

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

SUPPLEMENTO

APRILE/GIUGNO

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

Le Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479 sul decreto ingiuntivo non opposto e le nullità di protezione a favore del consumatore. Quali conseguenze sul piano della cognizione e dell'esecuzione?*

SOMMARIO: 1. Gli antecedenti dell'intervento nomofilattico: le sentenze della Corte di giustizia e la requisitoria della Procura generale presso la Corte di cassazione. – 2. La soluzione della Cassazione rispetto al rito monitorio. – 3. L'innesto dell'opposizione ex art. 650 c.p.c. nell'esecuzione forzata pendente. – 4. I quesiti lasciati senza risposta dalle sezioni unite. – 5. Perché il rimedio dell'opposizione tardiva rischia di apparire, dalla prospettiva europea, contrario al principio di effettività e, dalla prospettiva interna, pericoloso. – 6. Superamento del giudicato, anche in presenza di giudizi contumaciali a cognizione piena, se è mancato il rilievo officioso della nullità? – 7. Consumatore, decreto ingiuntivo non opposto e non motivato e liquidazione controllata.

1. Gli antecedenti dell'intervento nomofilattico: le sentenze della Corte di giustizia e la requisitoria della Procura generale presso la Corte di cassazione.

L'origine di questo intervento a sezioni unite¹ si deve alle note quattro pronunce della Corte di giustizia del 17.5.2022, una delle quali

* Il presente contributo è stato chiuso per la pubblicazione il 19 giugno 2023 ed è quindi aggiornato a tale data.

¹ Cass. Sez. Un., 6.4.2023, n. 9479, provocate da un ricorso nell'interesse della legge. Nel settembre 2021, infatti, veniva depositato ricorso per cassazione da una consumatrice che in veste di esecutata si doleva dell'ordinanza pronunciata resa a valle dell'opposizione agli atti esecutivi. Rimedio, questo, esperito dall'esecutato che contestava l'assegnazione di somme che il g.e. aveva destinato ad un creditore intervenuto nell'esecuzione con un titolo che, a detta dell'esecutato, doveva considerarsi nullo: trattavasi di un decreto ingiuntivo non opposto pronunciato da un giudice adito in virtù di una clausola contenuta nel contratto di fideiussione, che derogava espressamente il foro del consumatore. (tale dovendosi intendere, nel caso di specie, il soggetto esecutato che aveva prestato fideiussione). Il g.e. respingeva l'istanza ritenendola tardiva ed osservava che l'esecutato avrebbe dovuto, se mai, promuovere opposizione tardiva a decreto ingiuntivo.

Nel luglio 2022 (dopo la sentenza della Corte di giustizia, v. nt. successiva), il consumatore rinunciava al ricorso per cassazione: l'occasione per un intervento nomofilattico della Cassazione non è andato però perduto, poiché il testimone è stato raccolto dalla procura generale della cassazione, con requisitoria del 6.7.2022

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.*)².

(disponibile su www.procuracassazione.it/procura-generale/it/dett_quad_inter_norm.page?contentId=QIN12609, R.G. 24533/21).

² C. Giust. UE, 17.5.2022, 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 (causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, ECLI:EU:C:2022:394; causa C-869/19, *Unicaja Banco*, ECLI:EU:C:2022:397) e da uno rumeno (causa C-725/19, *Impuls Leasing România* ECLI:EU:C:2022:396).

La pronuncia è stata oggetto di attenzione da parte di molti interpreti. Senza pretesa di esaustività si richiamano qui i contributi 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, 2.11.2022; 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*, *ibidem*, 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, 22.9.2022; L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in questa *Rivista*, 2023, I, 57 ss.; A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, in *Nuova giur. comm.*, 2023, 86 ss.; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 62 ss.; A. M. SOLDI - B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l’integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in www.judicium.it, 10.2.2023; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in www.questionegiustizia.it, 20.2.2023; E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell’Unione europea*, *ivi*, 17.1.2023; 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.judicium.it, 17.5.2022; N. MINAFRA, *L’autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di giustizia*, in www.giustiziacivile.com, 17.8.2022; I. FEBBI, *La Corte di giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in www.judicium.it, 10.7.2022.

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; EAD., *Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei*

Altrettanto noti possono considerarsi sia il tema sul quale la Grande Sezione è intervenuta (la tutela del consumatore a fronte di un decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti) sia la risposta ai rinvii pregiudiziali italiani³: in sintesi, la Corte di giustizia ha stabilito che il giudice, adito con domanda monitoria diretta nei confronti di un consumatore, ha l'obbligo di rilevare d'ufficio l'abusività delle clausole contrattuali da cui trae origine il credito oggetto dell'ingiunzione di pagamento e di motivare l'esito della propria verifica nel decreto ingiuntivo che pronuncerà; in mancanza, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone al giudice dell'esecuzione di *valutare* l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto in forza del quale è stato emesso il decreto ingiuntivo non opposto (enfasi aggiunta).

Per effetto di un'*actio finium regundorum* tra sistemi (quello eurounitario, da un lato, e quello nazionale, dall'altro, il cui rapporto viene delle stesse sezioni unite descritto nei termini di una complementarità⁴) il compito di declinare i principi della Corte di giustizia è lasciato all'autonomia dei singoli Stati membri dell'Unione, ciascuno secondo le proprie regole processuali, nel rispetto però dei principi dell'equivalenza e dell'effettività della tutela, che fungono da veri e propri controlimiti.

Il primo (l'equivalenza) sta a significare che la soluzione tracciata dall'ordinamento interno, per effetto dell'attuazione della sentenza della Corte di giustizia, non può risultare meno favorevole rispetto alla

poteri officiosi, in *Giusto Proc. civ.*, 1043; nonché i contributi di diversi aa., pubblicati nello speciale di *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* (533); E. D'ALESSANDRO, *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev* (541).

³ Secondo la Corte di giustizia, è contraria alla normativa europea (in particolare, agli artt. 6, §§ 1, 7 della dir. n. 13/93 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".

⁴ O di integrazione tra ordinamenti, come osserva E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 4.

tutela assicurata a posizioni simili di origine nazionale; il secondo (l'effettività) si considera rispettato se il rimedio nazionale non renda impossibile o eccessivamente difficile od oneroso l'esercizio del diritto, in termini di tempo, costi e modi di accesso alla giustizia⁵.

Dei due controlimiti, è proprio quest'ultimo che – a mio avviso – non riceve piena attuazione dalla soluzione enunciata dalle sezioni unite dell'aprile 2023⁶.

2. La soluzione della Cassazione rispetto al rito monitorio.

Conviene partire dall'analisi del principio di diritto, costruito (come si è scritto) a mo' di *vademecum* tanto per il giudice del monitorio, quanto per quello dell'esecuzione⁷.

La nullità di protezione – impongono i giudici di Lussemburgo – va rilevata d'ufficio nel corso del procedimento per ingiunzione, anche se (e proprio perché) nella fase cd. *inaudita altera parte* il debitore non è presente e dunque, per definizione, non può dichiarare se intenda avvalersi della nullità dovuta all'esistenza di una clausola abusiva. Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore è valido se vi sia stato un controllo officioso da parte del giudice.

La soluzione immaginata dalla Suprema Corte si muove nel solco di quella adottata dalla Corte costituzionale rispetto alla questione dell'incompetenza per territorio semplice del giudice adito con

⁵ Sul significato del principio di effettività, inteso non solo nella sua connotazione negativa (quale limite alla autonomia procedurale, ma anche con accezione positiva (di principio, cioè, capace di guidare l'interprete ad individuare uno strumento adeguato di tutela del diritto di origine eurounitaria, per tutti, G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione*, cit., 6 ss.

⁶ C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e. (varie luci e qualche ombra a proposito di Cass. Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479)*, in *Giur. it.*, 2023, 1055; E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo non opposto: le SS. UU. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650, ibidem*, 1060; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione*, cit., 7; G. COSTANTINO, *I poteri del giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo in materia consumeristica sprovvisto di motivazione sulla eventuale abusività delle clausole contrattuali*, in www.inexecutivis.it, 12.4.2023.

⁷ E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE*, cit., 1060.

domanda monitoria⁸. Benché quel vizio sia oggetto di un'eccezione in senso stretto (pertanto riservata esclusivamente alla disponibilità della parte), la Consulta ha ritenuto che una lettura costituzionalmente orientata delle norme (ispirata, in particolare, al principio della ragionevole durata del processo) imponga al giudice di rilevare d'ufficio l'incompetenza per territorio semplice, onde evitare che il provvedimento di ingiunzione nasca già viziato.

La via tracciata dalle sezioni unite per il rilievo della nullità di protezione è la medesima⁹.

Il giudice del monitorio è tenuto a verificare se esistono clausole abusive nel contratto che è *causa petendi* della domanda monitoria e, se sì, a rigettare il ricorso *ex art. 633 c.p.c.*

Non v'è dubbio che questa soluzione imponga a monte oneri maggiori già in capo ai creditori ingiungenti, ai quali sarà chiesto, da un lato, di dimostrare già nel ricorso che l'ingiunto non riveste la qualifica di consumatore o che, in ogni caso, non ricorrono clausole abusive nel contratto, dal quale il diritto di credito trae causa e, dall'altro lato, di produrre il contratto. In mancanza, sarà il giudice a sollecitare l'integrazione della prova documentale.

In questo senso, dunque, si è parlato di valorizzazione in chiave spiccatamente funzionalistica dell'art. 640 c.p.c., con prevalenza rispetto all'art. 634 c.p.c.¹⁰. È solo dal contratto che potrà emergere la natura consumeristica del debitore, quand'anche la prova del credito per il quale si chiede ingiunzione emerga anche *aliunde* (ad es., da un estratto di saldo conto)¹¹.

Se la verifica dell'accertamento dell'eventuale esistenza di clausole abusive esige un'istruttoria troppo complessa, la domanda dovrà essere rigettata (in tutto o in parte a seconda del tipo di clausola abusiva), senza che si formi alcuna preclusione in capo al creditore, cui la

⁸ Corte cost., 3.11.2005, n. 410.

⁹ Come del resto già osservato da E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia*, cit., 5; se si vuole, L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., 67.

¹⁰ C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1054.

¹¹ ID., *op. ult. cit.*, 1055, e già M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 2022, 2127.

riproposizione della domanda di condanna non sarà impedita, con lo stesso rito o con uno diverso (ordinario o semplificato che sia).

L'istruttoria ricarburata, come è già stata definita in dottrina¹², si riflette sulla motivazione del decreto ingiuntivo, dalla quale deve emergere l'esame delle clausole contrattuali (e vien da dire tutte)¹³, senza riscontrarne l'abusività. Il che potrà avvenire – scrivono le sez. un. – anche attraverso il richiamo *per relationem* al ricorso per decreto ingiuntivo: una sorta di suggerimento all'avvocato, invitato a chiarire già nel ricorso che l'ingiunzione non trova fondamento in clausole abusive, e a rammentarne il perché.

La motivazione articolata, però, non è l'unico elemento di cui si arricchisce il decreto ingiuntivo emesso contro il consumatore: il giudice è tenuto ad avvertire il debitore che, se non proporrà opposizione *ex art. 645 c.p.c.* nel termine di 40 giorni dalla notificazione del decreto, non solo quest'ultimo diverrà esecutivo, ma non sarà più possibile dolersi, in altra sede, la nullità del contratto in ragione dell'abusività delle clausole che contiene.

Motivazione, da un lato, e avvertimento, dall'altro, sono i due nuovi incumbenti che spettano al giudice, all'atto della redazione del decreto ingiuntivo¹⁴.

3. *L'innesto dell'opposizione ex art. 650 c.p.c. nell'esecuzione forzata pendente.*

La soluzione avanzata dalle sezioni unite – quanto all'adattamento del rito monitorio alla pronuncia della Corte di giustizia – non pone soverchie questioni, né richiede grossi stravolgimenti al nostro sistema interno: l'esito cui giunge la Suprema Corte è in linea con le proposte

¹² Ancora C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1055.

¹³C. Giust. UE, 26.1.2017, C 421-14 *Banco primus*, ECLI:EU:C:2017:60 ma anche C. Giust. UE, 17.5.2022, *Ibercaja Banco*, causa C-600/19, cit. (spec. punti 51-56).

¹⁴ Benché, come nota G. COSTANTINO, *I poteri del giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo*, cit., 4, il mancato avvertimento contenuto nel decreto ingiuntivo – pur motivato – non potrà costituire, di per sé solo, causa di nullità del provvedimento, dal momento che il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite non è legge dello Stato ed è privo di portata precettiva.

interpretative formulate dalla più parte degli interpreti all'indomani della sentenza della Corte di giustizia¹⁵.

Non altrettanto può dirsi quanto alle conseguenze derivanti dalla violazione da parte del giudice del monitorio di uno di questi adempimenti. Quali rimedi spettano al consumatore a fronte di un decreto ingiuntivo non motivato e/o privo dell'avvertimento?

Si tratta di questioni di grande rilievo pratico, perché destinate a porsi non solo rispetto ai provvedimenti monitori che verranno emessi in violazione delle prescrizioni dettate dalla Suprema Corte, ma anche verso quelli che siano già stati notificati, attesa la retroattività degli effetti delle pronunce della Corte di giustizia¹⁶.

La Grande Sezione stabilisce chiaramente che il giudice dell'esecuzione è tenuto a *valutare* l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto in forza del quale è stato emesso il decreto ingiuntivo non opposto e non motivato.

In verità, prima ancora di esaminare le modalità e gli effetti del rilievo del g.e. della nullità del decreto ingiuntivo, conta rimarcare che la questione delle conseguenze di un provvedimento monitorio non motivato, emesso nei confronti di un consumatore, non si pone soltanto quando l'esecuzione forzata sia (già) pendente.

Si tratta di chiarire quale sia la sorte di un decreto ingiuntivo non opposto che non sia ancora stato messo in esecuzione o che lo sia stato se l'esecuzione si sia chiusa senza alcun rilievo da parte del g.e.

Di queste eventualità le sezioni unite non si occupano, circoscrivendo la questione al caso in cui l'esecuzione forzata sia

¹⁵ Per richiamarne alcuni, E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia*, cit.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit., 2128; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, cit.; A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, cit., 86 ss.; L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto*, cit., spec. 68.

¹⁶ Sicché è escluso si possa parlare qui di *overruling* dell'affidamento processuale, come nota C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1055, richiamandosi al precedente C. Giust. UE, 21.12.2016, causa C-154/15, Francisco Gutiérrez Narajo, in cui i giudici di Lussemburgo hanno escluso che un giudice nazionale possa limitare o modulare nel tempo gli effetti derivanti dal recepimento delle pronunce della Corte UE.

pendente, quando però non si sia ancora giunti alla vendita del bene pignorato o all'assegnazione delle somme.

Dando pedissequa attuazione al principio espresso dalla Corte di giustizia, la Cassazione riconosce in capo al g.e. il potere/dovere di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola contenuta nel contratto, che è *causa petendi* di un d.i. non opposto. Se quell'indagine non sarà stata compiuta dal giudice del monitorio, il rilievo dell'abusività della clausola spetterà al g.e., in applicazione dei poteri conferiti dagli artt. 484-487 c.p.c.

Le sezioni unite tracciano anche i confini temporali entro i quali il g.e. è tenuto a compiere quel controllo, indicando il termine ultimo nell'udienza di vendita o di assegnazione delle somme.

Il che significa che se il titolo esecutivo è rappresentato da un decreto ingiuntivo non opposto, il g.e. dovrà sempre verificare l'origine consumerista del credito portato dal titolo esecutivo (sollecitando se del caso il creditore alla produzione del contratto).

All'esito dell'istruttoria (quale che ne sia l'esito: dunque, anche se il g.e. si convincesse che l'esecutato non è consumatore), il g.e. informerà il consumatore del fatto che ha facoltà di promuovere, entro 40 giorni, l'opposizione tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c. Il termine decorre – per espressa indicazione delle sezioni unite – dal rilievo in udienza, o dalla comunicazione da parte della cancelleria, se il debitore esecutato non è comparso.

Ne deriva che:

- i) Se il consumatore rimarrà inerte, allora, decorsi i 40 giorni, l'esecuzione proseguirà, dal momento che solo il giudice dell'opposizione *ex art. 650 c.p.c.* potrà occuparsi della sorte del decreto ingiuntivo; per contro (benché la sentenza sul punto non prenda espressa posizione), nell'attesa che quei 40 giorni decorrano, l'esecuzione forzata subisce una sorte di sospensione *de facto*.
- ii) Se, invece, il consumatore proporrà opposizione *ex art. 650 c.p.c.*, quella sospensione *de facto* si protrarrà oltre i 40 giorni, finché il giudice della cognizione, su richiesta dell'opponente, non si sarà pronunciato sulla sospensione della esecutività del decreto ingiuntivo (arg. *ex 649 c.p.c.*). Se questa sarà concessa, il g.e. si limiterà a prenderne atto con provvedimento *ex art. 623 c.p.c.*; in caso contrario, l'esecuzione forzata riprenderà il suo corso. Non è chiaro, però, con quale atto di parte ciò potrà accadere.

La sospensione *ex art.* 649 c.p.c. – sempre secondo la Suprema Corte – potrà essere totale o parziale, secondo che l’abusività della clausola si debba alla scelta di un foro diverso da quello del consumatore, ovvero, ad es., all’ammontare degli interessi dovuti per il caso di inadempimento. Peraltro, la cd. sospensione parziale dovrebbe intendersi in questo senso: il processo potrà proseguire e comportare la distribuzione del ricavato per il *quantum* dovuto, che non sia in contestazione rispetto alla clausola abusiva (quando è *sub iudice* la clausola che, ad es., stabilisce l’ammontare degli interessi). In ogni caso, quand’anche la pretesa abusività si appunti su una clausola di rito (che, se riconosciuta nulla, è in grado di mettere in discussione l’accertamento del credito per l’intero: quando, ad es. il decreto ingiuntivo sia stato emesso da un giudice incompetente), non necessariamente si assisterà ad un arresto temporaneo dell’intero processo esecutivo, benché principiato da quell’ingiunzione: e ciò là dove vi siano stati interventi da parte di altri creditori muniti di titolo esecutivo¹⁷.

Le sezioni unite contemplanò anche l’eventualità che sia già pendente un’opposizione all’esecuzione forzata. In questo caso, si legge nella sentenza, il giudice dell’esecuzione dovrà riqualificare il giudizio *ex art.* 615 c.p.c. nei termini di opposizione *ex art.* 650 c.p.c., assegnare alle parti un termine di 40 giorni per riassumere la causa davanti al giudice dell’opposizione tardiva a decreto ingiuntivo (che potrebbe coincidere con lo stesso ufficio giudiziario, o con uno diverso, se l’abusività riguarda la clausola di deroga della competenza).

È qui che risiede la parte della sentenza più innovativa ma anche quella che, a mio avviso, è meno aderente al principio dell’effettività della tutela giurisdizionale.

Prima di compiere qualsiasi riflessione (che si anticipa essere critica) sulla soluzione prospettata dalla Cassazione, credo siano opportune

¹⁷ In virtù di quanto espresso dalle Cass. Sez. Un., 7.1.2014, n. 61, in *Corr. giur.*, 2014, 971, con nota di R. METAFORA, *Le sezioni unite e la sorte dell’espropriazione in caso di sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*; e in *Riv. dir. process.*, 2014, 481 ss., con nota di B. CAPPONI, *Le sezioni unite e l’“oggettivizzazione” degli atti*. Nel senso indicato nel testo, P. FARINA, *Le Sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo istituto. L’opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l’effettività della tutela consumeristica*, in *Foro. it.*, 2023, 1483.

alcune precisazioni quanto al modo in cui il rimedio *ex art. 650 c.p.c.* viene calato e adattato nel contesto processuale consumeristico¹⁸.

La prima notazione riguarda i presupposti in presenza dei quali la Suprema Corte permette l'operare dell'opposizione tardiva.

Come noto, il sistema consente l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo le quante volte il debitore ingiunto lamenti la mancata notifica del decreto ingiuntivo, ovvero la ricorrenza di un caso fortuito o di una causa di forza maggiore, che gli abbiano precluso di proporre opposizione tempestiva. A quelle clausole generali (cui sono sempre stati ricondotti tradizionalmente eventi esterni al procedimento monitorio, per definizione estranei al comportamento del giudice o del debitore) viene oggi ricondotto il *deficit* informativo contenuto nel decreto ingiuntivo¹⁹. L'*error in procedendo* compiuto dal giudice del monitorio – quando non abbia chiesto la produzione del contratto al creditore ingiungente, quando l'abbia richiesto ma non abbia adeguatamente motivato il decreto ingiuntivo, quando non abbia avvertito il consumatore delle conseguenze derivanti dalla mancata opposizione a decreto ingiuntivo – diviene il *factum principis* cui agganciare la causa di forza maggiore²⁰.

La seconda notazione riguarda il termine (di 40 giorni) entro il quale il consumatore, su indicazione del g.e. che abbia rilevato la nullità o del giudice dell'opposizione esecutiva (se questa già pende), deve introdurre l'opposizione tardiva ovvero riassumere il giudizio (davanti al giudice competente) previa riqualificazione del rimedio da parte del giudice dell'opposizione all'esecuzione.

La scelta del *dies ad quem* è frutto di una disapplicazione dell'art. 650 c.p.c. e, al contempo, di un'applicazione estensiva dell'art. 641 c.p.c.

Quanto al primo profilo, le sez. un. ritengono non congruo il termine dei 10 giorni dal primo atto dell'esecuzione forzata, che l'art. 650 c.p.c. individua quale ultimo momento utile per l'introduzione di

¹⁸ A. M. SOLDI - B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., § 4.

¹⁹ Ancora C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1056; critici quanto al modo in cui vengono innovativamente reinterpretati il caso fortuito e la forza maggiore anche E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive*, cit., 1063 s.; G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la CGUE e le sezioni unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, in *www.judicium.it*, 6.4.2023, 8.

²⁰ ID., *op. ult. cit.*, 7.

un'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo: a questa conclusione la Cassazione verosimilmente perviene, consapevole di quella giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha considerato inadeguati a garantire l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale del consumatore termini ristretti introdotti da altre legislazioni europee²¹.

Quanto al secondo profilo (quello relativo all'applicazione analogica dell'art. 641 c.p.c., per vero non argomentato nel provvedimento), la scelta delle sez. un. di assegnare un termine di 40 giorni sembra indotta dalla necessità di agganciare ad un *dies a quo* (e di circoscrivere temporalmente) la rimessione in termini del consumatore, *ex art. 153 c.p.c.*: egli potrà promuovere opposizione a decreto ingiuntivo entro lo stesso termine che avrebbe avuto a disposizione se gli fosse stato notificato un provvedimento monitorio motivato²².

4. I quesiti lasciati senza risposta dalle sezioni unite.

Come anticipato, la soluzione proposta dalle sezioni unite non copre tutte le eventualità in caso di decreto ingiuntivo non opposto e non motivato. In via esemplificativa, ci limitiamo ad indicarne almeno alcune.

a) Non è chiaro cosa accada se contro il consumatore penda una pluralità di esecuzioni forzate, promosse in virtù dello stesso titolo esecutivo²³. Se ciascun giudice dell'esecuzione dovesse segnalare al consumatore che può proporre opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.*, da quanto decorrerà il termine decadenziale dei 40 giorni?

b) Ancora: se l'esecuzione pende in Italia ma il provvedimento monitorio è stato emesso da un altro Paese membro dell'UE, o si tratta di un provvedimento monitorio europeo, quale sarà il rimedio da

²¹ Come osserva G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione*, cit., 9, che si richiama a C. Giust. UE, 28.11.2018, causa C-632/17, *Powszechna Kasa Oszczędności (PKO) Bank Polski S.A. w Warszawie*, punto 46; C. Giust. UE, 13.9.2018, causa C-178/17, *Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Białej*, in particolare, punti 64-66, relative alla legislazione polacca che prevede per il consumatore un termine di quattordici giorni dalla notificazione del decreto ingiuntivo per proporre opposizione.

²² E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit., 1066.

²³ Questione sollevata da C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria ricarburata*, cit., 1058.

indicare all'esecutato consumatore? Non è scontato che nello Stato estero che ha emesso il provvedimento monitorio vi sia un rimedio corrispondente all'opposizione *ex art. 650 c.p.c.*²⁴. Il giudice dell'esecuzione, in forza della disciplina vigente nell'ordinamento straniero, dovrà indicare al consumatore quale sia il rimedio da esperire ed entro quando lo potrà promuovere.

c) Benché le sezioni unite non lo chiariscano, v'è da credere che all'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.* il consumatore possa ricorrere anche prima che l'esecuzione forzata sia stata iniziata, senza dunque attendere una preventiva sollecitazione da parte del giudice dell'esecuzione.

In questo caso, in mancanza di un *dies a quo* cui agganciare la decorrenza dei 40 giorni per proporre l'opposizione, v'è da ritenere che il rimedio possa essere introdotto *sine die*²⁵: al consumatore basterà produrre, insieme all'atto di citazione o al ricorso in opposizione *ex art. 650 c.p.c.*, il decreto ingiuntivo non motivato. Per la verità, potrebbe verificarsi il caso di un consumatore che, dopo aver spontaneamente adempiuto, si rivolga comunque al giudice per ottenere tutela risarcitoria. In questo caso, se la domanda è proposta ad un giudice diverso da quello che ha pronunciato il decreto ingiuntivo (poniamo davanti a quello del foro del consumatore, se *in thesi* l'abusività riguardi proprio quella causa), il ragionamento della Suprema Corte comporterebbe una conseguenza paradossale: il giudice adito dovrà invitare il consumatore a riassumere la causa davanti al giudice competente ai sensi dell'*art. 650 c.p.c.* (e ciò al solo fine di ottenere da questi la revoca del decreto ingiuntivo), per poi adire nuovamente il giudice competente ad accertare (se il consumatore lo ritiene) l'inesistenza del diritto di credito. Un inutile dispendio di tempo e di costi per il consumatore: una soluzione, insomma, difficilmente qualificabile come aderente al principio unionale di effettività.

d) Ancora. La pronuncia in epigrafe ritiene che, se l'esecutato abbia promosso opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, il giudizio debba essere convertito in opposizione *ex art. 650 c.p.c.*, mediante assegnazione al

²⁴ E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit., 1066, e G. COSTANTINO, *I poteri del giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo*, cit., 10.

²⁵ Lo notano già A. M. SOLDI - B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., 6.

consumatore di un termine per riassumere la causa davanti al giudice competente. Di là dal fatto che sia corretto discorrere di conversione, mi chiedo quale sarà la sorte dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, quando tra i motivi addotti dall'esecutato ci siano anche ragioni diverse da quelle relative all'abusività delle clausole contrattuali (ad es. un pagamento parziale, o un difetto di pignorabilità del bene)²⁶.

e) Le sezioni unite non affrontano espressamente l'eventualità – che per vero si era verificata proprio nel caso che aveva dato i natali al ricorso poi rinunciato da parte dell'esecutato – in cui la nullità del decreto ingiuntivo non opposto e non motivato sia rilevata in fase distributiva.

Non credo che il silenzio della Suprema Corte stia ad indicare che al giudice dell'esecuzione sia precluso il rilievo d'ufficio di quella nullità in sede di distribuzione.

È verosimile pensare che questa puntualizzazione – che si legge nella sentenza – sia dettata dalla necessità di rammentare che se il rilievo avvenga dopo la vendita forzata, gli effetti di questa rimangono validi. Del resto, le stesse sezioni unite, nel 2012, avevano chiarito che il venir meno del titolo esecutivo dopo la vendita dei beni pignorati non comporta alcuna conseguenza in capo al terzo aggiudicatario²⁷. A questa stessa conseguenza è giunta la stessa Corte di giustizia rispetto ad un caso di nullità del titolo esecutivo, dovuta all'esistenza di clausole abusive, contenute nel contratto concluso con il consumatore da cui traeva origine il credito dell'esecutante e non rilevate dal giudice della cognizione)²⁸.

Posta in questi termini la questione, v'è da ritenere che l'eventuale doglianza, sollevata in sede di opposizione distributiva, porterà il giudice dell'esecuzione a riqualificare il rimedio, ad assegnare al debitore un termine di 40 giorni per promuovere opposizione *ex art. 650 c.p.c.: more solito*, sarà necessario attendere la sospensione *ex art. 649 c.p.c.* per sospendere in tutto o in parte la distribuzione del ricavato.

²⁶ Se lo chiede anche E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit., 1067.

²⁷ Cass. Sez. Un., 28.11.2012, n. 21118, in *Riv. dir. process.*, 2013, 1558, con nota di S. VINCRE, *La stabilità della vendita forzata: un 'dogma' riaffermato*.

²⁸C. Giust. UE, 17.5.2022, causa C-600/19 *Ibercaja Banco*, cit.

f) Qualora invece l'esecuzione si sia chiusa con la distribuzione del ricavato, allora al debitore esecutato non rimarrà che il rimedio risarcitorio, da esperirsi ancora una volta nelle forme dell'art. 650 c.p.c.

In questa ipotesi, si porrà la questione della prescrizione del diritto al risarcimento del danno. Occorrerà qui fare i conti con un'altra pronuncia della Corte di giustizia, che ha dichiarato contraria alla normativa europea una normativa nazionale che prevede che il termine di prescrizione decennale, cui è agganciato il diritto alla ripetizione di somme indebitamente corrisposte ad un professionista, inizia a decorrere dalla data di esecuzione di ciascuna prestazione, anche nel caso in cui costui non fosse a conoscenza della abusività della clausola contrattuale, o non fosse in grado di valerne lui stesso l'abusività²⁹. In altri termini, stando alla sentenza della corte di giustizia, la prescrizione inizia a decorrere quando il debitore è consapevole di aver pagato in virtù di una clausola abusiva. Questo significa che graverà sul consumatore l'onere di dimostrare di essere venuto a conoscenza della nullità del contratto in un momento successivo al suo adempimento.

5. Perché il rimedio dell'opposizione tardiva rischia di apparire, dalla prospettiva europea, contrario al principio di effettività e, dalla prospettiva interna, pericoloso.

Viene fatto di chiedersi perché le sezioni unite, tra i tanti rimedi che gli interpreti avevano prospettato come possibili nei vari convegni e dibattiti che si sono susseguiti già dopo il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, abbiano pensato all'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.*

La soluzione scelta dalle sezioni unite ha l'indubbio merito di consentire la caducazione (totale o parziale) del decreto ingiuntivo, e non soltanto il venir meno della sua efficacia esecutiva, con riflessi circoscritti alla singola esecuzione pendente.

La Suprema Corte prende dunque le distanze dall'idea, avanzata all'indomani della pronuncia della Grande sezione, secondo cui se il consumatore avesse dichiarato di prestare adesione al rilievo della nullità compiuto dal giudice dell'esecuzione, ma al contempo non avesse ritenuto di promuovere un giudizio di cognizione, il giudice

²⁹ C. Giust. UE, 8.9.2022, cause riunite C-80/21, C-81/21, C-82/21, *Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères*, ECLI:EU:C:2022:646.

avrebbe potuto limitarsi a dichiarare chiusa l'esecuzione forzata (estinzione cd. anomala)³⁰.

Per la verità, chi aveva prospettato questa soluzione, aveva anche immaginato che – fermo il rilievo del giudice dell'esecuzione – il debitore esecutato avrebbe potuto proporre opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c. (in thesi, volta a dimostrare l'esistenza di clausole abusive)*; e parimenti, nell'ipotesi opposta (in cui la nullità fosse stata riconosciuta dal giudice dell'esecuzione), il creditore avrebbe potuto promuovere opposizione agli atti esecutivi.

Né mi pare *tranchant* quel passaggio motivazionale della pronuncia in cui si legge che “la corte di Lussemburgo non impone di tenere insieme, nella stessa sede processuale esecutiva, il rilievo d'ufficio e la dichiarazione di abusività delle clausole contrattuali”³¹. Obiettivo, questo, che sarebbe stato possibile perseguire se, accanto al rilievo del giudice dell'esecuzione, si fosse aperta la via all'opposizione

³⁰ Per questa soluzione, invece, già M. STELLA, *Il procedimento monitorio*, cit., 2127-2128; L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., 68; E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit.; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore*, cit.; C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria “ricarburata*, cit., 1058; E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 4; G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore*, cit., 5 s.; a commento delle Sez. Un. in epigrafe, si esprimono favorevolmente per l'estinzione anomala anche R. PARDOLESI - B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza euromunitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, in *Foro It.*, 2023, 1490.

Si tratta di una soluzione criticata da A. M. SOLDI - B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., 3, che ritengono tassativi e perciò insuscettibili di estensione analogica i casi nei quali il giudice dell'esecuzione può esercitare poteri istruttori (artt. 548, 549, 512 c.p.c.). Ragionare in senso opposto – secondo gli AA. – comporterebbe il rischio di “ridisegnare il ruolo [del g.e.] in un contesto in cui quel ruolo espressamente limita alla direzione del processo in funzione della sua utile conclusione”. Ed è quanto si legge nella motivazione del provvedimento (34) e sostanzialmente anche nella requisitoria della Procura generale, ove si osserva che il principio di autonomia processuale, riconosciuto ai singoli Stati membri, consentirebbe all'Italia di mantenere quella separazione tra esecuzione e cognizione, che sarebbe espressione di un principio di ordine pubblico generale (disponibile su www.procuracassazione.it/procura-generale/it/dett_quad_inter_norm.page?contentId=QIN12609, R.G. 24533/21, 8).

³¹ Pagina 36 della motivazione.

all'esecuzione, che pur compete al g.e. (quanto meno in caso di opposizione pre-esecutiva) ma in veste di giudice della cognizione.

Benché il titolo esecutivo sia rappresentato da un decreto ingiuntivo non opposto (dunque, si tratti di un titolo di natura giudiziale) si era sostenuto (e si continua da più parti a sostenere) che nessun giudicato implicito sulla validità del contratto si sia formato. Per questa ragione, non si ravvisava (né si continua a ravvisare) alcun ostacolo all'operare dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, proprio perché le ragioni di merito, poste a fondamento della propria domanda da parte del debitore, e dirette a caducare il decreto ingiuntivo, non sarebbero (né sono) affatto coperte dall'accertamento compiuto dal giudice del monitorio³².

Questa soluzione – a mio avviso maggiormente aderente anche alla pronuncia della Corte di giustizia – avrebbe avuto l'indubbio vantaggio di consentire una sospensione interna dell'esecuzione forzata, senza dover attendere la pronuncia del provvedimento *ex art. 649 c.p.c.* dal giudice dell'opposizione tardiva monitoria; soprattutto, si sarebbe evitato al consumatore l'onere di promuovere un giudizio davanti ad un giudice *in thesi* incompetente, le quante volte la clausola abusiva riguardasse proprio la scelta di un foro diverso da quello della residenza del consumatore³³.

³² C. CONSOLO, *Istruttoria "ricarburata"*, cit., 1058; G. COSTANTINO, *I poteri del giudice dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo*, cit.; E. D'ALESSANDRO, *Direttiva 93/13/CEE, clausole abusive e decreto ingiuntivo*, cit., 1061; M. STELLA, *Il procedimento monitorio*, cit., 2127; A.M. GAROFALO, *Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore*, in *Accademia*, 2023, 173 ss., spec. 190 ss., ma già ID., *Decreto ingiuntivo non opposto*, cit.; A. M. SOLDI- B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., 2; B. CAPPONI, *La Corte di giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Rass. es. forzata*, 2023, 126; R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto*, cit., 1490.

In argomento, per un'esposizione critica quanto alle ragioni per cui sul decreto ingiuntivo non opposto si formerebbe un giudicato implicito sugli antecedenti logico-necessari su cui si fonda il diritto di credito, sia consentito rinviare a L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., 62-65, ove richiami di dottrina e giurisprudenza.

³³ Senza considerare poi (come è stato condivisibilmente notato: A. M. SOLDI- B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., 7) che lo strumento dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* avrebbe potuto tutelare lo stesso creditore che in quella sede, in via riconvenzionale, avrebbe potuto ottenere una sentenza di condanna che sostituisse il

In questo senso, dunque, la soluzione fatta propria dalla Cassazione non mi sembra in linea con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, quale argine unionale all'autonomia degli ordinamenti nazionale. Da un lato, infatti, si costringe il consumatore ad iniziare una lite davanti ad un giudice diverso da quello adito con l'esecuzione (quello dell'opposizione *ex art. 650 c.p.c.* che rischia oltretutto di doversi dichiarare incompetente, se la clausola abusiva riguarda proprio la scelta di deroga del foro); dall'altro lato, rispetto all'esecuzione forzata pendente, si finisce per imporre una sospensione esterna al processo esecutivo (lasciandolo in una situazione di improcedibilità temporanea *de facto* – in attesa del provvedimento *ex art. 649 c.p.c.* – e, in ogni caso, mantenendo fermo il pignoramento sulle somme e sui beni, finché la vicenda oppositiva a decreto ingiuntivo non si sarà chiusa, magari impiegando tre gradi di giudizio)³⁴.

Per contro, a me pare che la soluzione favorevole all'opposizione tardiva tradisca l'intento della Suprema Corte di voler rimanere fedele a quell'idea, secondo cui la portata del giudicato che si forma in caso di decreto ingiuntivo non opposto si estende anche agli antecedenti logici necessari che costituiscono il presupposto per la pretesa fatta valere. Lo si evince chiaramente in un passaggio della pronuncia in cui si definisce l'opposizione tardiva quale unico rimedio idoneo che l'ordinamento appresta contro il giudicato e che permette di far salvo il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile³⁵.

titolo esecutivo, rappresentato dal decreto ingiuntivo, qualora in quella sede fosse stato revocato.

³⁴ C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata"*, cit., 1057. Un esito, quello criticato nel testo, al quale non si sottraeva nemmeno la soluzione dell'*actio nullitatis* prospettata dalla procura generale. Per un'analisi critica di quella proposta (e delle altre avanzate dagli interpreti in attesa della pronuncia qui in commento) sia consentito rinviare a L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo*, cit., 74 s.

³⁵ Pagina 37 della motivazione.

6. *Superamento del giudicato, anche in presenza di giudizi contumaciali a cognizione piena, se è mancato il rilievo officioso della nullità?*

Di là dalla correttezza dell'assunto, sul quale si dubita da più parti e da molto tempo, il punto non è di poco momento, perché rischia di insinuare il dubbio che l'intervento della Corte di giustizia non sia giustificato dall'assenza di un contraddittorio effettivo (o possibile) con il consumatore – cosa che manca nella fase monitoria che precede il decreto ingiuntivo – ma dal fatto che il giudicato si sia formato senza motivare in ordine all'abusività delle clausole.

Ci chiede, ad esempio, se le stesse conseguenze che derivano da un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato debbano estendersi anche ad una sentenza, emessa a valle di un procedimento che si svolge a contraddittorio pieno, quando il consumatore sia rimasto contumace e non vi sia stato alcun rilievo da parte del giudice circa l'esistenza di clausole abusive. Se ciò accade, è possibile sollevare la questione per la prima volta in sede esecutiva?

A me pare di no e per più di un motivo: la contumacia, nel nostro ordinamento, non dà luogo ad una *ficta confessio*, ma impone al creditore di provare i fatti costitutivi del proprio diritto; dunque, se il credito nasce da un contratto, il contratto stesso va prodotto o comunque provato (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 dichiarare se intenda o non intenda avvalersi della nullità di protezione³⁶.

Ad ogni modo, anche qualora il giudice avesse omesso di rilevare la nullità 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, comma 1°, c.p.c.)³⁷. La

³⁶ E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., § 4.

³⁷ Per queste ragioni, non mi sembra condivisibile la conclusione raggiunta dal g.e. che, preso atto che la sentenza di rigetto dell'opposizione a decreto ingiuntivo (messa poi in esecuzione) non conteneva alcuna motivazione circa l'abusività/non abusività delle clausole del contratto sul quale il decreto ingiuntivo era stato pronunciato, ha

sentenza di primo grado sarà nulla, il vizio potrà costituire motivo di impugnazione ma dovrà considerarsi sanato con il passaggio in giudicato del provvedimento³⁸, precludendo ad un attento giudice dell'esecuzione il potere di rilevare egli stesso l'abusività della clausola.

In questo senso si è espressa in passato la Corte di giustizia che, nel riconoscere la centralità che il principio dell'autorità della cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento euro-unitario sia nei sistemi nazionali, ammette che la tutela del consumatore non possa considerarsi assoluta³⁹. Nel precedente unionale *Asturcom* (2009) si legge che “il rispetto del principio di effettività non può giungere fino al punto di esigere che un giudice nazionale debba (...) 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”⁴⁰.

Non mi pare che ad una diversa conclusione possa addivenirsi invocando un diverso precedente della Corte di giustizia del 2018⁴¹. In quel caso, è sì vero che la Corte ha stabilito che la dir. n. 13/93 CEE “dev'essere interpretata nel senso che un giudice nazionale che si

assegnato al consumatore il termine di 40 giorni per promuovere opposizione *ex art.* 650 c.p.c.: cfr. Trib. Ivrea, 16.5.2023, inedita.

³⁸ Così anche E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit., 10; v. anche C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria “ricarburata”*, cit., 1065.

³⁹ C. Giust. UE, 6.10.2009, causa C-40/2008 *Asturcom*, EU:C:2009:615 (punti 57-58).

⁴⁰ C. Giust. UE, 6.10.2009, cit. (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'abusività 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.

⁴¹ C. Giust. UE, 17.5.2018, causa C-147/2016, *Karel de Grote*, ECLI:EU:C:2018:320.

pronuncia in contumacia ed è competente, secondo le norme di procedura nazionali, ad esaminare d'ufficio se la clausola su cui si basa la domanda sia contraria alle norme nazionali di ordine pubblico, è tenuto ad esaminare il contratto e a verificare se esso contenga una clausola abusivo".

La conclusione cui la Corte di giustizia è giunta, in quel contesto è stata la contrarietà del giudicato che si era formato al diritto dell'Unione. Tuttavia, va considerato che l'ordinamento che aveva formulato il rinvio (quello belga) impone al giudice nazionale che si pronuncia in contumacia di ammettere le domande o le difese della parte costituita, sempre che il procedimento, tali domande o tali difese non siano contrari all'ordine pubblico⁴². Una situazione, dunque, ben diversa da quella che connota il nostro ordinamento.

7. Consumatore, decreto ingiuntivo non opposto e non motivato e liquidazione controllata.

La pronuncia delle sezioni unite prende in considerazione solo il caso di un decreto ingiuntivo, non opposto e non motivato, che sia invocato quale titolo esecutivo in una esecuzione forzata individuale.

Tuttavia, l'esigenza di tutelare il consumatore, quando un controllo sull'abusività/non abusività delle clausole contrattuali non sia stato compiuto dal giudice del monitorio, potrebbe sorgere anche in caso di esecuzione collettiva: mi riferisco all'ipotesi in cui, per volontà del consumatore stesso o dei suoi creditori, sia stata aperta una liquidazione controllata: procedura, questa, che nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (artt. 268 ss.) ha preso il posto della liquidazione del patrimonio, di cui alla l. 27.1.2012, n. 3⁴³.

Mi chiedo cosa accade quando il creditore insinui il proprio credito, producendo a prova dello stesso, un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato. In quali sedi endo-concorsuali è possibile sollevare la

⁴² Per queste ragioni non convince la conclusione cui giunge C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., spec. 82 s., che ritiene di estendere il principio enunciato dalla Corte di giustizia anche all'ordinamento italiano.

⁴³ Di un siffatto caso, del resto, si è già occupata la *Cour de cassation*, *ch. comm.*, 8.2.2023, n. 21-17763, disponibile su <https://www.courdecassation.fr/decision/63e34ccc500dc805de37cd9b>.

nullità del decreto ingiuntivo, non motivato quanto all'abusività/non abusività delle clausole?

Come noto, nella liquidazione controllata, diversamente da quel che accade in quella giudiziale, la fase di formazione del passivo non si svolge davanti ad un giudice ma è costruita *grosso modo* sulle orme di quella propria di una liquidazione coatta amministrativa, tant'è vero che non si chiude con un provvedimento giurisdizionale⁴⁴: la domanda di ammissione al passivo è presentata al liquidatore, cui spetta il ruolo di stabilire chi ha titolo per partecipare ai riparti. Soltanto se sorgono contestazioni, che il liquidatore non ritenga superabili, allora gli atti vanno rimessi al giudice delegato perché provveda alla formazione del passivo (art. 273, comma 5°, CCII), con decreto soggetto a reclamo davanti al collegio di cui non può far parte il giudice delegato (art. 273, comma 6°, CCII).

Lo scenario che può prospettarsi – quando il creditore insinui la propria pretesa nel passivo di una liquidazione controllata aperta contro il consumatore, in forza di un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato – è articolato.

Non mi pare che si pongano particolari questioni, là dove il liquidatore si avveda della nullità del decreto ingiuntivo non opposto e non motivato: in questo caso, egli potrà valutare quale sia l'importo per il quale ammettere il credito; a fronte di eventuali contestazioni del creditore, opereranno i rimedi previsti dagli art. 273, commi 5°-6°, CCII). È certamente vero che il decreto che il giudice delegato emetterà (così come quello che renderà eventualmente il collegio in sede di impugnazione), quand'anche confermassero l'ammissione al passivo per un *quantum minoris* (se la clausola abusiva, ad es., riguarda gli interessi) o rideterminassero l'entità del credito (solo perché accertato da un giudice, competente in forza di una clausola abusiva) non comporteranno certo la caducazione del decreto ingiuntivo. Questa conclusione è impedita dall'efficacia endo-concorsuale che caratterizza quei provvedimenti, arg. *ex* art. 204 CCII, che riprende quanto stabiliva l'art. 96, ultimo co., l. fall. È altrettanto vero, però, che, benché quel decreto ingiuntivo rimanga formalmente in vita, nessuna iniziativa

⁴⁴ M. MONTANARI, *La liquidazione del patrimonio del debitore non fallibile*, in *La nuova disciplina del sovraindebitamento*, diretto da M. IRRERA e S.M. CERRATO, coord. da F. PASQUARIELLO, Bologna, 2021, 378; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi di impresa*, Milano, 2023, 634.

esecutiva residuerà in capo al creditore, una volta chiusa la liquidazione controllata, dal momento che il consumatore beneficerà dell'effetto esdebitatorio (art. 282 CCII).

Per contro, il problema è destinato a porsi se il liquidatore ammetta al passivo il creditore, senza avvedersi che il credito del professionista sia accertato da un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato: in questo caso, non v'è modo per il giudice delegato di sindacare sul provvedimento di ammissione al passivo. D'altro canto, proprio la pendenza di una liquidazione controllata – che importa la perdita per il debitore della *legitimitas ad causam*, in forza del richiamo all'art. 143 CCII, contenuto nell'art. 270, comma 5°, CCII – renderebbe impraticabile la soluzione di un'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo.

Ebbene, si vogliono calare i principi enunciati dalle stesse sezioni unite nel contesto concorsuale, l'alternativa che si pone è la seguente: da un lato, si può immaginare che la tutela del consumatore trovi eccezionalmente attuazione in sede di ripartizione dell'attivo; per la precisione, si dovrebbe riconoscere che, sorta una contestazione in sede di riparto che il liquidatore non riesca a risolvere, il giudice delegato possa pronunciare decreto motivato, ai sensi dell'art. 275, comma 6°, CCII, che escluda in tutto o in parte dal riparto il creditore, a motivo del rilievo della clausola abusiva che abbia condotto alla pronuncia del decreto ingiuntivo. Un controllo – quello ipotizzato – davvero singolare, dal momento che le questioni relative all'esistenza e all'opponibilità del credito insinuato debbano trovare spazio solo in sede di accertamento del passivo⁴⁵.

Se, invece, si ritenga che in sede di riparto la questione della nullità del decreto ingiuntivo non opposto e non motivato non possa più essere sollevata, allora non resta che concludere nel senso che – chiusa la liquidazione controllata - il debitore tornato *in bonis* possa esperire agire con un'azione di ripetizione dell'indebito, analogamente a quanto si è visto accadere quando l'esecuzione forzata si chiude senza che la nullità di protezione sia stata oggetto di rilievo da parte del giudice dell'esecuzione, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia⁴⁶. Anche in questo caso, come si è immaginato debba accadere se

⁴⁵ Per tutti, ID., *op. ult. cit.*, 471.

⁴⁶ C. Giust. UE, 8.9.2022, cause riunite C-80/21, C-81/21, C-82/21, cit.

l'esecuzione individuale si chiuda senza il rilievo della nullità del titolo esecutivo, l'azione dovrà esperirsi nelle forme dell'art. 650 c.p.c..