

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2023

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito

SOMMARIO: 1. Le sentenze della Corte di giustizia *Banco di Desio* e *SPV Project* e le ordinanze di rinvio del giudice italiano – 2. La tenuta del giudicato civile nazionale al cospetto del diritto eurounitario: il decreto ingiuntivo non opposto crea soltanto una preclusione *pro iudicato* – 3. L’adattamento del rito monitorio italiano ai principi enunciati dalla Corte di giustizia – 4. Le modalità di esercizio del rilievo officioso da parte del giudice dell’esecuzione e i rimedi di cognizione invocabili dal consumatore ingiunto e dal creditore precedente.

1. Le sentenze della Corte di giustizia, Banco di Desio e SPV Project e le ordinanze di rinvio del giudice italiano

Al centro delle riflessioni che seguono si collocano quattro pronunce della Corte di giustizia, emesse il 17 maggio 2022, una delle quali resa in risposta a due rinvii pregiudiziali, poi riuniti, provenienti da uno stesso giudice italiano: il riferimento è alla causa C-693/19 (*Banco di Desio*), e a quella C-831/19 (*SPV Project 1503 S.r.l. c. Dobank S.p.a.*)¹.

¹ C. Giust. UE, 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, ECLI:EU:C:2022:395.

Le altre tre pronunce prendono le mosse da due rinvii pregiudiziali spagnoli (C-600/19 *Ibercaja Banco*, ECLI:EU:C:2022:394; C-869/19 *Unicaja Banco*, ECLI:EU:C:2022:397) e da uno rumeno (C-725/19 *Impuls Leasing România*, ECLI:EU:C:2022:396).

La decisione resa sui due rinvii pregiudiziali italiani è già stata oggetto di riflessione da parte di E. D’ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di Giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-381/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in www.iudicium.it; S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all’effettività*, in *Giur. it.*, 2022, 2117; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, *ivi*, 2126; F. DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in www.giustiziainsieme.it; F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo “res iudicata pro veritate habetur” nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, in www.iudicium.it; N. MINAFRA, *L’autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non*

Si tratta di quattro decisioni rilevanti tanto se esaminate nell’ottica del sostanzialista – nella misura in cui quelle sentenze tornano sul concetto di clausola abusiva e sulla nozione di consumatore² – quanto (e forse soprattutto) se indagate dalla prospettiva del processualista, che qui intendo assumere.

Questo è il principio che si legge nella sentenza resa a valle dei rinvii pregiudiziali italiani: è contraria alla normativa europea (in particolare, agli artt. 6, par. 1 e 7 della Dir. 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori), “una normativa nazionale (come quella italiana) che prevede che qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell’esecuzione non possa - per il motivo che l’autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità - successivamente controllare l’eventuale carattere abusivo di tali clausole”.

Detto altrimenti: il giudice del monitorio ha l’obbligo di rilevare d’ufficio l’abusività delle clausole di un contratto concluso da un consumatore, da cui trae origine il credito oggetto dell’ingiunzione di pagamento; in mancanza, quel rilievo non è impedito al giudice dell’esecuzione (che, anzi, stando alla Corte di giustizia, ne è obbligato).

Per cogliere la portata e i termini della questione, conviene riassumere brevemente le vicende italiane che hanno condotto alla

opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di Giustizia, in www.giustiziacivile.com, 17 agosto 2022; I. FEBBI, *La Corte di Giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in www.judicium.it.

In pendenza dei rinvii pregiudiziali italiani, si v. S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 1266; nonché i contributi pubblicati nello speciale della rivista *Giur.it.*, 2022, 485, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo* (a cura di S. CAPORUSSO e E. D’ALESSANDRO), spec. S. CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela del consumatore*, ivi, 533; E. D’ALESSANDRO, *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell’avv. gen. Tanchev*, ivi, 541.

² C. Giust. UE, 17 maggio 2022, C-831/19.

pronuncia dei due rinvii pregiudiziali, entrambi a firma dello stesso giudice.

La prima ordinanza di rinvio traeva origine da un contratto di finanziamento, che in caso di inadempimento del consumatore contemplava una clausola penale e l'applicazione di un interesse di mora superiore al 14% su base annua³. A fronte del mancato pagamento da parte del debitore, il creditore (SPV Project) otteneva un decreto ingiuntivo che, divenuto definitivo per mancata opposizione, veniva messo in esecuzione. In quella sede, il giudice, chiesta al creditore la produzione del contratto dal quale era sorto il credito e rilevata d'ufficio la vessatorietà della clausola che prevedeva il pagamento degli interessi moratori, aveva invitato il debitore esecutato a comparire ad un'udienza e a manifestare la volontà di avvalersi della nullità del contratto.

Per contro, il creditore, con memoria difensiva, escludeva che si potesse tornare a discutere in sede esecutiva della nullità/non nullità del contratto, su cui si fondava il diritto di credito oggetto di ingiunzione; a fondamento delle proprie ragioni, il creditore invocava la formazione del giudicato anche su quella questione pregiudiziale, per effetto della mancata opposizione del decreto ingiuntivo.

La seconda ordinanza di rinvio pregiudiziale era stata pronunciata in pendenza di una espropriazione immobiliare, anch'essa promossa in virtù di un'ingiunzione di pagamento non opposta, ottenuta dal Banco di Desio contro una società e i suoi soci, in qualità di fideiussori della prima⁴. Il giudice dell'esecuzione, ritenuto che uno degli esecutati rivestisse la qualità di consumatore, ed individuata la vessatorietà di alcune clausole del contratto dai quali il credito traeva origine, invitava il debitore a comparire all'udienza per manifestare l'interesse ad avvalersi della nullità del contratto. Anche in questo caso, i creditori invocavano la sussistenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale in virtù del quale il giudicato formatosi per mancata opposizione a decreto ingiuntivo avrebbe precluso in sede esecutiva ogni doglianza relativa non solo al credito ma anche al contratto da cui esso originava.

Comune ad entrambi i rinvii pregiudiziali era il quesito se, a fronte di un titolo esecutivo costituito da un decreto ingiuntivo non opposto

³ Trib. Mil., 18 settembre 2019, in Gazzetta Ufficiale UE, 23 dicembre 2019.

⁴ Trib. Mil., 14 novembre 2019, in Gazzetta Ufficiale UE, 3 febbraio 2020.

(che, stando ad un orientamento diffuso, farebbe stato implicitamente anche sugli antecedenti logici necessari sui quali si basa il credito ingiunto), sia impedito al giudice dell'esecuzione di rilevare lui stesso la nullità del contratto.

La Corte di giustizia, dando risposta negativa al quesito formulato dal giudice italiano, ha ritenuto possibile il rilievo d'ufficio, in sede di esecuzione, della nullità del contratto concluso dal consumatore in ragione della vessatorietà delle clausole negoziali in esso contenute, rimarcando *pro futuro* la necessità di un'espressa presa di posizione su di esse da parte del giudice del monitorio.

2. La tenuta del giudicato civile nazionale al cospetto del diritto eurounitario: il decreto ingiuntivo non opposto crea soltanto una preclusione pro iudicato

I temi che la pronuncia della Corte UE pone sul tavolo sono almeno due: da un lato, quello del valore del giudicato civile nazionale e della sua tenuta al cospetto del diritto unionale, atteso che in entrambi i casi il titolo esecutivo speso dai creditori era rappresentato da un decreto ingiuntivo non opposto; dall'altro lato, quello della garanzia di una effettiva applicazione della normativa europea a protezione del consumatore.

La prima delle due questioni enunciate non è certo nuova, perché in più di un'occasione gli interpreti si sono interrogati sulla cd. cedevolezza del giudicato civile italiano al cospetto della normativa eurounitaria⁵. In effetti, dalla lettura dei primi commenti sulle sentenze della Corte di giustizia del maggio 2022 emerge, quanto meno da una parte degli interpreti, una forte preoccupazione circa il fatto che qui si assisterebbe ad un superamento della cosa giudicata, nella misura in cui si consente al giudice dell'esecuzione di rilevare d'ufficio la nullità del contratto, da cui origina il diritto di credito ingiunto, quando (*in thesi*) quella questione sarebbe coperta da cosa giudicata. Non a caso,

⁵ Su cui molto si è cominciato a discutere specie a partire dalla sentenza *Lucchini*, C. Giust. UE, 18 luglio 2007, C-119/05. Sul punto, si rinvia a G. TRISORIO LIUZZI, *Centralità del giudicato al tramonto*, Bari, 2016, 17 ss. e, prima ancora a R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2011, 239 ss.

qualcuno ha scorto nella decisione della Grande sezione l'incrinazione del valore del giudicato civile⁶.

Si tratta, a mio avviso, di un timore non fondato: v'è, infatti, da dubitare che con la pronuncia richiamata, la Corte UE abbia sancito il superamento del giudicato contenuto in un decreto ingiuntivo non opposto⁷. Semmai, è merito di quella sentenza aver messo in crisi l'idea che la mancata opposizione ad un decreto ingiuntivo precluda alle parti di tornare a discutere, in successivi giudizi, dell'esistenza o del modo di essere del contratto sul quale il credito ingiunto si fonda, quando si tratti di domandare l'adempimento di prestazioni diverse.

Come noto, non è questa la conclusione cui la più parte della giurisprudenza di legittimità presta adesione: secondo la Cassazione, l'autorità di giudicato che acquista un decreto ingiuntivo non opposto copre non solo il credito oggetto della pretesa, ma anche (implicitamente) le questioni relative all'esistenza di ciò che ne costituisce il presupposto logico necessario (il contratto). Ne deriva l'impossibilità per le parti di contestare la validità di quel rapporto anche nei giudizi successivi promossi per l'adempimento di una diversa prestazione⁸.

Le stesse ordinanze di rinvio pregiudiziale muovono da questa premessa: il giudice italiano ritiene che, anche rispetto al decreto ingiuntivo non opposto, operi "il principio di creazione giurisprudenziale del 'giudicato implicito', fondato sull'argomento logico per il quale se il giudice è pronunciato su una determinata

⁶ F. DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto*, cit.; N. MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 7.

⁷ Come, invece, ritiene E. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio*, cit., 2; in senso contrario, invece M. STELLA, *Il procedimento monitorio*, cit., 2127; E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di Giustizia*, cit., 5.

⁸ Senza pretesa di esaustività, Cass., 12 maggio 2021, n. 12671; Cass., 24 settembre 2018, n. 22465; Cass., 28 novembre 2017, n. 28318, in *Riv. dir. process.*, 2018, 1390, con nota di M. LOLLI, *Decreto ingiuntivo non opposto e limiti oggettivi del "giudicato"*; Cass., 26 giugno 2015, n. 13207; Cass., 11 maggio 2010, n. 11360; Cass., 28 agosto 2009, n. 18791; Cass. 19 luglio 2006, n. 16540; Cass., 24 marzo 2006, n. 6628; Cass., 12 maggio 2003, n. 7272; Cass., 2 agosto 2002, n. 11602; in arg. G. VIGNERA, *Sull'efficacia di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto: rilievi critici*, in *www.ilcaso.it*, 1° gennaio 2021.

questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa⁹. Se ciò fosse corretto, allora – nel dar attuazione al principio enunciato dalla Corte di giustizia – si dovrebbe ritenere che – a prescindere dal rimedio di cognizione nel concreto esperibile dal consumatore, quando sollecitato in sede esecutiva – il giudicato

⁹ Così si esprime il giudice del rinvio che si richiama alle note sentenze gemelle Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, stando alle quali se in un giudizio a cognizione piena il giudice, proposta domanda di impugnativa contrattuale, non dichiara la nullità del contratto (vale a dire: non la rileva d'ufficio) si forma sempre giudicato implicito sulla validità del medesimo, salvo che la domanda di impugnativa contrattuale venga rigettata per una ragione più liquida.

Si cfr., anche per una diversità di vedute circa la portata di queste pronunce, M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*, 2015, 1387; V. CARBONE, *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. Giur.*, 2015, 88; C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. Giur.*, 2015, 225; L. GALANTI, *Il nuovo assetto dei rapporti tra impugnative negoziali, nullità e giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1029; ID., *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1359; A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. process.*, 2015, 1564; S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Nuovi Quaderni del Foro italiano*, 2015, 2, 1; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»?», in *Foro it.*, 2015, I, 928; ID., *“Parigi val bene una messa”? Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Il giusto processo civile*, 2015, 137; ID., *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti* 2015, 113; ID., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, II, 185; I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 71; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, I, 944; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, II, 197; G. VERDE, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. process.*, 2015, 747.*

Per incidens, giova rammentare che la conclusione cui sono pervenute le Sez. Un. richiamate, quanto all'oggetto del giudicato, ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva: cfr., tra le più recenti, Cass. 4 agosto 2022, n. 24247; Cass. 10 maggio 2022, n. 14709; Cass. 14 febbraio 2022, n. 4717; Cass. 12 febbraio 2020, n. 3461; Cass. 4 settembre 2019, n. 22070.

formatosi a seguito della mancata opposizione al decreto ingiuntivo verrebbe superato da un nuovo accertamento compiuto da un diverso giudice¹⁰.

In verità, l'assunto secondo cui la definitività raggiunta dal decreto ingiuntivo comporti implicitamente la formazione del giudicato anche sull'antecedente logico necessario sul quale si fonda il diritto di credito oggetto di tutela, non può certo definirsi pacifico: lo dimostrano alcuni precedenti di legittimità¹¹ ma anche il dissenso manifestato sul punto da una parte autorevole della dottrina¹².

Due, essenzialmente, sono le ragioni che portano a dubitare della conclusione accolta a maggioranza: l'una storico-funzionale e l'altra di ordine sistematico. Il procedimento monitorio (che, non a caso, Chiovenda definiva di accertamento con prevalente funzione esecutiva) nasce per garantire al creditore la formazione in tempi rapidi di un titolo esecutivo: il che spiega lo snodo del rito monitorio in due fasi: una prima – necessaria – *inaudita altera parte*, e una seconda – solo eventuale – a contraddittorio pieno¹³. Ad impedire la piena assimilazione degli effetti di un decreto ingiuntivo non opposto a quelli indicati dall'art. 2909 c.c. non osta tanto (o soltanto) l'assenza del contraddittorio con il debitore (che ben potrebbe essere dipesa da una scelta consapevole dell'ingiunto¹⁴); dirimente è, semmai, il fatto che la cognizione del giudice, nella fase prettamente monitoria, sia per volontà di legge limitata ai soli fatti costitutivi dedotti e provati dal creditore nei

¹⁰ Trib. Mil., 18 settembre 2019, cit., 7.

¹¹ Cass., 9 febbraio 2015, n. 2370; Cass., 25 novembre 2010, n. 23918; Cass., 16 novembre 2006, n. 243737; Cass., 6 luglio 2002, n. 9857.

¹² L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 260-261, 296; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato e sui limiti oggettivi*, in *Riv. dir. process.*, 1990, 411-412; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 177-178; I. PAGNI, *Il contratto nel processo*, Milano, 2022, 35-38. A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 571 ss.; C. CAVALLINI, *Il procedimento sommario di cognizione nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 461-462; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale*, III, Bari, 2019, 252-253.

¹³ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 196 ss.

¹⁴ Lo osserva F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2021, 159 che nel ritenere non decisivo l'argomento speso nel testo conclude nel senso che l'accertamento contenuto nel decreto ingiuntivo non opposto si estende anche all'antecedente logico necessario (ad es. l'esistenza e la validità del contratto) su cui si fonda il diritto di credito oggetto di ingiunzione.

modi indicati dall'art. 634 c.c.¹⁵. Si deve a Redenti l'idea che sia più corretto discorrere di un'efficacia di giudicato più ristretta e più limitata di quella che si ricava dall'art. 2909 c.c., precisamente di preclusione *pro iudicato*¹⁶: al debitore – che abbia lasciato divenire definitivo il decreto ingiuntivo senza promuovere il giudizio *ex art. 645 c.p.c.* – è preclusa soltanto la proposizione di azioni *lato sensu* restitutorie, tendenti a privare il creditore della somma o del bene che gli è stato attribuito, dunque anche l'instaurazione di un'opposizione all'esecuzione per ragioni *cd. di merito* (art. 615 c.p.c.), se volta a dimostrare che il credito ingiunto si fondava su un contratto nullo¹⁷.

Questa facoltà resta, invece, impregiudicata se esercitata per finalità diverse, là dove cioè – senza toccare la portata del decreto ingiuntivo divenuto definitivo – si tratti di contestare l'esistenza di altre prestazioni nascenti da quel contratto¹⁸.

Sul piano sistematico, poi, la prova che la definitività che consegue al decreto ingiuntivo non opposto sia qualcosa di diverso dal giudicato che si forma quando una sentenza, resa a valle di un contraddittorio pieno, non sia più impugnabile con i mezzi di impugnazione ordinaria trova, a mio avviso, un addentellato normativo nell'art. 640 c.p.c.: questa norma legittima il creditore, che abbia visto rigettata la domanda proposta in via monitoria, a riproporla con qualsiasi rito (anche quello monitorio). Oltretutto, l'esclusione di una piena equiparazione tra il decreto ingiuntivo (ancora opponibile) e la sentenza (ancora impugnabile) è conclusione cui la stessa giurisprudenza di legittimità perviene quando, nell'ambito del procedimento fallimentare, un tempo,

¹⁵ Così anche M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit., 2127; un richiamo adesivo all'idea espressa nel testo si ritrova anche in F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE*, 17 maggio 2022, cit., 3.

¹⁶ E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, 135-137; ID., *Diritto processuale civile*, Milano, 1999, 91-92.

¹⁷ È questa semmai la conclusione che la Corte di Giustizia mette in discussione, per il caso dell'ingiunto consumatore.

¹⁸ Il che vale ad ammettere l'eventualità di un conflitto semi-pratico tra giudicati. Situazione, questa, non auspicabile ma certamente tollerata dal sistema. Per tutti, A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 1987, 436 e ID., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 497. In arg., di recente, cfr. M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, 2020.

e di liquidazione giudiziale, oggi, esclude che possa ammettersi al passivo con riserva (art. 96, comma 2, n. 3 l. fall., oggi art. 204, comma 2, lett. c CCII) il creditore che, a riprova dell'esistenza del suo diritto, allegghi non una sentenza di condanna non ancora passata in giudicata, emessa a valle di un giudizio a cognizione piena ed esauriente e a contraddittorio pieno, bensì un decreto ingiuntivo ancora opponibile¹⁹.

Ecco perché, a mio avviso, non ha senso parlare di giudicato implicito sull'esistenza e la validità del contratto che si formerebbe quando il decreto ingiuntivo non sia stato opposto. Il che vale – giova rimarcarlo – senza che assuma rilievo il fatto che l'ingiunto rivesta o non rivesta la qualità di consumatore. Ciò che opera a seguito della mancata opposizione ex art. 645 c.p.c., per il tramite di quella che Calamandrei chiamava *impositio silenti*²⁰, è solo – lo si è detto – una preclusione *pro iudicato* che impedisce all'ingiunto di mettere in discussione la sola esistenza del credito con una successiva azione di accertamento negativo ovvero, in sede esecutiva, proponendo l'opposizione all'esecuzione. Si tratta – lo si ribadisce ancora una volta – è conseguenza di una preclusione dovuta alla mancata proposizione dell'opposizione ex art. 645 c.p.c., non già di un giudicato implicito sull'esistenza dell'antecedente logico da cui deriva il credito oggetto di ingiunzione.

Se si accoglie questa ricostruzione del problema, allora, a mio avviso, non v'è motivo per sostenere che la sentenza della Grande Sezione del maggio 2022 abbia messo in crisi la tenuta del giudicato nazionale dinnanzi alla normativa unionale. Come subito vedremo, questa conclusione, cui intendo aderire, evita oltretutto all'interprete di

¹⁹ Da ultimo, Cass. 27 ottobre 2020, n. 23474; Cass. 10 ottobre 2017, n. 23679; Cass. 27 maggio 2017, n. 23679; Cass. 25 maggio 2014, n. 11811; Cass. 12 febbraio 2013, n. 3401; Cass. 23 dicembre 2011, n. 28553, in *Il Fall.* 2012, 1253; Cass. 31 ottobre 2007, n. 22959, *ivi*, 2008, 785; in arg. G. BOZZA, *Lo stato passivo*, in (diretto da) A. JORIO, B. SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, 895 ss.; S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in (diretto da) F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI, *Il processo di fallimento, II, Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, 402-403, testo e note.

²⁰ Come osserva E. D'ALESSANDRO, *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev*, cit., 542 che si richiama appunto a P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, in *Opere giuridiche*, IX, Roma, 2019, 36.

stravolgere la portata e la funzione dei rimedi processuali che devono adoperarsi per adattare il sistema al principio enunciato dalla Corte di giustizia.

3. *L'adattamento del rito monitorio italiano ai principi enunciati dalla Corte di giustizia*

Ed è qui che viene in gioco il secondo tema che la sentenza della Corte di giustizia pone sul tavolo: la necessità di garantire una effettiva applicazione della normativa europea a protezione del consumatore. Questo obiettivo, secondo la Corte, non si realizza semplicemente attribuendo all'ingiunto il rimedio dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Il giudizio a contraddittorio pieno *ex art. 645 c.p.c.*, che il consumatore può promuovere avverso l'ingiunzione di pagamento, potrebbe rivelarsi un rimedio eccessivamente oneroso per il debitore, là dove egli fosse costretto a ricorrervi solo per far valere la mera abusività di una clausola²¹. Soprattutto, secondo la Corte UE, un sistema costruito in questi termini finirebbe per eludere la normativa europea che impone al giudice di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola per ovviare a quella asimmetria di posizioni che caratterizza il consumatore e il professionista²². Tant'è vero che, secondo gli artt. 33-36 del Codice del Consumo, che ha dato attuazione alla Dir. 93/13, la cd. nullità di protezione, pur potendo operare solo se il consumatore dichiara di volersene avvalere, va rilevata d'ufficio²³.

Secondo la Corte UE, nemmeno il giudice del procedimento monitorio – che per legge si svolge senza il contraddittorio con il debitore – è sottratto a questo dovere; e se vi verrà meno, il rilievo d'ufficio spetterà al giudice dell'esecuzione.

²¹ C. Giust. UE, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349 (punto 54); C. Giust. UE, 28 settembre 2018, *Danko e Danková*, C-448/17, EU:C:2018:745 (punto 46).

²² C. Giust. UE, 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980 (punti 53 e 55); C. Giust. UE del 26 gennaio 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60 (punto 41).

²³ Principio, questo ribadito, anche dalle sentenze gemelle della Cass., 12 dicembre 2014, n. 26424.

Di qui, il duplice compito che spetta all'interprete italiano, chiamato a stabilire come dare attuazione nel sistema nazionale al principio enunciato dalla Corte UE.

Da una parte, si tratta di ripensare alla fase che precede la pronuncia del decreto ingiuntivo, cui è estraneo il consumatore. Dalla motivazione del provvedimento, deve emergere l'esame compiuto dal giudice sulla nullità/non nullità consumeristica del contratto.

Dall'altra parte, sarà necessario riflettere sulle modalità con le quali il rilievo officioso della clausola abusiva possa avvenire in sede esecutiva, sui rimedi a disposizione del debitore esecutato quando dalla lettura del decreto ingiuntivo non opposto non risulti compiuta alcuna verifica sulla vessatorietà delle clausole contrattuali. V'è chi, non a caso, ha parlato di nuovo rito consumeristico, di un binario differenziato di tutela che viene in gioco secondo che il debitore sia o non sia consumatore²⁴.

Rispetto al primo ambito di indagine (che concerne la tutela di condanna esercitata in via monitoria), l'attuazione del principio enunciato dalla Corte di giustizia comporterà: (i) l'onere in capo all'ingiungente di produrre, tra i documenti che, *ex art. 634 c.p.c.*, debbono accompagnare il ricorso, anche il contratto sul quale il credito si fonda²⁵; (ii) il dovere per il giudice del monitorio consumeristico di esercitare i poteri previsti dall'*art. 640 c.p.c.*, chiedendo al creditore di integrare la documentazione allegata, pena il rigetto del ricorso proposto; (iii) la redazione di una motivazione articolata quanto all'insussistenza di clausole abusive all'interno del contratto prodotto; (iv) qualora sia riscontrata una nullità di protezione, il dovere di rigettare *de plano* la domanda monitoria, senza domandare al consumatore se intenda approfittare della nullità²⁶. In questo caso,

²⁴ Lo osserva S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 1284.

²⁵ Sicché, là dove il credito sia costituito da una banca non sarà più sufficiente, a prova del credito per cui si chiede decreto ingiuntivo, la produzione del mero estratto conto, in forza dell'*art. 50 t.u.b.* (così M. STELLA, *Il procedimento monitorio*, cit., 2127).

²⁶ Come da altri segnalato (E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 3) non si tratta di un *modus procedendi* così eterodosso nel nostro sistema processuale, se si pone a mente la sentenza interpretativa di rigetto pronunciata dalla Corte Costituzionale nel 2005, che ha legittimato il giudice del monitorio al rilievo d'ufficio dell'eccezione di incompetenza per territorio semplice (che solo la parte

giusta l'art. 640 c.p.c., il creditore potrà riproporre la domanda di condanna, anche avvalendosi di un rito a cognizione piena (ordinario o semplificato).

In sintesi: solo una espressa presa di posizione, da parte del giudice del monitorio, sull'inesistenza di una nullità di protezione nel contratto eviterà l'esercizio dei poteri officiosi da parte del giudice dell'esecuzione, così come preteso dalla Corte di giustizia. Se questo accadrà, allora – come continua a valere per un ingiunto non consumatore – in sede esecutiva non sarà possibile proporre alcuna opposizione *ex art. 615 c.p.c.* dolendosi dell'insussistenza del diritto a procedere ad esecuzione forzata per ragioni di merito: invocando, cioè, la nullità consumerista del contratto concluso. L'inerzia del consumatore ingiunto potrà, in questo caso, definirsi consapevole, dal momento che il decreto ingiuntivo non si sarà limitato ad indicare la somma dovuta, ma avrà anche chiarito che il credito è sorto da un contratto privo di clausole vessatorie.

Ciò implica però che il giudice del monitorio sarà tenuto a dar conto di aver vagliato ogni clausola contenuta all'interno del contratto concluso con il consumatore in maniera analitica e nel concreto, e non con una motivazione generica, né tanto meno parziale²⁷. Del resto, in

potrebbe sollevare in un giudizio a cognizione piena) per evitare la pronuncia di un decreto ingiuntivo che sarebbe facilmente aggredibile dal debitore con l'opposizione. V'è chi da tempo in dottrina estende la portata del principio enunciato dalla Consulta a tutti quei casi in cui il giudice del monitorio si avveda dell'esistenza di un'eccezione in senso stretto, di rito o di merito, che potrebbe condurre alla revoca del decreto ingiuntivo, nel giudizio *ex art. 645 c.p.c.* (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2021, 150).

²⁷ E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., 5. Secondo A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, di imminente pubblicazione in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2023, par. 4.2, lungi dal dover immaginare che il giudice del monitorio prenda espressa e compiuta posizione su ciascuna clausola contrattuale, potrebbe bastare “una – per quanto succinta – indicazione del perché la clausola non rechi in sé elementi atti a farla risultare vessatoria: il che produrrà una preclusione relativa all'intero incrocio tra quella clausola e la specifica ragione di vessatorietà”. Stando invece alla Procura generale della Cassazione, nella requisitoria con cui si sollecitano le Sezioni Unite alla enunciazione di un principio di diritto *ex art. 363 c.p.c.* (*infra* nel testo): www.procuracassazione.it/procura-generale/it/dett_quad_inter_norm.page?contentId=QIN12609,—se la questione relativa alla abusività/non abusività di una clausola contrattuale sia stata motivata,

passato, la Corte UE, nel giudicare di un caso spagnolo, ha riconosciuto in capo al giudice dell'esecuzione il potere di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola contrattuale, le quante volte essa non risultasse esaminata, in concreto, in sede monitoria.²⁸

Per la verità, il dovere del giudice del monitorio di sviluppare un'ampia e articolata motivazione non è l'unica questione che la sentenza *Banco di Desio e SPV Project* pone all'interprete italiano. Nel vagliare, alla luce dei principi in essa espressi, la tenuta delle diverse forme di tutela di cognizione, previste dal nostro sistema, quand'esse coinvolgano un consumatore, sorge infatti un interrogativo, che può essere riassunto in questi termini: il dovere del giudice dell'esecuzione di rilevare d'ufficio la nullità del contratto, in presenza di clausole abusive, ricorre anche quando, in un giudizio a cognizione piena ed esauriente svoltosi in contumacia del consumatore, il giudice non abbia dato conto in motivazione di aver verificato l'abusività delle clausole contrattuali?

Il dubbio nasce perché, nella sua sentenza, la Corte UE fa riferimento ad una inerzia inconsapevole del consumatore, sicché è corretto chiedersi se di essa possa discorrersi anche in caso di volontaria mancata costituzione del consumatore. A me pare che la risposta agli interrogativi prospettati debba essere negativa, militando in tal senso una pluralità di argomenti.

Anzitutto, nel caso che ho ipotizzato – diversamente da quel che accade nella fase *inaudita altera parte* del rito monitorio – la cognizione è piena, il creditore è tenuto a provare anche il contratto dal quale trae origine il credito per cui chiede condanna, posto che la contumacia del debitore nel nostro ordinamento non dà luogo a una *ficta confessio*; pertanto onere probatorio (arg. ex art. 115 c.p.c.). Il giudice, non solo in primo grado ma anche in fase di impugnazione, può rilevare d'ufficio l'esistenza di clausole abusive, se del caso invitando il contumace a comparire all'udienza, perché dichiararsi se intenda o non intenda avvalersi della nullità di protezione.

anche solo sommariamente, dal giudice del monitorio che abbia ammonito il consumatore sulla irretrattabilità del provvedimento in mancanza di opposizione ex art. 645 c.p.c., non vi sarà più spazio per successive contestazioni. In questi termini, anche F. DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto*, cit., nt. 1.

²⁸ C. Giust. UE, 26 gennaio 2017, C-421/14 Banco Primus, cit. (punto 43).

Ad ogni modo, anche qualora il giudice avesse omesso di esercitare il proprio potere officioso nel corso di un giudizio contumaciale (ma la conclusione rimarrebbe la stessa se il consumatore si fosse costituito), dovrebbe trovare applicazione il principio generale della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame (art. 161, primo comma, c.p.c.). La sentenza di primo grado sarà nulla, il vizio potrà costituire motivo di impugnazione, ma dovrà considerarsi sanato con il passaggio in giudicato del provvedimento²⁹, precludendo ad un attento giudice dell'esecuzione il potere di rilevare egli stesso l'abusività della clausola.

Anche la pronuncia del maggio 2022 è di questo avviso: in un passaggio motivazionale, la Corte di giustizia, dopo aver ribadito la centralità che il principio dell'autorità della cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento eurounitario, sia nei sistemi nazionali, riconosce che la tutela del consumatore non possa considerarsi assoluta³⁰. A questo proposito, i giudici di Lussemburgo si richiamano ad un loro precedente del 2009 (*Asturcom*), dove si legge che “il rispetto del principio di effettività non può giungere fino al punto di esigere che un giudice nazionale debba [omissis] supplire integralmente alla completa passività del consumatore che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure ha proposto un'azione di annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo”³¹. V'è, dunque, da credere che il principio affermato in *Banco di Desio e SPV Project* trovi applicazione proprio e

²⁹ Così, anche E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., 10.

³⁰ Punti 57-58.

³¹ C. Giust. UE, 6 ottobre 2009, C-40/2008 *Asturcom*, EU:C:2009:615 (punto 37). Nel caso di specie, a fronte del mancato pagamento di alcuni canoni mensili, una società di telecomunicazioni, forte dell'esistenza di una clausola compromissoria contenuta nel contratto concluso con una consumatrice, aveva adito la via arbitrale: il procedimento si era concluso con un lodo di condanna, senza che gli arbitri avessero rilevato l'abusiva della convenzione di arbitrato e senza che la consumatrice si fosse costituita. Promossa esecuzione in forza di quel lodo, che era divenuto definitivo in mancanza di impugnazione, il giudice dell'esecuzione spagnolo aveva promosso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, domandando se l'abusività della clausola compromissoria potesse essere rilevata in sede esecutiva, nonostante il titolo esecutivo fosse costituito da un provvedimento passato in giudicato.

solo nell'ambito del rito monitorio, dove la costituzione del consumatore, per definizione, non è prevista.

4. *Le modalità di esercizio del rilievo officioso da parte del giudice dell'esecuzione e i rimedi di cognizione invocabili dal consumatore ingiunto e dal creditore procedente.*

Un ulteriore tema che il processualista è chiamato ad affrontare dovendo dare attuazione ai principi enunciati dalla sentenza *Banco di Desio e SPV Project* riguarda il ruolo assunto dal giudice dell'esecuzione, cui spetta il compito di rilevare d'ufficio la nullità, ogni qualvolta il giudice del monitorio non abbia motivato sull' (esclusione dell') abusività delle clausole contrattuali (il che varrà soprattutto per i decreti ingiuntivi emessi prima delle sentenze di maggio 2022). La Corte si è limitata ad imporre al giudice dell'esecuzione di colmare l'omissione registrata in sede di cognizione, rimettendo all'autonomia dei singoli sistemi processuali nazionali l'individuazione delle modalità e dei rimedi invocabili dal consumatore-esecutato, nel rispetto del consueto duplice limite, costituito dal cd. principio di equivalenza, da un lato, e da quello dell'effettività, dall'altro³². Detto altrimenti, la tutela delle posizioni giuridiche che derivano dal diritto dell'Unione non deve risultare meno favorevole rispetto a quella assicurata a situazioni simili di origine nazionale e non deve essere resa impossibile, o eccessivamente difficile, dalle norme processuali di uno Stato membro.

È proprio rispetto alle modalità di rilievo della nullità in sede esecutiva, e dei rimedi cui il consumatore può accedere in questa sede, che si è acceso un dibattito tra gli interpreti.

Una prima soluzione è stata individuata nell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, *ex art. 650 c.p.c.*: rimedio del quale si propone una rivisitazione in chiave interpretativa e conformativa ai principi espressi dalla Corte UE³³. Com'è noto, il nostro ordinamento legittima

³² Quali controlimiti all'autonomia degli Stati membri. Sul punto si rinvia a C. Giust. UE, *Rewe c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Causa C-33/76, sentenza 16 dicembre 1976.

³³ A. CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Consumatore e procedimento monitorio europeo*, cit., 487; ma già S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 1282 ss. Consta l'esistenza di un

l'ingiunto ad instaurare il giudizio *ex art. 645 c.p.c.* (oltre il termine di 40 giorni dalla notificazione del decreto ingiuntivo ma entro 10 giorni dall'inizio dell'esecuzione forzata) se dimostra di non aver avuto conoscenza del provvedimento per irregolarità della notifica, ovvero per caso fortuito o forza maggiore.

Chi asseconda questa tesi ritiene che il debitore – in ciò sollecitato dal giudice dell'esecuzione che si avveda dell'esistenza di una clausola abusiva all'interno del contratto – debba poter godere di una sorta di rimessione in termini (arg. *ex art. 153 c.p.c.*) e sia legittimato a promuovere giudizio di opposizione dinnanzi al giudice che abbia pronunciato il decreto ingiuntivo.

Si tratta di una soluzione possibile, verso la quale però sono state sollevate perplessità, a mio avviso, non facilmente superabili.

Anzitutto, il ricorso all'opposizione *ex art. 650 c.p.c.*; richiederebbe probabilmente un intervento legislativo, volto a chiarire quantomeno quale sia il *dies a quo* dal quale computare la decorrenza del termine di 10 giorni, entro il quale consentire al debitore di instaurare l'opposizione *ex art. 645 c.p.c.*³⁴. In secondo luogo, v'è da dubitare che l'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.* sia rimedio in linea con il principio di effettività della tutela. Il ricorso a questo (rivisitato) strumento, infatti, finirebbe per costringere il debitore a rivolgersi ad un giudice diverso da quello dell'esecuzione (quello dell'opposizione a decreto ingiuntivo) e a demandare a questo secondo giudice (e non a quello dell'esecuzione) il potere di sospendere il processo esecutivo in corso (il che dovrebbe avvenire, mutato quel che c'è da mutare, invocando l'*art. 649 c.p.c.*)³⁵.

precedente che ha fatto applicazione di questa soluzione, senza peraltro porsi il problema di valutare la tardività incolpevole dell'instaurazione dell'opposizione *ex art. 645 c.p.c.* Si tratta di Trib. Milano, 9 gennaio 2023, in *www.ilcaso.it*: nel caso di specie, si trattava un fideiussore, ingiunto del pagamento di un debito contratto da una società per il quale aveva prestato garanzia, che aveva proposto opposizione a decreto ingiuntivo, invocandone la nullità, giusta l'esistenza di una clausola abusiva contenuta nel contratto di fideiussore, che radicava la competenza a conoscere delle controversie in un luogo diverso dalla residenza del consumatore.

³⁴ Come osserva F. DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto*, cit., § 7.

³⁵ Adesiva a questa osservazione, E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 8.

V'è stato chi ha ipotizzato (ancorché in via dubitativa) che il consumatore possa promuovere revocazione straordinaria *ex art. 656 c.p.c.* contro il decreto ingiuntivo divenuto esecutivo per contrarietà alle sentenze della Corte di giustizia³⁶. Secondo questa lettura, fermo il rilievo d'ufficio del giudice dell'esecuzione circa l'esistenza di una clausola abusiva all'interno del contratto, l'esecutato-consumatore potrebbe promuovere un giudizio *ex art. 395 c.p.c.* per ottenere la rimozione di quel giudicato. A questa ricostruzione del problema si oppone, anzitutto, l'assenza di qualsiasi addentellato normativo: *de iure condito*, infatti, manca un apposito motivo di revocazione delle sentenze per contrarietà alle pronunce della Corte di giustizia; né sarebbe possibile pensare di ricondurre questo caso ad uno dei motivi già presenti, nemmeno immaginando una loro applicazione estensiva.

A ciò si aggiunge il fatto che – quanto meno se si condividono le riflessioni spese sopra – non vi sarebbe alcun giudicato implicito sulla non nullità del contratto da rimuovere, proprio perché il giudice del monitorio non avrebbe in alcun modo motivato sul punto³⁷.

Merita segnalazione anche una diversa proposta interpretativa, avanzata dalla Procura generale presso la Cassazione nella requisitoria con la quale ha chiesto alle sezioni unite di enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge (art. 363, comma 3, c.p.c.)³⁸, a fronte della rinuncia di parte al ricorso *ex art. 360 c.p.c.* Nel caso di specie, il ricorrente, richiamandosi alla pronuncia UE *Banco di Desio e SPV Project*, aveva chiesto la cassazione dell'ordinanza *ex art. 617 c.p.c.*, con cui era stata rigettata l'impugnazione del provvedimento che aveva reso esecutivo il progetto di distribuzione, posto che il titolo esecutivo era rappresentato da un decreto ingiuntivo emesso da un giudice territorialmente incompetente, per violazione delle norme sul foro del consumatore.

³⁶ F. DE STEFANO, *ibidem*. Soluzione, quella della revocazione straordinaria, che era stata prospettata (ancorché *de iure condendo*) da C. CONSOLO, *La "sentenza "Lucchini" della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni ed in specie al nostro?*, in *Riv. dir. process.*, 2008, 224, che proponeva l'inserimento di un nuovo motivo di revocazione e il riconoscimento di una legittimazione ad agire anche in capo al Pubblico Ministero.

³⁷ E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 8.

³⁸ www.procuracassazione.it/procuragenerale/it/dett_quad_inter_norm.page?contentId=QINI2609, R.G. 24533/21.

Stando alla requisitoria della Procura generale, il giudice dell'esecuzione, assolto il suo dovere di rilevare l'eventuale abusività della clausola inserita nel contratto di consumo ignorata dal giudice del monitorio, dovrebbe invitare il debitore a promuovere un ordinario giudizio di merito (un'*actio nullitatis*, come viene definita) da esperirsi davanti al giudice competente per materia, valore e territorio, onde accertare, questa volta con efficacia di giudicato, il carattere abusivo della clausola, *rectius* la nullità del contratto. In questa prospettiva, la sospensione del processo esecutivo non potrebbe essere disposta dal giudice dell'esecuzione, ma dovrebbe essere pronunciata dal giudice della cognizione, se richiesta in via cautelare dal debitore ai sensi dell'art. 700 c.p.c., salvo poi ottenere dal giudice dell'esecuzione un provvedimento *ex art. 623 c.p.c.*³⁹.

La requisitoria della Procura generale si fonda sulla premessa che al giudice dell'esecuzione non competono poteri di cognizione: quest'ultimo, secondo il P.M., avrebbe solo il potere/dovere di rilevare d'ufficio l'esistenza del titolo esecutivo, durante tutto il corso del processo esecutivo, trattandosi di una condizione dell'azione esecutiva; per contro, il giudice dell'esecuzione non potrebbe anche conoscere e decidere della nullità della clausola su cui si fonda la pretesa verso il consumatore.

Anche questa soluzione a mio avviso non convince.

V'è da dubitare che al giudice dell'esecuzione non competano poteri di cognizione: la conclusione pare contraddetta da una serie di dati normativi: penso agli artt. 548-549 c.p.c., nell'espropriazione presso terzi, all'art. 2929-*bis* c.c., all'art. 512 c.p.c., in sede di controversie distributive. Ma a prescindere da questo rilievo (con cui non si intende certo riconoscere al giudice dell'esecuzione un potere di accertamento idoneo al giudicato), non è chiaro perché – sempre secondo questa ricostruzione – il debitore non potrebbe promuovere opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, volta che il giudice dell'esecuzione abbia rilevato la nullità/non nullità delle clausole contenute all'interno del contratto.

La requisitoria motiva questa conclusione ritenendo necessario “preservare la sottrazione al giudice dell'esecuzione di ogni ingerenza,

³⁹ E, prima ancora, un rinvio tecnico dell'esecuzione, in attesa della pronuncia del provvedimento cautelare. Così anche F. DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto*, cit., § 7.

anche quale giudice dell'opposizione ad esecuzione, sul titolo giudiziale"⁴⁰. Così ragionando, però, la Procura generale finisce per contraddire le premesse da cui muove, perché essa stessa riconosce che il decreto ingiuntivo non opposto non farebbe stato circa la nullità/non nullità consumeristica del contratto. Da questo punto di vista, dunque, non si tratterebbe di mettere in non cale alcun giudicato, per il tramite del giudizio *ex art. 615 c.p.c.*, ma di compiere (per la prima volta) un accertamento dovuto.

Del resto, a ben vedere, l'*actio nullitatis*, come ricostruita dalla Procura, e l'opposizione all'esecuzione avrebbero lo stesso oggetto: l'inesistenza del diritto del creditore a procedere ad esecuzione forzata per ragioni cd. di merito: lo prova il fatto che, in un passaggio motivazionale della requisitoria, si riconosce come non coperto da cosa giudicata il rilievo della nullità/non nullità del contratto. La proposizione dell'*actio nullitatis* avrebbe il vantaggio di permettere al debitore di chiedere tutela davanti al giudice del suo foro⁴¹; per contro, la soluzione prospettata impedirebbe al giudice dell'esecuzione di disporre la sospensione del giudizio pendente, delibando *ex art. 624 c.p.c.* la fondatezza dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*⁴². Né qui può aver rilievo la competenza a decidere dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, che non spetta al giudice cui è stata assegnata quell'esecuzione, ma ad un magistrato diverso che appartiene al foro dell'esecuzione forzata.

Per queste ragioni, a me sembra sia prospettabile una diversa (e forse più lineare) soluzione al problema.

Condivido l'assunto della Procura, secondo cui il giudice dell'esecuzione può rilevare senza limiti di tempo l'inesistenza di un titolo esecutivo⁴³: tale deve considerarsi per violazione della normativa eurounitaria il decreto ingiuntivo non opposto, privo di motivazione sulla nullità/non nullità del contratto concluso con un consumatore, perché contrario alle norme di ordine pubblico.

Una volta rilevata la nullità, al giudice dell'esecuzione non resta che dichiarare improcedibile l'esecuzione pendente, con un provvedimento

⁴⁰www.procuracassazione.it/procuragenerale/it/dett_quad_inter_norm.page?contentId=QIN12609, 9.

⁴¹ Vale a dire il giudice del luogo in cui il consumatore ha il proprio domicilio.

⁴² A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 2022, 113.

⁴³ Per tutti, B. CAPPONI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Torino, 2020, 68-69.

di cd. estinzione atipica⁴⁴: quel che viene meno non è il titolo esecutivo (sul quale il giudice dell'esecuzione non può compiere un accertamento e che pertanto potrà *in thesi* essere utilizzato per muovere nuove esecuzioni forzate) quanto il processo esecutivo pendente⁴⁵.

Se il creditore precedente intende contestare l'abusività della clausola rilevata dal giudice potrà evitare la chiusura anomala dell'esecuzione impugnando l'ordinanza del giudice con l'opposizione agli atti esecutivi (art. 617 c.p.c.).

Per contro, il debitore – che sollecitato in tal senso dal rilievo della nullità da parte del giudice dell'esecuzione, intendesse rimuovere per sempre l'efficacia di quel titolo esecutivo – potrà promuovere l'opposizione all'esecuzione, senza che siano qui di ostacolo i limiti temporali imposti dall'art. 615, comma 2, c.p.c. In questo caso si assisterà ad una sospensione cd. interna al processo esecutivo, che appare più in linea con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, predicato a più riprese dalla Corte di giustizia.

Resta da verificare quali conseguenze comporti l'accoglimento dell'opposizione *ex art.* 615, comma 2, c.p.c. sulla vendita forzata già disposta. In linea con quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2012⁴⁶, la Corte di Giustizia, in una delle quattro sentenze coeve del maggio 2022, giudicando di un caso spagnolo, ha statuito la salvezza degli effetti della vendita forzata, prevedendo che in questo caso il debitore, vittorioso in sede di opposizione, possa

⁴⁴ Cass. 22 giugno 2017, n. 15554; Cass. 6 marzo 2020, n. 6481.

⁴⁵ M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit., 2129. *Contra*, A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 112, secondo la quale, invece, il caso prospettato non rientrerebbe tra quelli che danno vita ad una inesistenza originaria o sopravvenuta del titolo esecutivo, sicché il giudice dell'esecuzione, rilevata la nullità del contratto concluso con il consumatore, che di essa intenda avvalersi, non potrebbe limitarsi a dichiarare improcedibile l'esecuzione, ma dovrebbe semmai indicare all'esecutato il rimedio di cognizione da esperire. L'A. ritiene cioè che l'invalidità del decreto ingiuntivo non opposto possa (e debba) essere accertata, all'esito di un processo di cognizione. Una soluzione, questa, che non convince pienamente perché l'improcedibilità dell'esecuzione (che è soluzione che l'A. critica) non comporterebbe la caducazione del titolo esecutivo ma, appunto, avrebbe conseguenze solo rispetto al processo esecutivo pendente.

⁴⁶ Cass. Sez. Un., 28 novembre 2012, n. 21118, in *Riv. dir. process.*, 2013, 1558, con nota di S. VINCRE, *La stabilità della vendita forzata: un 'dogma' riaffermato*.

pretendere dal creditore la restituzione delle somme ricavate dalla vendita del bene e il risarcimento dei danni⁴⁷.

Infine, giova chiedersi quale sia la sorte delle esecuzioni forzate già concluse, promosse in virtù di decreti ingiuntivi non opposti, quando né il giudice del monitorio (a monte), né quello dell'esecuzione (a valle) abbiano rilevato l'esistenza delle clausole abusive. In questi casi, a seguire i principi enunciati dalla Corte di giustizia, dovremmo concludere nel senso che il debitore (a questo punto ingiustamente) esecutato dovrebbe poter agire in ripetizione nei confronti del creditore.

Si porrà, semmai, in questi casi, il tema della prescrizione del diritto alla restituzione, *rectius* della individuazione del *dies a quo* dal quale il termine di prescrizione inizia a decorrere: anche su questo profilo, è intervenuta di recente la Corte UE⁴⁸. Essa – sollecitata da un rinvio pregiudiziale formulato da un giudice polacco – ha ritenuto contraria alla normativa eurounitaria e al principio di effettività della tutela, una disciplina nazionale che preveda la decorrenza della prescrizione a partire dal giorno in cui la prestazione è stata eseguita dal consumatore, non essendo certo che egli, all'atto dell'adempimento, fosse a conoscenza dell'abusività delle clausole contenute nel contratto

⁴⁷ C. Giust. UE, sentenza 17 maggio 2022, *Ibercaja Banco* C-600/19, cit., (punto 59) in cui si legge che “l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che non autorizza un organo giurisdizionale nazionale, che agisce d'ufficio o su domanda del consumatore, a esaminare l'eventuale carattere abusivo di clausole contrattuali quando la garanzia ipotecaria sia stata escussa, il bene ipotecato sia stato venduto e i diritti di proprietà relativi a tale bene siano stati trasferiti a un terzo, purché il consumatore il cui bene è stato oggetto di un procedimento di esecuzione ipotecaria possa far valere i suoi diritti in un procedimento successivo al fine di ottenere il risarcimento, ai sensi della direttiva in parola, delle conseguenze economiche risultanti dall'applicazione di clausole abusive”.

⁴⁸ C. Giust. UE, 8 settembre 2022, C-80/21, C-81/21, C-82/21, *Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères*, ECLI:EU:C:2022:646, che ha giudicato contraria una normativa nazionale (come quella polacca) secondo il termine di prescrizione decennale, relativo all'azione promossa dal consumatore per la restituzione delle somme indebitamente corrisposte al professionista, in adempimento di una clausola abusiva contenuta in un contratto di mutuo, inizia a decorrere dalla data di prescrizione di ciascuna prestazione da parte del consumatore, anche nel caso in cui quest'ultimo non fosse in grado di valutare, a tale data, il carattere vessatorio di quella clausola, e senza tener conto del fatto che quel contratto prevedesse un periodo di rimborso delle somme mutate, ampiamente superiore al termine di prescrizione decennale fissato dalla legge.

concluso con il professionista. Il che, se non ci si inganna, sta a significare che l'azione *ex art. 2033 c.c.*, che il consumatore esecutato italiano potrà promuovere contro il professionista, non si prescriverà necessariamente in dieci anni dal momento in cui è divenuto definitivo l'ordine di pagamento del giudice dell'esecuzione. Graverebbe, semmai, sul consumatore, che richieda la restituzione di quanto pagato, l'onere di dimostrare di essere venuto a conoscenza della nullità del contratto in un momento successivo all'adempimento.