la doppia condizione di non essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe soggette al diritto nazionale e di non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai consumatori dal diritto dell'Unione" (C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).*

⁵⁹ Invece, in base a tale disciplina, l'organo giurisdizionale risulterebbe titolare della cognizione sulla controversia esclusivamente in due ipotesi: nel caso in cui, dubitando della correttezza dell'ammontare del credito azionato, il funzionario titolare del potere di ingiunzione ricorra al giudice, ovvero nel caso in cui l'ingiunto si opponga al provvedimento ingiuntivo, nel termine di venti giorni previsto dalla legge. Diversamente, nell'ipotesi in cui il destinatario dell'ingiunzione non svolga tempestiva opposizione, il provvedimento ingiuntivo acquisterebbe portata di giudicato ed efficacia esecutiva.

⁶⁰ Coerentemente con le specificità dell'ordinamento spagnolo, la Corte di Giustizia ha dunque affermato che *"Nella fattispecie, occorre osservare che lo svolgimento e le peculiarità del procedimento d'ingiunzione di pagamento spagnolo sono tali che, in assenza di circostanze che comportino l'intervento del giudice, tale procedimento è chiuso senza possibilità che venga eseguito un controllo dell'esistenza di clausole abusive in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore. Se, pertanto, il giudice investito dell'esecuzione dell'ingiunzione di pagamento non è competente a valutare d'ufficio l'esistenza di tali clausole, il consumatore, di fronte a un titolo esecutivo, potrebbe trovarsi nella situazione di non poter beneficiare, in nessuna fase del procedimento, della garanzia che venga compiuta una tale valutazione. Orbene, alla luce di quanto considerato, occorre constatare che un simile regime processuale è tale da compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13. Tale tutela effettiva dei diritti derivanti da tale direttiva, infatti, può essere garantita solo a condizione che il sistema processuale nazionale consenta, nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento o di quello di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento, un controllo d'ufficio della potenziale natura abusiva delle clausole inserite nel contratto di cui trattasi. Tale considerazione non può essere messa in discussione laddove il diritto processuale nazionale, come quello di cui al procedimento principale, conferisca alla decisione adottata dal «Secretario judicial» autorità di cosa giudicata e le riconosca effetti analoghi a quelli di una decisione giurisdizionale"* (C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

⁶¹ La stretta correlazione tra lo svolgimento della cognizione sul credito azionato in via monitoria da parti di un organo non giuri-



Correlativamente, dovrebbe affermarsi che il giudicato, connotato dall'assenza del vaglio di un giudice sulla presenza di clausole abusive nel contratto, sia un giudicato non correttamente formatosi su tale questione, suscettibile dunque di essere sottoposta alla cognizione di ogni altro organo giurisdizionale, incluso il giudice investito dell'esecuzione del credito derivante dal contratto⁶².

Da ultimo, la necessità che almeno un giudice durante il processo svolga l'accertamento in ordine alla presenza di clausole vessatorie nel contratto è stata affermata nel caso *Banco Primus SA* (decisione 26 gennaio 2017, C-421/14).

Nell'ambito di tale pronuncia, la Corte di Giustizia ha avuto modo di riaffermare la stretta correlazione esistente tra lo svolgimento da parte di un giudice dell'esame in ordine al carattere vessatorio delle clausole presenti nel contratto e la stabilità del giudicato formatosi in relazione alla natura non abusiva di tali pattuizioni. Alla luce di tale pronuncia, infatti, non potrebbe sussistere una violazione del principio di effettività della tutela nel caso in cui l'ordinamento interno vietasse al giudice nazionale di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole, quando sia già stato statuito sulla legittimità delle stesse con una decisione munita di autorità di cosa giudicata⁶³.

Inoltre, alla luce di tale sentenza, il legame tra il rilievo giudiziario officioso della vessatorietà delle clausole contrattuali e la stabilità del giudicato deve intendersi tale, che l'effettuazione da parte del giudice di un sindacato d'ufficio limitato ad una parte delle pattuizioni inserite nel contratto, renderebbe doveroso, in caso di opposizione all'esecuzione svolta dal consumatore, l'effettuazione di un accertamento da parte del giudice dell'esecuzione in ordine al carattere abusivo delle clausole non analizzate dal primo giudice⁶⁴.

sdizionale e l'affermazione del principio della cedevolezza del giudicato, con conseguente accertamento in sede esecutiva della vessatorietà delle previsioni contrattuali, ha condotto il legislatore spagnolo a procedere ad un'ulteriore riforma della disciplina del procedimento monitorio, attuata con la l. n. 42/2015.

In particolare, la cognizione nel procedimento monitorio viene ad essere nuovamente affidata ad un giudice, dotato del potere di pronunciarsi in via officiosa sulla natura vessatoria delle clausole inserite nel contratto. Tale riforma risulta, evidentemente, preordinata ad impedire lo spostamento nella fase dell'esecuzione dell'effettuazione di una cognizione in merito all'efficacia delle pattuizioni contrattuali.

⁶² Al riguardo, potrebbe dunque essere rilevato che *“la Corte sembrerebbe legare a doppio filo il rispetto del diritto di difesa del consumatore (inteso in maniera più pregnante, proprio in ragione della debolezza che il legislatore comunitario presume caratterizzarlo e affliggerlo) e la res indicata come limite all'attuazione ope legis del diritto comunitario sostanziale. Se tale interpretazione è corretta, allora da essa può ricavarsi, in positivo, che nelle controversie in cui è parte il consumatore, il provvedimento che chiude la vicenda processuale può acquistare autorità di cosa giudicata solo in quanto non sia stato violato il diritto di difesa di quest'ultimo. Mentre, in negativo, che ogniqualvolta tale diritto non venga garantito dalle norme processuali nazionali – in particolare, quando il contraddittorio, o perlomeno la sua potenziale esplicazione, siano stati indebitamente da termini processuali eccessivamente serrati e penalizzanti per la parte ritenuta debole sul piano sostanziale – il giudicato non possa considerarsi congruamente formato”*. Così, PICCIONI, *Il giudicato e il diritto di difesa del consumatore*, in *Le Corti Umbre*, 2017, n. 3, p. 548.

⁶³ In questo senso, viene affermato che *“La Corte ha già riconosciuto che la tutela del consumatore non è assoluta. In particolare, essa ha considerato che il diritto dell'Unione non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13, a meno che il diritto nazionale non conferisca a un siffatto giudice tale facoltà in caso di violazione delle norme interne di ordine pubblico. Inoltre, la Corte ha già precisato che, secondo il diritto dell'Unione, il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei consumatori sancisce il diritto di accesso non a un doppio grado di giudizio, ma soltanto a un giudice.*

Da quanto precede risulta che la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che non osta a una norma nazionale che vieta al giudice nazionale di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto concluso con un professionista, quando è già stato statuito sulla legittimità delle clausole del contratto nel loro complesso alla luce di tale direttiva con una decisione munita di autorità di cosa giudicata” (C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*).

⁶⁴ Infatti, la motivazione della pronuncia prosegue sostenendo che *“nell'ipotesi in cui, nell'ambito di un precedente esame di un*



Tracciando una linea di continuità nell'ambito della richiamata giurisprudenza, emerge l'esistenza di una stabile correlazione tra il principio di effettività della tutela del consumatore, lo svolgimento da parte di un organo giurisdizionale dell'accertamento in ordine alla natura vessatoria delle clausole inserite nel contratto e la stabilità del giudicato formatosi all'esito del processo.

Dunque, l'effettuazione del sindacato del giudice in relazione al carattere abusivo delle clausole del contratto garantirebbe l'effettività della tutela del consumatore, con la formazione di un giudicato stabile, non permeabile a poteri di cognizione altrimenti esercitabili in sede esecutiva.

Viceversa, la mancanza di un previo giudizio sulla natura vessatoria delle clausole determinerebbe la non effettività della tutela del consumatore, con conseguente cedevolezza del giudicato e necessario svolgimento da parte del giudice dell'esecuzione dei poteri di cognizione officiosa, non esercitati da altro organo giurisdizionale nel corso del processo.

Da quanto precede sembra potersi affermare che la stabilità del giudicato venga posta in relazione di dipendenza rispetto all'effettività della tutela del consumatore nel corso del processo. Solo un processo in cui si sviluppi una tutela effettiva del consumatore potrebbe dar luogo ad un giudicato stabile.

4. – Alla luce della richiamata evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, l'Avvocato Generale, esprimendosi sulle cause riunite C-693/19 e C-831/19, ha ritenuto che l'art. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, della direttiva 93/13/CEE ostino alla normativa nazionale, nella parte in cui non consente al giudice dell'esecuzione di dichiarare, d'ufficio o su istanza di parte, il carattere vessatorio delle clausole di un contratto, posto alla base di un decreto ingiuntivo passato in giudicato, quando tale accertamento non sia stato compiuto, nel corso del giudizio di cognizione, dall'organo giurisdizionale in modo esplicito e sufficientemente motivato⁶⁵.

Ove tale conclusione dovesse essere condivisa dalla decisione della Corte di Giustizia, verrebbe affermato un principio di diritto dalla portata dirimpente per l'ordinamento interno.

Si assisterebbe, infatti, alla conformazione di un regime giuridico processuale speciale a vantaggio del consumatore, in relazione al quale la stabilità del giudicato avrebbe un ambito di copertura diverso e notevolmente più ristretto, in quanto non suscettibile di ricomprendere sia le ipotesi di giudicato implicito, sia le ipotesi di giudicato esplicito non supportate da sufficiente motivazione.

contratto controverso che abbia portato all'adozione di una decisione munita di autorità di cosa giudicata, il giudice nazionale si sia limitato ad esaminare d'ufficio, alla luce della direttiva 93/13, una sola o talune delle clausole di tale contratto, detta direttiva impone a un giudice nazionale, quale quello di cui al procedimento principale, regolarmente adito dal consumatore mediante un'opposizione incidentale, di valutare, su istanza delle parti o d'ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l'eventuale carattere abusivo delle altre clausole di detto contratto. Infatti, in assenza di un siffatto controllo, la tutela del consumatore si rivelerebbe incompleta ed insufficiente e costituirebbe un mezzo inadeguato ed inefficace per far cessare l'utilizzo di questo tipo di clausole, contrariamente a quanto disposto all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13" (C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*).

⁶⁵ Testualmente, "Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Milano (Italia) come segue: l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori devono essere interpretati, alla luce del principio di effettività, nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che non consente al giudice dell'esecuzione di verificare, d'ufficio o su istanza di una parte, l'abusività delle clausole di un contratto costituente il fondamento di un decreto ingiuntivo passato in giudicato quando tali clausole non sono state oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata alla luce della direttiva citata" (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).



Tale diritto processuale speciale del consumatore sarebbe, inoltre, connotato da ampi poteri di cognizione in capo al giudice dell'esecuzione, in modo tale da consentire, anche in tale fase del processo e mediante lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, al ricorrere delle fattispecie di giudicato implicito e omessa o inidonea motivazione della sentenza, l'accertamento della natura vessatoria delle clausole contrattuali, con effetti sulla quantificazione o sulla stessa esigibilità del diritto di credito azionato.

Nel giudizio di bilanciamento tra tutela del consumatore e stabilità del giudicato, tale ultimo principio verrebbe dunque ad essere sacrificato per consentire la massima espansione del primo⁶⁶.

Nel ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema, è emersa la correlazione tra diritto del consumatore ad una tutela effettiva e attitudine del giudicato ad acquisire stabilità. Tuttavia, la nozione di effettività della tutela ha carattere generale e indeterminato, suscettibile di essere riempita di contenuto in base alla pregnanza che a tale tutela si intenda attribuire.

L'ampiezza assegnata alla disciplina di protezione del consumatore è stata fondata sull'effetto di riequilibrio sostanziale tra la posizione delle parti, determinato dal potere di rilievo officioso da parte del giudice delle clausole vessatorie. Infatti, a tale potere di accertamento del giudice è stato attribuito carattere doveroso ed è stato esteso fino a ricomprendere l'accertamento della stessa qualità di consumatore⁶⁷.

⁶⁶ Nondimeno, occorre osservare come dalle osservazioni della Commissione Europea emerge una ancora più incisiva compromissione delle esigenze di stabilità del giudicato.

In particolare, *“la Commissione sostiene che, per quanto riguarda la causa C-693/19, l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non ostano alla normativa nazionale di cui trattasi, purché essa consenta al giudice la verifica della possibile natura abusiva e la conseguente disapplicazione di una clausola relativa al pagamento di interessi in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento di un obbligo contrattuale. Ciò potrebbe accadere ove essa consenta l'accertamento dell'inesistenza giuridica di un titolo esecutivo limitatamente al credito per tali interessi oppure ove essa permetta al giudice di limitare l'esecuzione, in sede di assegnazione delle somme, al credito risultante dalla eliminazione degli interessi considerati eccessivi.*

Tuttavia, se tale normativa dovesse essere interpretata nel senso che essa non consente al giudice di accertare la presenza di clausole abusive, gli articoli 6 e 7 della direttiva 93/13, interpretati alla luce del principio di effettività, vi osterebbero. Essa afferma che l'autorità di cosa giudicata non si applica a un decreto ingiuntivo nella parte relativa agli interessi su un credito ove il tasso sia eccessivamente elevato e, se rientra nei poteri del giudice dell'esecuzione accertare che l'espropriazione avvenga in virtù di un titolo valido, in forza del principio di equivalenza, rientrerebbe in questi stessi poteri anche l'accertamento della mancata violazione di norme di ordine pubblico, come l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13” (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).

Aderendo a tali osservazioni, il giudicato civile non potrebbe giammai configurarsi relativamente a qualsiasi statuizione in merito alla validità delle clausole abusive predisposte dal professionista. Infatti, ove anche un giudice accertasse in modo esplicito e sufficientemente motivato l'assenza di clausole abusive all'interno del contratto concluso con il consumatore, al giudice dell'esecuzione dovrebbe nondimeno essere sempre consentita la verifica circa la nullità di protezione e la conseguente disapplicazione della clausola, con eventuale nuova quantificazione del credito.

Da queste osservazioni deriverebbe la radicale incompatibilità tra cosa giudicata e tutela del consumatore, con conseguente configurazione del processo di esecuzione come fase ordinariamente predisposta alla cognizione circa l'eventuale carattere vessatorio delle clausole contrattuali. Conseguentemente, il giudice dell'esecuzione non dovrebbe più limitarsi ad accertare l'esistenza del titolo esecutivo, ma dovrebbe estendere la propria cognizione al contenuto intrinseco dello stesso, nell'ambito di un giudizio che dovrebbe svolgersi nel più equilibrato contraddittorio tra le parti.

Come risulta evidente, si tratta di conseguenze paradossali, che porterebbero allo stravolgimento della struttura del processo civile. Senza considerare che si verrebbe a configurare un processo speciale del consumatore, con ricadute di irragionevoli disparità di trattamento rispetto a figure soggettive distinte dal consumatore, ma ugualmente meritevoli di tutela, quali l'impresa posta in rapporto di dipendenza economica.

⁶⁷ In questo senso, le richiamate sentenze C. Giust., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, caso *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*; C. Giust., 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*; C. Giust., 4 giugno 2015, C-497/13, caso *Faber*; C. Giust., 3 ottobre 2013, C-32/12, caso *Duarte Hueros*; C. Giust., 14 giugno 2012, C-618/10, caso *Banco Espanol de Credito*; C. Giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, caso *Mostaza Claro*; C. Giust., 14 marzo 2013, C-415/22, caso *Aziz*; C. Giust., 6 ottobre 2009, C-



Tuttavia, la pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ritenuto soddisfacente ai fini dell'effettività della tutela del consumatore l'esistenza di un sindacato officioso da parte di un organo giurisdizionale in ordine al carattere vessatorio delle previsioni contrattuali, non estendendo giammai l'ambito del principio sino a ricomprendervi le modalità attuative attraverso le quali tale sindacato debba estrinsecarsi.

Risulta possibile osservare come la sentenza *Finanmadrid* abbia ritenuto essenziale che tale sindacato sia svolto da un organo giurisdizionale, almeno una volta nel corso del processo, mentre la sentenza *Banco Primus* abbia richiesto che l'accertamento del giudice involga il contratto nella sua interezza, non fermandosi all'analisi di singole clausole. In entrambi i casi, l'estensione del principio di effettività della tutela si fermava all'affermazione del necessario svolgimento di uno scrutinio giudiziario sulla vessatorietà delle clausole.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale si muovono su una direttrice diversa, incidendo sulle modalità pratiche attraverso le quali l'accertamento giudiziario debba essere compiuto, con la correlativa compressione del principio di autonomia processuale dell'ordinamento interno⁶⁸.

In primo luogo, il giudizio sul carattere abusivo delle previsioni negoziali dovrebbe emergere da una statuizione esplicita, risultando il giudicato implicito incompatibile con la finalità di consentire al consumatore di comprendere quali previsioni negoziali siano state concretamente rese oggetto dell'analisi del giudice.

In secondo luogo, l'accertamento giudiziario dovrebbe essere sufficientemente motivato, in modo da porre il consumatore nella condizione di analizzare le ragioni sottese alla decisione del giudice, così da poter consapevolmente scegliere se proporre impugnazione, oppure attendere la formazione del giudicato.

Conseguentemente, in base a tali premesse, occorrerebbe affermare che la tutela del consumatore rispetto alle clausole abusive non possa intendersi più limitata all'esercizio di un potere di rilevazione officiosa da parte del giudice, idoneo soltanto a rendere non necessaria la domanda di parte ai fini della dichiarazione di inefficacia delle pattuizioni vessatorie⁶⁹.

40/08, caso *Asturcom Telecomunicaciones*; C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*; C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*.

⁶⁸ Rilevante il passaggio argomentativo per cui “*mi sembra che il sindacato del carattere potenzialmente abusivo delle clausole contrattuali ai sensi della direttiva 93/13 debba essere oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata da parte del giudice nazionale. Come illustrato dalle circostanze di cui alle presenti cause, la normativa nazionale in oggetto implica che la questione relativa all'abusività delle clausole contrattuali si considera decisa nel merito anche quando essa non è stata affatto trattata dal giudice nazionale. A mio avviso, come indicato dalla Commissione, se il sindacato dell'abusività delle clausole contrattuali non è motivato nella decisione contenente il decreto ingiuntivo, il consumatore non sarà in grado di comprendere o analizzare i motivi di tale decisione o, se del caso, di proporre opposizione all'esecuzione in modo effettivo. Non sarà neppure possibile per un giudice nazionale eventualmente investito di un'impugnazione pronunciarsi. A tale riguardo, la Corte ha precisato che, in assenza di un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto, il rispetto dei diritti conferiti dalla direttiva 93/13 non può essere garantito*” (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).

⁶⁹ Invece, la mancanza di una motivazione esplicita o sufficientemente motivata dovrebbe equipararsi ad una mancata statuizione, con un conseguente notevole restringimento del perimetro di copertura del giudicato. In questo senso, “*risulta che il giudice nazionale che ha emesso i decreti ingiuntivi non ha effettuato alcun sindacato d'ufficio dell'abusività delle clausole. È vero, come indicato dal governo tedesco, che, conformemente alla giurisprudenza della Corte richiamata al paragrafo 67 delle presenti conclusioni, rientra nella competenza degli Stati membri decidere se un simile sindacato vada effettuato nella fase del decreto ingiuntivo o nella fase dell'esecuzione dello stesso, e non vi è alcun obbligo ai sensi della direttiva 93/13 che esso debba essere effettuato in entrambe le fasi. Tuttavia, un simile sindacato deve essere realizzato in una o l'altra delle due fasi. Pertanto, vietare al giudice dell'esecuzione di effettuare, per la prima volta, la valutazione del carattere abusivo delle clausole soltanto per via del giudicato implicito del decreto ingiuntivo rende impossibile eseguire un controllo dell'abusività in qualsiasi fase del procedimento*” (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, Cause riunite C-693/19 e C-831/19).



Una simile tutela risulterebbe necessaria ma non sufficiente per il riequilibrio effettivo della posizione delle parti, in quanto il consumatore dovrebbe essere non soltanto esonerato dalla necessità della domanda di parte nell'ambito del giudizio, ma anche posto nella condizione di comprendere puntualmente il contenuto della decisione, in modo da poter svolgere una valutazione ponderata in merito alla possibilità di ricorrere ai mezzi di impugnazione predisposti dall'ordinamento⁷⁰.

Potrebbe dirsi che l'asimmetria informativa del consumatore continui a persistere anche all'interno del giudizio, in modo da inficiare l'adeguata comprensione non già soltanto delle clausole contrattuali, ma anche delle ragioni poste alla base della decisione del giudice. La posizione del consumatore di parte debole del rapporto negoziale verrebbe, pertanto, ad essere estesa ad una posizione di inferiorità anche all'interno del processo.

In questa prospettiva, l'organo giudiziario, paradossalmente accomunato in ciò rispetto al professionista, si troverebbe in una posizione di asimmetria informativa rispetto al consumatore parte del giudizio, dovendo dunque statuire in modo esplicito e motivare puntualmente in merito alla non vessatorietà di ogni clausola del contratto, colmando così lo squilibrio originario.

Tuttavia, affermare la necessità di una motivazione sufficiente in merito al carattere non abusivo delle singole clausole del contratto avrebbe delle conseguenze pratiche distoniche rispetto all'effetto perseguito. Infatti, l'organo giudiziario dovrebbe svolgere un esame puntuale relativamente al carattere vessatorio di ogni clausola del contratto, con conseguente formazione di una pronuncia con un apparato motivazionale sovrabbondante. Eppure, come è dato riscontrare in ogni forma di comunicazione, l'eccesso informativo produce una mancanza di comprensibilità del messaggio veicolato⁷¹. Inoltre, la produzione di una motivazione

⁷⁰ A supporto di tale ricostruzione, viene anche affermato che “*Un ulteriore sostegno a tale approccio può essere tratto dalla sentenza Banco Primus. Come indicato al paragrafo 71 delle presenti conclusioni, la Corte ha ritenuto incompatibile con la direttiva 93/13 una normativa nazionale che estendeva gli effetti del giudicato a clausole su cui il giudice nazionale non aveva statuito con una decisione definitiva. La Corte presume quindi che se il giudice nazionale non ha controllato il carattere abusivo delle specifiche clausole contrattuali in questione, sia difficile ritenere pregiudicato il principio dell'autorità di cosa giudicata*” (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, cause riunite C-693/19 e C-831/19).

Tuttavia, questa ricostruzione appare fondata su una premessa fragile. Infatti, la pronuncia sul caso *Banco Primus SA* (C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*) riguardava la necessità di un sindacato officioso da parte di un organo giurisdizionale in ordine al carattere abusivo di tutte le clausole inserite nel contratto, con conseguente ammissione del sindacato da parte di un secondo giudice in ordine alla validità delle clausole non coperte dal primo giudicato.

Invece, tale pronuncia non riguardava le caratteristiche strutturali che la motivazione del provvedimento giurisdizionale dovrebbe integrare per consentire la formazione del giudicato. Infatti, l'accertamento effettuato dal giudice in ordine alla validità delle diverse clausole del contratto è confermato dall'emissione di un giudicato esplicito di condanna del debitore, con il correlativo giudicato implicito in ordine all'efficacia delle pattuizioni negoziali.

All'opposto, si sarebbe dovuta valorizzare non l'assimilabilità della fattispecie in esame rispetto al caso *Banco Primus SA* (C. Giust., 26 gennaio 2017, C-421/14, caso *Banco Primus SA*), bensì i profili differenziali rispetto al caso *Finanmadrid* (C. Giust., 18 febbraio 2016, C-49/14, caso *Finanmadrid*).

Infatti, l'ordinamento interno, diversamente dall'ordinamento spagnolo previgente, affida la cognizione in ordine alla pretesa azionata in via monitoria dal professionista ad un giudice e non ad un funzionario con competenze di cancelleria, concedendo poi al debitore un termine di quaranta giorni per incardinare l'opposizione, evidentemente maggiormente ampio rispetto al termine di venti giorni previsto dall'ordinamento spagnolo.

Di conseguenza, ove anche venisse dato seguito al principio per cui il giudicato, connotato dall'assenza del vaglio di un giudice sulla presenza di clausole abusive nel contratto, sia un giudicato non correttamente formatosi su tale questione, in ogni caso, la natura di organo giurisdizionale del giudice avente cognizione nel procedimento monitorio precluderebbe la sottoposizione delle medesime questioni dallo stesso risolte alla cognizione del giudice dell'esecuzione.

⁷¹ In questo senso è stato osservato come non necessariamente una capillare informazione si traduca in un aumento della consapevolezza del consumatore, che potrebbe risultare disorientato dall'eccesso di dati. Al riguardo, D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 229 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comuni-*



dal contenuto così esteso non potrebbe non avere effetti sui tempi della risposta giudiziaria, vanificando dunque l'obiettivo di celerità sotteso al procedimento monitorio.

Non da ultimo, occorre anche dubitare in merito all'attitudine della motivazione esplicita a svolgere un compito di informazione effettiva del consumatore relativamente alla possibilità di ricorrere ai mezzi di impugnazione ordinaria. Infatti, la presenza di un dispositivo di condanna relativo alla pretesa azionata dal creditore presuppone necessariamente, secondo un criterio di ragionamento appartenente alla logica comune, lo svolgimento di un giudizio con esito negativo relativamente al carattere abusivo delle clausole del contratto. Risulta lecito dubitare che l'esternazione di questo percorso logico all'interno di una motivazione esplicita possa fornire al consumatore un compendio informativo utile ai fini dell'impugnazione.

In base alle conclusioni dell'Avvocato Generale, il principio di effettività della tutela del consumatore imporrebbe di ritenere che la pronuncia giudiziaria, che sia priva della motivazione esplicita e puntuale in merito al carattere non vessatorio delle singole clausole del contratto, non possa dar luogo, ove non tempestivamente impugnata dal consumatore, alla formazione di un giudicato stabile sul punto.

Per riportare ad equilibrio la posizione del consumatore soccombente, ma inerte nell'impugnazione, viene dunque ipotizzato l'allentamento della stabilità del giudicato, ridotto ad una copertura minima, estesa esclusivamente alle statuizioni espresse e congruamente motivate del giudice, ma non ricomprendente ogni questione posta in rapporto di pregiudizialità logica rispetto ad esse⁷².

Infatti, in mancanza di stabilità del giudicato, il consumatore si troverebbe nella condizione di far valere i propri diritti senza le limitazioni derivanti dalla disciplina dei mezzi di impugnazione. Eppure, l'ordinamento interno non predispone, al di fuori delle ipotesi dei mezzi di impugnazione straordinari, aventi carattere tassativo, strumenti che consentano alla parte soccombente di censurare il contenuto di merito della pronuncia non tempestivamente impugnata⁷³.

tario, Napoli, 2003, p. 333; D. VALENTINO, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Pers. e merc.*, 2016, 4, 153 ss.

⁷² A sostegno di questa conclusione, si osserva che “*Tale approccio è altresì conforme agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 93/13, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte. Come emerge dal paragrafo 63 delle presenti conclusioni, l'obbligo del giudice nazionale di effettuare un sindacato d'ufficio è giustificato dalla natura e dall'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela conferita ai consumatori dalla direttiva 93/13. Il giudice dell'esecuzione è pertanto tenuto a garantire l'effettività di tale tutela se ciò non è stato fatto in una fase precedente del procedimento. Se così non fosse, detto obbligo incombente al giudice nazionale ai sensi della direttiva 93/13 potrebbe essere svuotato del suo contenuto [...]*”.

Occorre aggiungere che tale approccio risulta essere in linea con la giurisprudenza della Corte riguardante una normativa nazionale che attua il giudicato al di fuori del contesto della direttiva 93/13. In talune sentenze, la Corte ha disapprovato la concessione di un'eccessiva tutela alle decisioni definitive per mezzo dell'autorità di cosa giudicata con modalità che ostacolano notevolmente l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione. Occorre inoltre osservare che, nella sentenza del 17 ottobre 2018, Klohn, la Corte ha indicato che l'autorità di cosa giudicata si estende unicamente alle pretese giuridiche sulle quali il giudice ha statuito e pertanto non osta a che un giudice, nell'ambito di una successiva controversia, si pronunci sulle questioni di diritto su cui tale decisione definitiva non si è pronunciata.

Analogamente, nella sua giurisprudenza relativa all'applicazione dell'autorità di cosa giudicata nel diritto dell'Unione, la Corte ha ripetutamente dichiarato che l'autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi” (Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, cause riunite C-693/19 e C-831/19).

⁷³ Per non arrivare ad affermare la cedevolezza del giudicato di qualsiasi pronuncia che riporti una motivazione implicita o non adeguata in merito al carattere abusivo delle pattuizioni contrattuali, in dottrina è stato ipotizzato di tutelare il consumatore rispetto al decreto ingiuntivo non opposto mediante l'applicazione analogica dello strumento dell'opposizione tardiva.

In questo senso, è stato affermato che “*si potrebbe perciò immaginare una lettura estensiva del disposto di cui all'art. 650 c.p.c., sì da ammettere l'opposizione tardiva dell'intimato non soltanto per irregolarità nella notificazione del decreto ovvero*



Inoltre, il provvedimento non impugnato dal consumatore nei termini previsti dal legislatore, ma privo della motivazione esplicita e integrale richiesta, risulterebbe di difficile collocazione sistematica relativamente alla categoria della cosa giudicata. Si tratterebbe di una pronuncia passata in giudicato, perché non più soggetta alle impugnazioni ordinarie, eppure priva della stabilità e dell'efficacia tipica del giudicato, perché inidonea a vincolare il consumatore, a far stato nei suoi confronti relativamente all'efficacia delle clausole delle quali lo stesso alleghi la vessatorietà.

La questione è resa ulteriormente complessa dall'osservazione per cui la valutazione relativa al carattere esplicito e congruo della motivazione andrebbe condotta in relazione alle singole clausole del contratto, con conseguente formazione di un giudicato dotato di una stabilità a geometrie variabili, diversamente modulata in relazione alla circostanza che il provvedimento abbia congruamente analizzato la vessatorietà della singola previsione negoziale.

Vi sarebbe un inatteso parallelismo rispetto alla disciplina sostanziale di nullità di protezione delle clausole abusive. Come la clausola vessatoria risulterebbe inefficace, con nullità necessariamente parziale del contratto, così la pronuncia giudiziaria, avente carattere implicito o non sufficientemente motivato in merito alla natura abusiva della singola previsione negoziale, risulterebbe inidonea al giudicato, con formazione della cosa giudicata relativamente alle diverse statuizioni della sentenza.

Tuttavia, alla base di tale parallelismo si porrebbero ragioni di tutela profondamente diverse. Infatti, l'invalidità della clausola vessatoria risponde a ragioni di tutela del consumatore e richiede un accertamento giudiziario, invece la mancata stabilità del giudicato produrrebbe esclusivamente l'incertezza delle posizioni giuridiche delle parti, facendo confluire nel processo di esecuzione questioni di cognizione già risolte nell'ambito del processo a ciò deputato.

Dando seguito al sistema prefigurato dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, si assisterebbe, così, anche in relazione alle singole clausole del contratto predisposto dal professionista, ad una scissione tra la no-

per caso fortuito o forza maggiore, ma anche, più in generale, per ragioni non imputabili al debitore e, quindi, per errore incolpevole.

In tal modo, senza scardinare la struttura del processo esecutivo e senza intaccare il disposto di cui all'art. 647 c.p.c., che rimane perciò norma a presidio della certezza del giudicato per le situazioni ordinarie e che continua ad assolvere ad esigenze di efficienza (e non di effettività) del sistema, si potrebbe – ragionevolmente – evitare il sospetto di incostituzionalità per violazione del principio di eguaglianza, giacché la norma interna tratta in maniera disomogenea situazioni ugualmente caratterizzate da inerzia incolpevole dell'ingiunto.

*A questo ragionamento, si potrebbe certamente obiettare che l'ammettere un'opposizione tardiva per il consumatore rischia di innescare una marchiana disparità di trattamento per chi non è un consumatore. L'obiezione, per vero, non ci sembra affatto peregrina: è vero, infatti, che la dir. 1993/13/CEE legittima uno statuto di protezione differenziato per il consumatore, così come è altrettanto vero pure che una «specialità soggettiva» della tutela potrebbe finire con l'essere il prodromo per una estensione della medesima eccezione ad altre situazioni di (eguale) debolezza di soggetti che operano sul mercato (si pensi, ad esempio, all'imprenditore debole e alla microimpresa). Però, se moltiplichiamo le eccezioni, il rischio è quello di provocare uno sfilacciamento del sistema delle tutele o, se si preferisce, di alimentare un sistema rapsodico che ne compromette l'unitarietà perché fondato su base soggettiva» (S. CAPORUSSO, Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di duri recenti rinvii pregiudiziali, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 5, 1265 ss.).*

Anche tale soluzione interpretativa si presta a rilievi critici, per vero già indicati nella stessa esposizione della ricostruzione ermeneutica. Infatti, si darebbe luogo ad una frammentazione del sistema, con la configurazione di strumenti processuali riservati soltanto a determinate categorie soggettive. Tuttavia, occorre dire che risulterebbe meno frammentato un sistema dotato di strumenti processuali applicabili solo a categorie soggettive protette, rispetto al sistema, prefigurato dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale, basato su un processo speciale del consumatore.

Inoltre, tale impostazione si basa sull'applicazione analogica di una norma di stretta interpretazione, specificamente predisposta per tutelare le ipotesi di irregolarità della notificazione e di caso fortuito o forza maggiore, aventi evidentemente carattere eccezionale.



zione di cosa giudicata formale, di cui all'art. 324 cod. proc. civ., e di cosa giudicata sostanziale, di cui all'art. 2909 cod. civ., con la necessaria conformazione di una disciplina processuale speciale a vantaggio del consumatore.

Al di fuori della disciplina dei mezzi di impugnazione prevista dall'ordinamento interno, gli strumenti di tutela processuale del consumatore davanti ad una statuizione dotata di efficacia esecutiva, non censurabile con i mezzi ordinari di impugnazione, ma non connotata dall'attitudine a far stato tipica della cosa giudicata, dovrebbero essere rinvenuti nell'ambito del procedimento dell'esecuzione, ossia come reazione all'atto del professionista creditore di portare ad attuazione forzata il proprio titolo.

Tuttavia, trasferire all'interno del processo dell'esecuzione, mediante lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, questioni attinenti al contenuto intrinseco del titolo esecutivo di formazione giudiziaria implica l'affidamento al giudice dell'esecuzione di poteri di cognizione estranei alla struttura di tale giudizio, nella prospettiva della conformazione di un regime processuale speciale a tutela del consumatore⁷⁴.

All'interno di questa disciplina speciale del processo civile di cui sia parte un consumatore, l'opposizione all'esecuzione diverrebbe, allora, il mezzo di impugnazione del provvedimento non esplicitamente o compiutamente motivato in ordine al carattere non vessatorio delle clausole contrattuali. Tuttavia, dato che nessuna pronuncia giudiziaria potrebbe contenere un'analisi dettagliata circa il carattere abusivo delle singole clausole contrattuali, il giudizio di esecuzione diverrebbe la sede elettiva per lo svolgimento di un giudizio di cognizione relativamente alla validità delle pattuizioni negoziali potenzialmente vessatorie.

Inoltre, si tratterebbe di un giudizio di cognizione dotato di un elevato contenuto discrezionale, in quanto il giudice dell'esecuzione dovrebbe sindacare il contenuto intrinseco del titolo, accertando se la singola clausola realizzi un significativo squilibrio di diritti ed obblighi in capo alle parti. Un simile giudizio non potrebbe, però, prescindere dall'analisi complessiva del contratto e della contrattazione tra le parti, così prefigurando la necessità di rimettere l'intera vicenda dei rapporti negoziali intercorrenti tra le parti alla cognizione del giudice dell'esecuzione.

Non da ultimo, anche ancorare la stabilità del giudicato alla sufficiente motivazione del provvedimento desta delle perplessità, in quanto si tratterebbe di una clausola ampia, con conseguente incertezza in merito alle ipotesi in cui si possa riscontrare l'effettiva formazione della cosa giudicata. Eppure la funzione stessa del giudicato civile dovrebbe essere quella di assicurare la stabilità in ordine all'accertamento della situazione giuridica controversa. Dunque, correlare la tenuta del giudicato al rispetto da parte della pronuncia di un obbligo generico, come quello della sufficiente motivazione, rischierebbe di vanificare la stessa nozione della cosa giudicata e, con essa, la divisione tra la fase di cognizione e quella di esecuzione, che conforma il processo civile.

I plurimi profili problematici sollevati dalle conclusioni dell'Avvocato Generale sono relativi alla tipolo-

⁷⁴I termini della questione non risulterebbero modificati ove venisse dato rilievo all'incidenza del mutamento di indirizzo giurisprudenziale, divenuto favorevole per il consumatore in un momento successivo alla formazione del giudicato, come nella fattispecie oggetto della causa C-831/19.

Infatti, la prevalenza di un nuovo indirizzo interpretativo nell'ambito della giurisprudenza non potrebbe giustificare l'inerzia del consumatore nell'avvalersi dei mezzi di impugnazione predisposti dall'ordinamento interno, al fine di evitare il formarsi del giudicato.

Inoltre, ove venisse valorizzato il mutamento giurisprudenziale per affermare la cedevolezza del giudicato sfavorevole per il consumatore, si assisterebbe alla configurazione di un processo speciale del consumatore, connotato dalla retroattività favorevole delle modifiche del diritto applicabile alle fattispecie. Tuttavia, da ciò deriverebbero problematiche di irragionevole disparità di trattamento rispetto a figure soggettive diverse dal consumatore, ma ugualmente meritevoli di tutela, come l'impresa posta in rapporto di dipendenza economica.



gia della pronuncia venuta in rilievo nel caso in esame, ossia il decreto ingiuntivo non opposto. Eppure, nell'evidenziare le ipotesi di ineffettività di tutela del consumatore, al cui ricorrere risulta conseguente la mancata stabilità del giudicato, non viene menzionato il carattere sommario del procedimento o della cognizione del giudice, ma esclusivamente la carenza della motivazione del provvedimento non impugnato dal consumatore.

Conseguentemente, ove si aderisse a tali conclusioni, nell'attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, risulterebbe evidente che la portata del principio affermato non potrebbe rimanere circoscritta alla fattispecie del decreto ingiuntivo non opposto, ma dovrebbe essere estesa ad ogni provvedimento carente di una statuizione esplicita o sufficientemente motivata in ordine alla vessatorietà della clausola contrattuale predisposta dal professionista.

Ulteriore aspetto critico che inficia tale ricostruzione risiederebbe, allora, nella disparità di trattamento che ingenererebbe la configurazione sistematica di un simile processo civile speciale del consumatore. Infatti, si verrebbero a determinare irragionevoli disparità di trattamento rispetto a figure soggettive distinte dal consumatore, ma ugualmente meritevoli di tutela, quali l'impresa posta in rapporto di dipendenza economica. Si assisterebbe, allora, ad una configurazione frammentaria del processo, affidata non alla consistenza dei diritti, ma alle qualifiche soggettive delle parti.

Emerge, allora, la portata di destabilizzazione del sistema processuale che l'accoglimento delle conclusioni esposte produrrebbe. Non potendosi presupporre che ogni provvedimento giurisdizionale motivi in ordine alla validità di tutte le clausole contrattuali, lo strumento dell'opposizione all'esecuzione acquisirebbe la connotazione di strumento di gravame atipico, caratterizzando il giudizio che veda coinvolto il consumatore come processo speciale, in cui la separazione tra cognizione ed esecuzione, tra impugnazione ed opposizione all'esecuzione diverrebbe sfumata, poco più di una linea d'ombra.