



GUIDOMARIA DE CESARE

La cedevolezza del giudicato in materia consumeristica fra *acquis* giurisprudenziale e prospettive future

La giurisprudenza nazionale ha solo in parte recepito i principi enunciati dalla Corte di giustizia nel 2022 a proposito della necessità di riconoscere poteri cognitori anche al giudice dell'esecuzione, quando il giudice del monitorio non abbia debitamente motivato circa l'assenza di clausole vessatorie nei contratti di consumo. Il rischio di una futura procedura di infrazione induce a tornare nuovamente sul tema e a prospettare un *handbook* alternativo a quello stilato delle Sezioni Unite nel 2023.

National case law has only partially applied the principles set out by the Court of Justice in 2022 regarding the need to recognise adjudicatory powers also to the enforcement judge, where the judge of the order of payment proceeding has failed to provide adequate reasoning as to the absence of unfair terms in consumer contracts. The risk of future infringement proceedings prompts a renewed examination of the matter and the proposal of an alternative handbook to that issued by the Italian Supreme Court in 2023.

Sommario: 1. Introduzione al tema: rilievo del riparto di competenze sul problema della cedevolezza del giudicato anticonsumeristico e la funzionalizzazione dei poteri officiosi del giudice del monitorio. – 2. L'antefatto delle sentenze gemelle. – 3. La soluzione della Corte di giustizia: la tardività dell'opposizione non preclude il rilievo della nullità delle clausole abusive da parte del giudice dell'esecuzione. – 3.1. I limiti alla cedevolezza del giudicato anticonsumeristico. – 4. Accoglienza in dottrina delle sentenze del 17 maggio 2022: apocalittici vs integrazionisti. – 4.1. Segue: la visione apocalittica. – 4.2. Segue: la visione integrata. – 5. Il recepimento delle sentenze della Corte di giustizia del 17 maggio 2022 da parte di Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479. – 6. L'accoglimento dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nella giurisprudenza di merito. – 7. Le posizioni della dottrina. – 7.1. Segue: la tesi dell'opposizione all'esecuzione e della rilevanza d'ufficio dell'abusività della clausole da parte del giudice dell'esecuzione e la conseguente ammissibilità dell'opposizione agli atti esecutivi. – 7.2. Segue: la tesi dell'*actio nullitatis*. – 7.3. Segue: la tesi del rimedio revocatorio. – 8. Nostre considerazioni sui principi enunciati dalle Sezioni Unite. 9. Il nostro *handbook*: una soluzione alternativa a quella offerta dalle Sezioni Unite. – 9.1. Limiti dei principi enunciati dalle Sezioni Unite rispetto al contenzioso transfrontaliero. – 9.2. Limiti della soluzione offerta dalle Sezioni Unite rispetto all'esecuzione collettiva. Il problema della liquidazione controllata del consumatore sovraindebitato. – 9.3. La compatibilità dell'*handbook* stilato dalle Sezioni Unite con l'espropriazione contro il terzo proprietario. – 10. Considerazioni di sintesi.

1. Introduzione al tema: il rilievo del riparto di competenze sul problema della cedevolezza del giudicato anticonsumeristico e la funzionalizzazione dei poteri officiosi del giudice del monitorio

Il fenomeno della cedevolezza della cosa giudicata contraria al diritto unionale¹ – originariamente circoscritto alle sole materia di competenza esclusiva, come il settore degli aiuti di Stato incompatibili con il mercato unico², ma oggi in via di rapida estensione anche alle materia di competenza concorrente e, in particolare, a quella consumeristica – trova la propria giustificazione istituzionale nel principio di attribuzione, ossia nel riparto di competenze divisato dai Trattati europei. L'imperativo proveniente dall'art. 38 della Carta di Nizza, secondo cui il diritto unionale deve garantire «un livello elevato di protezione dei consumatori», parrebbe imporre la disapplicazione del giudicato che preclude di valutare il carattere abusivo delle clausole contrattuali, inserite nel contratto *btv* in violazione dell'art. 6 della direttiva 93/13/CEE. In altri termini, la forza del principio di effettività del diritto unionale è tale da poter limitare l'ambito di operatività di talune costruzioni teoriche circa l'oggetto del giudicato che rendano impossibile o eccessivamente difficile l'inveramento della norma comunitaria munita

¹ Su cui v. la recente indagine di F. PINTO, *La cedevolezza del giudicato civile a fronte delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *DPCleC*, p. 133 ss.; v. anche i più risalenti contributi di F. CORDOPATRI, *La "crisi" del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 4-5, 2016, p. 894 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *La cosa giudicata: fine di un mito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2014, p. 1369 ss.

² È noto, infatti, che l'apogeo della c.d. "crisi del giudicato" è stato segnato da Corte giust., 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Lucchini*, § 63, quando i giudici del *Kierchberg* per la prima volta hanno ordinato la diretta disapplicazione del giudicato nazionale incompatibile con l'obbligo comunitario, suggellato da una previa decisione della Commissione, di recuperare un certo regime di aiuti di Stato incompatibili con il mercato unico. La sentenza è stata oggetto di numerose ricostruzioni e commenti in dottrina, tra i quali si segnalano: P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario* in *Rass. Trib.*, 2007, p. 1591; C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?* in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 224 ss.; *Id.*, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla cedu a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009, Bologna, 2011, p. 184 ss.; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, *ivi*, p. 361 ss.; E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, 11, c. 534 ss.; N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 561 ss.; F. P. LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, in *La crisi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, p. 75 ss., poi in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 17 ss.; A. BIONDI, *Case Law Comment: Case C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini SpA*, XLV, in *CMLR*, 2008, p. 1459 ss.; P. BŘÍZA, *Lucchini SpA – is there anything left of res judicata principle?*, in *Civil Justice Quarterly*, 2008, p. 40 ss.; P. NEBBIA, *Do the rules on state aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, in *ELR*, 2008, p. 427 ss. Tuttavia, l'obbligo comunitario di disapplicare il giudicato ostativo al recupero degli aiuti di Stato erogati alla Lucchini è stato vanificato da Corte app. Roma, 20 dicembre 2019, n. 7949, in *Giur. it.*, 12, 2021, p. 2638 ss., su cui v., *si vis*, G. DE CESARE, *Ancora Lucchini! La Corte d'Appello di Roma aziona i "controlimiti" a difesa del giudicato nazionale*. In quell'occasione i giudici capitolini si sono spinti fino ad attivare i controlimiti, postulando la violazione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura. Più di recente, la giurisprudenza nazionale ha però nuovamente rovesciato la prospettiva ammettendo la disapplicazione del giudicato nazionale incompatibile con una sopravvenuta decisione di recupero di aiuti di Stato illegittimi da parte della Commissione (cfr., in tal senso, Cass. 1° settembre 2023, n. 25633, sui cui v., *si vis*, le nostre osservazioni in G. DE CESARE, *Il giudicato nazionale si arrende alle decisioni di recupero degli aiuti di Stato illegittimi? Nota a Cass., sez. trib., 1° settembre 2023, n. 25633*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, p. 195 ss.).

di efficacia diretta³, trattandosi di espedienti giurisprudenziali che, seppur foggiate nella speranza di conseguire effetti di economia processuale⁴, non sono costituzionalmente imposti ed anzi mostrano tutta la loro fragilità al cospetto del diritto unionale.

Le coeve sentenze della Corte di giustizia *Ibercaja Banco*, *Impuls Leasing România*, *Unicaja Banco*, *SPV Project 1503 Srl* e *Banco di Desio e della Brianza SpA*⁵ hanno ridisegnato i limiti

³ L'impatto del principio di effettività sulle disposizioni processuali che impediscono o comprimono il compendio di tutele accordato ai consumatori dalla disciplina comunitaria è stato studiato, fra gli altri, da A. ANDOLFI, *L'incidenza del canone di effettività del diritto dell'Unione sulla disciplina processuale degli Stati membri: l'esperienza spagnola*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2020, p. 1255 ss.; R. C. FELIPE-S. T. TOMAS, *La trasformazione del processo civile spagnolo per effetto del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2024, p. 1239 ss., spec. 1248 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2019, p. 1223 ss.

⁴ È diffusa l'idea secondo cui la consumazione del deducibile sarebbe strumento di amministrazione della giustizia a risorse scarse che dovrebbe produrre un effetto deflativo del contenzioso. In chiave di analisi economica del processo, è stato però dimostrato da A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, p. 1560 ss., spec. 1565, che la preclusione da giudicato implicito non è strumento di economia processuale in senso tecnico; infatti, se le parti sanno di essere pregiudicate da decisioni rese implicitamente su questioni non discusse, rilevanti ai fini di future e possibili controversie, il cui contenuto è difficilmente prevedibile, queste dedurranno in giudizio anche tali questioni, quandanche la strategia difensiva suggerisca tutt'altro: il rischio di preclusione derivante dalle maglie larghe del giudicato induce le parti a dedurre più di quanto strettamente necessario. Sicché il saggio complessivo è tendenzialmente negativo: la riduzione del numero dei fascicoli, favorita dall'estensione della gittata del giudicato, è compensata dall'inflazione delle questioni dedotte nel singolo processo, con un risultato tendenzialmente negativo, poiché «la regola processuale rende attuale un interesse a dedurre che sarebbe altrimenti solo potenziale»; v. anche ID., *Intervento*, in *La crisi del giudicato*, cit., p. 356. Sull'inefficienza della preclusione da giudicato implicito su questioni di merito si veda anche l'analisi di Y. SINAI, *The Downside of Preclusion: Some Behavioural and Economic Effects of Cause of Action Estoppel in Civil Actions*, in *McGill Law Journal*, 2011, p. 673 ss., spec. 688.

⁵ Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-600/19, *Ibercaja Banco*; Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-725/19, *Impuls Leasing România*; Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-869/19, *Unicaja Banco*; Corte giust., 17 maggio 2022, in cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl* e *Banco di Desio e della Brianza SpA*, su cui si vedano i commenti di A. ASTONE, *Contratti del consumatore e clausole abusive: significativo squilibrio e dovere di trasparenza nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Rivista dell'associazione civilisti italiani*, 1, 2024, p. 113 ss.; F. AULETTA, *Tutela del consumatore e decreto ingiuntivo non opposto: il ruolo del giudice dell'esecuzione alla luce della recente giurisprudenza della Cgue*, in *www.giustiziacivile.com*, 6 febbraio 2023; L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, p. 57 ss.; P. BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivistapactum.it*, 10, 2022; M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, in *www.judicium.it*, 1° agosto 2023; B. CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *www.judicium.it*, 18 gennaio 2023; A. CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, a cura di S. CAPORUSSO e E. D'ALESSANDRO, in *Giur. it.*, 2022, p. 485 ss.; V. CECCARELLI, *La tenuta del giudicato civile alla prova della tutela consumeristica. I poteri del giudice dell'esecuzione sotto la lente della Corte di Giustizia*, in *Jus Civile*, 2022; A. CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Riv. es. forz.*, 2022, 707 ss.; G. COSTANTINO, «Certeza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, «accertamento con prevalente funzione esecutiva», «normativa senza giudizio», «preclusione pro judicato» e clausole vessatorie, in *www.inexecutivis.it*; 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-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in *Judicium*, 2022; ID., *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in

oggettivi del giudicato in materia consumeristica, introducendo surrettiziamente nel sistema, finanche imponendolo al diritto vivente, una deroga alla regola del «fare stato ad ogni effetto», nella convinzione che la scelta del rito incida sull'ambito oggettivo del giudicato⁶, quando la

Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo, cit., p. 541 ss.; ID., *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1060 ss.; F. DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, in www.giustiziainsieme.it, 24 febbraio 2023; ID., *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, 27 settembre; I. FEBBI, *La Corte di giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in www.judicium.it, 12 luglio 2022; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in *Quest. giust.*, 2023; D. U. GALLETTA-M. GIAVAZZI, *Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2022, p. 97 ss.; A. M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, in *NGCC*, 2023, p. 86 ss.; ID., *Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore*, in *Rivista dell'associazione civilisti italiani*, 1, 2023, p. 173 ss.; A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 294 ss., spec. 301; S. GUZZI, *L'intangibilità del giudicato monitorio della Corte di giustizia e i suoi limiti: tra esigenze di stabilità e tutela del consumatore*, in *Dir. un. eur.*, 2, 2022, p. 327 ss.; D. LONGO, *Le questioni poste dalle pronunce della corte di giust. ue del 17 maggio 2022 in punto di tutela giurisdizionale del consumatore esecutato: considerazioni introduttive*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, a cura di D. LONGO, Bari, 2022, p. 3 ss.; 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 Judicium.it, 24 giugno 2022; D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, *ivi*, 28 febbraio 2023; S. 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 agosto 2022; M. MOROTTI, *Nullità di protezione e decreto ingiuntivo: poteri del giudice e (assenza di) giudicato*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 2023; G. PARISI, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in www.Giustiziacivile.com, 2022, e poi in *Riv. es. forz.*, 2022, p. 686 ss.; G. M. RUOTOLO, *I poteri officiosi del giudice nazionale e il concetto di giudicato interno*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 96 ss.; 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, 12 aprile 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*, in www.questionegiustizia.it; P. SPAZIANI, *Ampliamento della giurisdizione oggettiva e nuovi limiti del giudicato dopo la sentenza della Corte di Giustizia UE del 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19)*, www.Giustiziainsieme.it, 2022; R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurounitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, in *Foro.it*, 2023, V, c. 1486 ss.; G. RAITI, *Non compatibile con l'ordinamento UE il giudicato nazionale implicito sulla questione di vessatorietà delle clausole dei contratti consumeristici*, in *Ridare*; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 63 ss.; R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, in Judicium.it, 3 marzo 2023; A. 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 febbraio 2023; A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, Torino, 2024, p. 1053 ss.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 10, 2022, p. 2126 ss.; A. TURMO, *"A new chapter in the saga of national res iudicata and the effectiveness of EU Law: Confirming the trend towards increasing encroachments upon domestic procedural law"*, *EU Law Live*, 30th May 2022; S. VINCRE, *Le nullità consumeristiche tra necessità di protezione e di certezza. Brevi osservazioni sulle ricadute della decisione della Corte di giustizia del maggio 2022 sul decreto ingiuntivo e sull'esecuzione*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 204 ss.

⁶ È questa la visione pragmatica di A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, trad. it. a cura di D. VOLPINO, Milano, 2009, p. 149 ss: nello stesso senso, I. PAGNI, *Il contratto nel processo*, Milano, 2022, p. 39; nonché G.

preclusione derivante «dall'ombra lunga del giudicato implicito⁷» finisca per frustrare l'esigenza di effettività sottesa alla disciplina consumeristica, precludendo la possibilità di valutare il carattere abusivo delle clausole contrattuali in assenza di motivazione sul punto da parte del giudice della fase sommaria del rito monitorio, purché il consumatore non sia rimasto del tutto inerte.

L'idea di una tutela rafforzata del consumatore in sede processuale, anche derogando al diritto vivente di matrice giurisprudenziale generalmente condiviso, è emersa ben prima del 17 maggio 2022⁸. L'iniziativa del Tribunale di Milano, in funzione di giudice dell'esecuzione⁹, che, nel 2019, ha sollevato dinanzi alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali, è il coronamento di un lungo percorso iniziato almeno un ventennio addietro¹⁰. Entrambi i rinvii interrogavano il *Plateau Kirchberg* circa l'estensione dei poteri officiosi del giudice dell'esecuzione, quando l'azione esecutiva sia esperita nei confronti di un consumatore. Più precisamente, il giudice meneghino sollevava il problema della vincolatività per il giudice dell'esecuzione del giudicato promanante da un decreto ingiuntivo, non tempestivamente opposto, nonostante il contratto di consumo fosse affetto da clausole abusive e di ciò non si fosse avveduto il giudice del monitorio.

A ben vedere, i due rinvii poggiano su una convinzione comune: è indimostrato che, nel nostro ordinamento, il giudice dell'esecuzione debba limitarsi ad un ruolo notarile. Questo *stilum curiae* è foriero di porsi in contrasto con il diritto unionale, nella misura in cui, la netta cesura tra cognizione ed esecuzione, impedisce al giudice di quest'ultima fase di rilevare vizi di merito del titolo esecutivo. In fase monitoria viene richiesto al giudice di valutare d'ufficio che

COSTANTINO, «Certezza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 342.

⁷ Espressione mutuata da G. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2017, p. 41 ss., spec. 64 ove si pone in dubbio la tenuta della regola giurisprudenziale dell'estensione del giudicato anche a questioni su cui «è mancata qualunque calibrazione dell'impegno difensivo», dal momento che più di un argomento milita contro la formazione *per silentium* del giudicato sul rapporto: a) la formazione del vincolo da *bis in idem* pur in assenza di contraddittorio delle parti sul punto stride con la regola dell'art. 101, comma 2, c.p.c. nella misura in cui consente un esito decisivo irretrattabile su questione non affrontata dalle parti; b) l'estensione del giudicato a questioni pregiudiziali di merito non discusse finisce per travisare la funzione del giudicato in relazione al principio dispositivo che è quella di rendere irretrattabile l'accertamento della situazione fatta valere in giudizio e non di «definire per sempre la relazione intercorrente tra le parti» (così A. CERINO CANOVA, in *Commentario del c.p.c.* (diretto da Allorio), II, Torino 1980, p. 139).

⁸ Invero, Trib. Macerata, 1° marzo 2019, reperibile per esteso nella banca dati *DeJure*, aveva già affermato che il diritto dell'Unione europea osta a che l'inerzia del consumatore nel proporre opposizione (tempestiva o tardiva) determini la formazione di un accertamento incontrovertibile per preclusione che renda impossibile ad un successivo giudice la verifica, non precedentemente effettuata, della abusività delle clausole contenute in un contratto di consumo.

⁹ Trib. Milano, 13 settembre 2019, *SPV Project 1503 Srl/Dobank SpA/YB*, in Gazz. uff. UE 23 dicembre 2019; Trib. Milano, 14 novembre 2019, *Banco di Desio e della Brianza SpA e a./YZ, ZW*, in Gazz. uff. UE 3 febbraio 2020.

¹⁰ Si allude in particolare a Corte giust., 27 giugno 2002, in cause riunite C-240/98 e C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, la quale ha affermato per la prima volta il principio secondo cui la mancata ricezione della direttiva 93/13/CEE da parte dell'ordinamento spagnolo, non impedisce al giudice nazionale di declinare d'ufficio la propria competenza, attribuitagli in ragione di una clausola abusiva di deroga del foro del consumatore.

sussistano le «condizioni di ammissibilità¹¹» della domanda ingiuntiva, come si trae dalla rubrica dell'art. 633 c.p.c., fra le quali è difficile negare che vi rientri anche la valutazione della legittimità della pretesa creditoria, a più forte ragione quando tale valutazione venga imposta dal diritto europeo a tutela del consumatore stesso. Nessuno ad oggi dubita che la carenza delle suddette condizioni sia rilevabile d'ufficio¹², né pare potersi obiettare che il riconoscimento di un potere di valutazione officiosa è destinato ad entrare in crisi ove l'abusività della clausola non emergesse *ictu oculi*, richiedendo lo svolgimento di più approfonditi incidenti istruttori, se del caso anche attraverso lo strumento offerto dall'art. 640, comma 1, c.p.c., siccome ciò non trasformerebbe la fase sommaria del procedimento monitorio in un giudizio a cognizione piena¹³.

L'ormai ultraventennale orientamento della Corte di giustizia relativo alla rilevanza officiosa delle clausole vessatorie contenute nei contratti di consumo, trova la propria giustificazione nella consapevolezza che l'attribuzione di poteri officiosi al giudice della fase sommaria costituisce strumento essenziale per l'inveramento della disciplina consumeristica: attraverso l'iniziativa giudiziale si massimizzano le *chances* di evitare l'errore allocativo derivante dalla clausola abusiva, favorendo il riequilibrio dell'asimmetria esistente fra professionista e consumatore¹⁴. Dal punto di vista normativo, si suole attribuire all'art. 6 della direttiva

¹¹ Su cui v. il classico studio del P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, in *Opere Giuridiche*, IX, RomaTre-Press, Roma, 2019, p. 50 ss., il quale utilizza l'espressione «presupposti processuali speciali» per descrivere le condizioni che devono sussistere affinché il giudice del monitorio possa accogliere la richiesta ingiuntiva, la cui insussistenza non implica però alcuna preclusione alla possibilità di riproporre la domanda in sede di cognizione ordinaria.

¹² Cfr., per tutti, E. F. RICCI, *I poteri del giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo, secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1473 ss., spec. 1477, secondo cui il ragionamento articolato dalla Corte presenterebbe un'indubbia *vis expansiva* e «si presta ad essere esteso anche agli altri impedimenti processuali oggetto di eccezione in senso stretto».

¹³ Invero, la dottrina, che si è a lungo affaticata per ricostruire l'ambito dei poteri officiosi del giudice monitorio, complice anche l'adozione da parte del legislatore di una soluzione mediana fra il procedimento monitorio pure e quello documentale (secondo la dicotomia proposta dal P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, in *Opere Giuridiche*, cit., p. 14 ss.), ha proposto ricostruzioni assai eterogenee della cognizione esercitata dal giudice nella fase sommaria. Taluni hanno ritenuto che il giudice sia chiamato esclusivamente a verificare la sussistenza dei presupposti di volta in volta necessari ai fini dell'emissione dell'ingiunzione (A. PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 294 ss., spec. 299), altri invece hanno affermato l'esistenza in capo al giudice del potere-dovere di operare una cognizione della domanda, sia pure superficiale, per rilevarne, anche officiosamente, vizi di carattere sostanziale che ne impediscano la delibabilità (S. MENCHINI, *Il giudicato civile*², Torino, 2002, p. 354 ss.), altri ancora hanno più convincentemente affermato che il giudice del monitorio deve conseguire un grado di persuasione, quanto alla sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda, ben superiore al *fumus boni iuris* dei procedimenti cautelari, in misura sostanzialmente analoga a quella proprio dell'ordinario giudizio di cognizione, donde la sussistenza di un potere affatto diverso di rilevare officiosamente questioni impedienti rispetto a quello del giudice del giudizio a cognizione piena (così, A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, p. 119 ss.).

¹⁴ Sul tema v. l'ampio lavoro di A. BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, Cambridge, 2018, p. 134, la quale osserva assai acutamente che le prime decisioni della Corte di giustizia sulla rilevanza d'ufficio delle clausole abusive risultano costruite non sul principio di autonomia procedurale e sui suoi limiti, ma sull'interpretazione teleologica delle disposizioni di natura sostanziale, da cui deriverebbe l'obbligo per il giudice di impedire una cristallizzazione di contratti incompatibili con gli imperativi ritraibili dalla direttiva 93/13/CEE.

93/13/CEE natura di norma imperativa, assimilabile alle disposizioni interne di ordine pubblico, in virtù della rilevanza anche pubblicistica della tutela del consumatore¹⁵. In questo contesto, la Corte di giustizia ha inteso il rilievo officioso della clausola abusiva come un vero e proprio obbligo, rispetto al quale il giudice nazionale è tenuto a conformarsi non appena dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine¹⁶, esercitando, se necessario, anche poteri istruttori officiosi, quando gli elementi di diritto e di fatto contenuti nel fascicolo «suscitano seri dubbi quanto al carattere abusivo di talune clausole¹⁷». La Corte di giustizia ha dunque costruito un modello di giudice del monitorio che, seppur attivo, non è inquisitore, non è parziale, né paternalistico¹⁸: a prescindere dalla costituzione del consumatore, il giudice del monitorio è tenuto all'applicazione del diritto unionale, rilevando d'ufficio la sussistenza di clausole abusive e, dunque rigettando la domanda monitoria. E ciò perché, nel disegno europeo, il giudice, nelle materie di competenza esclusiva o concorrente, è chiamato a contrastare fenomeni di darwinismo giudiziale, impedendo che si realizzino fallimenti di mercato, talora anche pulviscolari, come nel caso della tutela consumeristica¹⁹, ma che comunque sottintendono un errore allocativo e dunque una violazione di legge²⁰.

Altro è che il giudice della fase monitoria abbia omissso di valutare d'ufficio l'abusività della clausola e di darne poi conto in motivazione. Secondo il diritto vivente, il provvedimento di accoglimento conclusivo del procedimento monitorio, benché reso in assenza di contraddittorio e succintamente motivato, è idoneo ad acquisire efficacia di giudicato, non solo sulla pretesa azionata ma anche sulla sussistenza del rapporto²¹. Bisogna dunque domandarsi se il nobile obiettivo di contrastare fenomeni di darwinismo giudiziario in settori sensibili, come quello consumeristico, possa spingersi fino a rimettere in discussione l'autorità del giudicato

¹⁵ Cfr., in tal senso, Corte giust., 26 ottobre 2006, in causa C-168/05, *Mostaza Claro*, § 38. In dottrina, v. anche B. SANCHEZ LOPEZ, *Efectividad vs. cosa juzgada de cláusulas abusivas en el proceso monitorio*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea: riflessioni trasversali e transfrontaliere su titolo esecutivo e giudicato*, cit., p. 143 ss.; V. PEREZ DAUDI, *La proteccion procesal del consumidor y el orden publico comunitario*, Barcelona, 2018, p. 28 ss.

¹⁶ Cfr. Corte giust., 4 giugno 2009, in causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt.*, § 32; più di recente, nello stesso senso, Corte giust., 4 giugno 2020, in causa C-495/19, *Kancelaria Medius SA*, § 37.

¹⁷ Cfr. Corte giust., 11 marzo 2020, in causa C-511/17, *Gyogyné Lintner*, § 38.

¹⁸ Secondo quanto affermato da A. BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, cit., p. 190.

¹⁹ Sul tema v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi*, Napoli, 2010, p. 116, nota 58, il quale riconduce la nullità di protezione alla tutela del corretto assetto concorrenziale del mercato, nell'ottica di prevenirne il fallimento.

²⁰ Piace a tal proposito richiamare P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici*⁴, Firenze, 1959, rist. 1989, p. 340, ove si legge che «[L]a ingiustizia avvelena anche in dosi omeopatiche».

²¹ La giurisprudenza prevalente caldeggia l'orientamento favorevole alla formazione del giudicato e all'estensione della sua efficacia preclusiva anche al rapporto fondamentale implicitamente dedotto con la domanda monitoria: cfr., fra le tante, Cass. 19 luglio 2024, n. 25180; Cass. 24 marzo 2021, n. 8299; Cass. 24 settembre 2018, n. 22465; Cass. 18 luglio 2018, n. 19113; Cass. 28 novembre 2017, n. 28318; tuttavia, in tempi ancora recenti, è possibile trovare dei precedenti di legittimità in cui viene affermato l'esatto contrario, Cass. 26 giugno 2020, n. 12111; Cass. 9 febbraio 2015, n. 2370; Cass. 25 novembre 2010, n. 23918; Cass. 16 novembre 2006, n. 243737; Cass. 6 luglio 2002, n. 9857.

implicitamente formatosi sulla validità del rapporto affetto da clausole abusive anticomunitarie e solo formalmente “sanato” dalla formazione del giudicato implicito.

2. L’antefatto delle sentenze gemelle

La soluzione adottata dalla Grande Camera non sembra del tutto indifferente all’andamento dei fatti di causa²². Nel caso da cui è originato il primo rinvio²³, i creditori avevano avviato l’esecuzione sulla scorta di un decreto ingiuntivo non opposto. Il giudice dell’esecuzione, ritenendo che la clausola relativa alla quantificazione del tasso di interesse moratorio potesse essere vessatoria, per sostanziale violazione delle regole nazionali in tema di usura, disponeva la produzione dei contratti di finanziamento sulla cui base era stato emesso il decreto ingiuntivo ed invitava il debitore ad avvalersi della nullità di protezione, con conseguente riduzione del credito, laddove la vessatorietà risultasse accertata. Manifestata la volontà di avvalersi della nullità di protezione da parte dell’esecutato, il giudice dell’esecuzione riteneva possibile l’esame officioso della questione. Fissava dunque una nuova udienza per dar modo alle parti di confrontarsi sulla questione. Il creditore procedente affermava in risposta che l’autorità del giudicato derivante dalla mancata opposizione al decreto ingiuntivo non poteva essere superata e, a tal fine, richiamava la regola espressa in *Asturcom*, secondo cui il principio di effettività della tutela non può surrogare l’inerzia del debitore-consumatore nel procedimento all’esito del quale si è formato il titolo esecutivo, con l’implicazione per cui il giudice dell’esecuzione non potrebbe rilevare la nullità del contratto affetto da clausole abusive, trovando tale compito la propria sede naturale in fase di cognizione²⁴. Il giudice rilevava che nonostante l’assenza in sede monitoria di uno scrutinio in ordine all’eventuale vessatorietà della clausola del tasso di interesse moratorio, l’esame della questione, in base al diritto nazionale, doveva ritenersi ormai precluso dalla formazione del giudicato implicito prodottosi all’esito della mancata opposizione a decreto ingiuntivo, donde l’esigenza del rinvio pregiudiziale al *Plateau Kirchberg* per verificare se tale ampia latitudine del giudicato fosse compatibile con il diritto unionale.

La fattispecie da cui è originato il secondo rinvio presentava l’ulteriore complicazione dell’incertezza intorno alla qualità di consumatore dell’esecutato²⁵. Il giudice dell’esecuzione, dopo avere richiesto il deposito dei contratti di fideiussione, riteneva di poter riconoscere, in capo ad uno dei due fideiussori, la qualifica di consumatore, rilevando così d’ufficio l’ulteriore problema di competenza territoriale trattandosi di un foro che non era quello del luogo di domicilio del consumatore.

²² Su cui v. la ricostruzione e le considerazioni di S. CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, cit., p. 533 ss.

²³ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-693/19, *SPV Project 1503 c. YB*.

²⁴ Corte giust., 6 ottobre 2009, in causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*.

²⁵ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza c. YX*.

Benché dal punto di vista giuridico la questione sembri essere sempre quella dell'efficacia preclusiva rispetto alle questioni non affrontate in sede monitoria e cristallizzate dalla mancata opposizione al decreto ingiuntivo, in concreto la problematica si atteggia in maniera differente. Infatti, tra l'emanazione del provvedimento e il pignoramento immobiliare era mutato, sulla scorta delle direttive provenienti da Lussemburgo, l'orientamento domestico intorno al requisito soggettivo della qualità di consumatore nei contratti di fideiussione²⁶. Il sopravvenuto *revirement* si è verificato in un momento successivo rispetto alla scadenza del termine per l'opposizione al decreto ingiuntivo, ovvero in un momento non più utile al consumatore per denunciare la vessatorietà delle clausole.

In disparte i casi italiani, in *Ibercaja Banco*²⁷, nella cornice del procedimento di *ejecución hipotecaria*, decorso il termine per l'opposizione alla vendita del bene ipotecato, il giudice dell'esecuzione aggiudicava l'immobile allo stesso creditore procedente. Pertanto, l'*Audiencia Provincial de Zaragoza* domandava al *Plateau Kirchberg* se il giudice dell'esecuzione potesse rilevare l'abusività della clausola nonostante l'inerzia dell'esecutato e la realizzazione dell'effetto traslativo della vendita coattiva a fare dell'aggiudicatario.

In *Impuls Leasing România*, avviata l'esecuzione forzata sulla base di titolo esecutivo stragiudiziale, l'esecutato proponeva opposizione e il giudice di quest'ultima rilevava d'ufficio la sussistenza di clausole abusive nel contratto di *leasing* posto a fondamento dell'esecuzione forzata²⁸. Senonché, l'art. 713, comma 2, del Codice di procedura civile romeno consente il rilievo officioso delle nullità da cui è affetto il titolo esecutivo stragiudiziale solo se non esistono o non sono più esperibili rimedi contrattuali per far valere il suddetto vizio. Talché, il giudice dell'esecuzione non avrebbe potuto rilevare d'ufficio la sussistenza di clausole abusive. Tale meccanismo, siccome foriero di violare il principio di effettività della tutela giurisdizionale consumeristica, è stato fatto oggetto del rinvio pregiudiziale del giudice romeno.

Infine, in *Unicaja Banco* si presentava il problema della rilevabilità d'ufficio della vessatorietà di una clausola, nonostante la formazione del giudicato interno derivante dalla mancata coltivazione dell'impugnazione ordinaria²⁹. L'istituto bancario concedeva un mutuo ipotecario, il cui tasso di interesse era fisso al 3,35% per il primo anno e poi variabile (Euribor a un anno + 0,52%), con una clausola di tasso minimo del 3%. Nel 2009 la banca applicava tale clausola, nonostante il calo dell'Euribor. Nel 2016 il mutuatario agiva contro l'istituto bancario per

²⁶ Sulla possibilità di qualificare come consumatore anche il fideiussore persona fisica il quale, pur svolgendo un'attività professionale, stipula un contratto di garanzia per finalità ad essa estranee, v. F. AZZARI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, in *Contratti*, 2021, p. 60 ss.; M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, in *NGCC*, 4, 2020, p. 758 ss.; S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: cronaca di un misunderstanding all'italiana*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1, 2021, p. 106 ss.; A. ZURLO, *La qualifica consumeristica del fideiussore: il definitivo superamento della teorica della professionalizzazione di "rimbalzo"*, in *Riv. Dir. Risparmio*, 2020, I, p. 113 ss.

²⁷ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*.

²⁸ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-725/19, *Impuls Leasing România*.

²⁹ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-869/19, *Unicaja Banco*.

ottenere la nullità della clausola e il rimborso degli importi versati in eccesso, sostenendo di non essere stata adeguatamente informata. Il Tribunale di primo grado di Valladolid accoglieva il ricorso con sentenza del 6 giugno 2016, dichiarando la clausola abusiva per mancanza di trasparenza e condannando la banca al rimborso, ma solo a partire dal 9 maggio 2013, in conformità con la giurisprudenza del *Tribunal Supremo*. La banca impugnava la condanna alle spese. L'*Audiencia Provincial de Valladolid*, con sentenza del 13 gennaio 2017, accoglieva l'appello, annullando la condanna alle spese senza modificare la decisione sul rimborso, trascurando di applicare il principio espresso in *Gutiérrez Naranjo*, che avrebbe imposto il rimborso integrale delle somme versate per clausole abusive³⁰. Il mutuatario impugnava la sentenza d'appello dinanzi al *Tribunal Supremo*, denunciando la violazione del principio di non vincolatività delle clausole abusive, mentre la banca eccepeva l'inammissibilità del ricorso, poiché l'appellante non aveva proposto impugnazione incidentale entro il termine di decadenza. Il *Tribunal Supremo*, nonostante la formazione del giudicato interno, sospendeva il procedimento e chiedeva alla Corte di Giustizia UE se i principi processuali nazionali, tra cui quello dispositivo e il divieto di *reformatio in pejus*, potessero impedire al giudice d'appello, investito solo del ricorso della banca, di disporre il rimborso integrale delle somme indebitamente pagate dal consumatore, peggiorando così la posizione del ricorrente.

3. La soluzione della Corte di giustizia: la tardività dell'opposizione non preclude il rilievo della nullità delle clausole abusive da parte del giudice dell'esecuzione

L'idea di fondo che innerva le sentenze del 17 maggio 2022 è la seguente: il sistema di tutela istituito a partire dalla direttiva 93/13/CEE si fonda sull'idea per cui il consumatore si trovi in una posizione di inferiorità nei confronti del professionista. Non solo l'asimmetria di forza negoziale, ma anche quella informativa giustifica la lettera dell'art. 6, par. 1, di detta direttiva, nella parte in cui prevede che le clausole abusive non vincolino i consumatori³¹. Tale disposizione mirerebbe al riequilibrio delle posizioni sperequate fra le parti, attraverso l'epurazione del contratto da quelle clausole che realizzano una sproporzione fra diritti e obblighi a favore del professionista.

³⁰ Si allude a Corte giust., 21 dicembre 2016, nelle cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo*, secondo cui l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE deve essere interpretato nel senso che osta ad una giurisprudenza nazionale che limiti nel tempo gli effetti restitutori legati alla dichiarazione giudiziale del carattere abusivo, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva, di una clausola contenuta in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista, alle sole somme indebitamente versate in applicazione di una siffatta clausola successivamente alla pronuncia della decisione che ha accertato giudizialmente tale carattere abusivo. Per un commento adesivo alla pronuncia del *Kierchberg*, cfr. F. DE ELIZALDE-C. LESKINEN, *The control of terms that define the essential obligations of the parties under the Unfair Contract Terms Directive*: Gutiérrez Naranjo, in 55 *Common Market Law Review*, 2018, p. 1595 ss.

³¹ Corte giust., 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl e Banco di Desio e della Brianza SpA*, § 51.

Ciò premesso, è principio consolidato quello per cui il diritto europeo osta ad una normativa processuale nazionale che impedisca al giudice nazionale di rilevare d'ufficio l'abusività della clausole contenute nei contratti di consumo quando disponga degli elementi di fatto e diritto per procedere a tale scrutinio³². Altro è chiedersi se, nonostante la formazione del giudicato, il giudice dell'esecuzione possa rilevare d'ufficio l'eventuale carattere abusivo di dette clausole, nonostante la formazione del giudicato implicito sulla validità del contratto. La Corte di giustizia ha ritenuto che una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera virtualmente avvenuto³³ e coperto dall'autorità del giudicato, anche in assenza di motivazione sul punto, priva di contenuto l'obbligo incombente sul giudice nazionale di procedere ad un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali³⁴. Pertanto, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva è incompatibile con il mero controllo virtuale dell'insussistenza di clausole abusive e impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione, purché il giudice del monitorio non abbia congruamente motivato sul punto. Infatti, il principio di effettività, secondo la ricostruzione della Corte di giustizia, non può supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato: la motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie consente al consumatore di ponderare l'opportunità dell'opposizione rispetto alla scelta di rimanere inerte, accettando il consolidamento della statuizione di condanna³⁵.

Più esplicito il ragionamento della Corte di giustizia in *Ibercaja Banco*: l'effettività della tutela del consumatore può ritenersi garantita a condizione che il giudice nazionale indichi espressamente nella sua decisione di autorizzazione all'esecuzione ipotecaria di aver proceduto ad un esame d'ufficio della validità del titolo, motivando, almeno sommariamente, intorno all'insussistenza di clausole abusive³⁶. Né tale rilievo incontra un limite nella vendita dell'immobile ipotecato: il principio di effettività impone che il consumatore possa far valere i propri diritti in un procedimento successivo al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dall'applicazione delle suddette clausole abusive³⁷.

³² Corte giust., 14 marzo 2013, in causa C-415/11, *Aziz*, § 46; Corte giust., 21 dicembre 2016, in causa riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo*, cit., § 58; Corte giust., 26 gennaio 2017, in causa C-421/14, *Banco Primus*, § 43. In dottrina, v. J. NIEVA-FENOLL, *I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo*, cit., p. 1235 ss.

³³ Riprendendo la terminologia utilizzata da A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, cit., p. 87 ss.

³⁴ Corte giust., 17 maggio 2022, in cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl e Banco di Desio e della Brianza SpA*, § 65.

³⁵ Cfr. Corte giust., 1° ottobre 2015, in causa C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*, § 62.

³⁶ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, § 51.

³⁷ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, § 58.

In *Impuls Leasing Romania* la Corte ha aggiunto un ulteriore tassello al mosaico della cedevolezza del giudicato nazionale anticonsumeristico: è contraria al diritto unionale una disciplina nazionale che non consente al giudice dell'opposizione all'esecuzione di valutare d'ufficio o su domanda del consumatore il carattere abusivo delle clausole di un contratto di consumo che costituisce titolo esecutivo, per il solo fatto che il giudice di merito possa essere investito di una distinta azione di diritto comune avente ad oggetto la validità del suddetto contratto, dal momento che quest'ultimo può sospendere il procedimento di esecuzione solo dietro versamento di una cauzione, la cui entità costituisce un non trascurabile controincentivo a carico del consumatore³⁸. In altri termini, la sussidiarietà in astratto fra l'opposizione di merito all'esecuzione e l'azione di merito volta ad ottenere la caducazione del contratto consumeristico, non deve produrre l'effetto di scoraggiare il consumatore dal proporre la seconda azione, con meccanismi disincentivanti quali ad esempio il versamento di una cauzione per ottenere la sospensione della vendita, essendo altrimenti violato il principio di effettività della tutela giurisdizionale in campo consumeristico.

In *Unicaja Banco* viene invece perimetrato il concetto di «completa passività» del consumatore ostativo al rilievo officioso in fase esecutiva della sussistenza di clausole abusive. Benché nel procedimento principale il consumatore non avesse proposto impugnazione incidentale per far valer il principio affermato in *Gutiérrez Naranjo* circa la ripetibilità degli interessi soprasoglia ritenuti dal professionista³⁹, secondo la Corte tale inerzia è imputabile alla circostanza che il termine entro il quale era possibile interporre appello o appello incidentale in base al diritto nazionale era già scaduto al momento della sopravvenienza dell'interpretazione autentica del diritto unionale; talché, la decadenza dall'impugnazione non sarebbe imputabile al consumatore, con l'implicazione che il giudice del secondo procedimento potrà rilevare d'ufficio l'abusività della clausola di quantificazione degli interessi e disporre la restituzione integrale delle somme indebitamente trattenute dall'istituto bancario, senza che a ciò vi osti il divieto di *reformatio in pejus*⁴⁰. Lo *ius superveniens* "iperretroattivo" rappresentato dalla sentenza *Gutiérrez Naranjo* è tale da superare la preclusione da giudicato interno derivante dalla mancata proposizione dell'impugnazione incidentale, consentendo al consumatore di ottenere la ripetizione dell'indebito.

³⁸ Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-725/19, *Impuls Leasing România*, § 60.

³⁹ Corte giust., 21 dicembre 2016, in causa riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo*.

⁴⁰ Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-869/19, *Unicaja Banco*, § 40. Dell'esistenza del suddetto principio nel nostro ordinamento è lecito dubitare, dal momento che non risulta ancorato a nessun fondamento di diritto positivo ed anzi è ben possibile che la sentenza d'appello sia meno favorevole all'unico appellante, come nel caso in cui sia accolta l'impugnazione del rigetto della domanda in rito, ma la domanda risulti comunque infondata nel merito (sul tema, v. per gli opportuni approfondimenti, N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p. 270 ss. e 338 ss.).

3.1. I limiti alla cedevolezza del giudicato anticonsumeristico

Prima di passare alle diverse letture che la dottrina ha offerto delle sentenze del 17 maggio 2022, può ancora osservarsi che l'esclusione della formazione del giudicato implicito sul deducibile o la cedevolezza del giudicato interno formatosi a causa di "un'inconsapevole acquiescenza" discende dall'inidoneità della disciplina processuale interna ad assicurare l'effettività del diritto unionale. Il consumatore deve essere messo in condizione di contestare la motivazione spesa dal giudice della fase sommaria circa l'assenza di clausole vessatorie⁴¹; se alcun vaglio esplicito in tal senso è stato svolto, il consumatore potrebbe addirittura essere disincentivato alla proposizione dell'opposizione, non avendo concretamente contezza del ragionamento svolto dal giudice del monitorio. L'idea che la protezione assicurata dal diritto unionale non si estenda anche al consumatore "dormiente" – in piena e severa applicazione dell'antica saggezza: «*non dormientibus, sed vigilantibus leges succurrunt*» – è stata confermata in *ERB New Europe Funding II c. YI*⁴², in cui il *Plateau Kirchberg* l'occasione di perimetrare l'ambito di applicazione delle sentenze del 17 maggio 2022: l'obbligo del controllo d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali da parte del giudice nazionale è giustificato dall'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla protezione dei consumatori, di talché un controllo efficace dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali non potrebbe essere garantito se l'autorità di cosa giudicata riguardasse anche le decisioni giurisdizionali che non danno atto di un siffatto controllo. Per contro, tale tutela sarebbe garantita se, nel caso concreto, il giudice nazionale del secondo processo *de eadem re*, constataste che, nel corso del primo, il giudice competente aveva effettuato il controllo del carattere eventualmente abusivo delle clausole del contratto in questione e che tale esame, motivato per lo meno sommariamente, non aveva rivelato l'esistenza di alcuna clausola abusiva, e che il consumatore era stato debitamente informato del fatto che, ove non avesse coltivato il gravame entro il termine fissato dal diritto nazionale, sarebbe decaduto dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. Secondo la Corte di giustizia, l'esito sfavorevole di un controllo effettivo del carattere eventualmente abusivo delle clausole contrattuali non può costituire, di per sé, un elemento idoneo a mettere in discussione il principio dell'autorità di cosa giudicata⁴³. Pertanto, è l'assenza di motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie nel contratto addotto dal professionista a fondamento della propria pretesa che consente di escludere la formazione del giudicato sul deducibile ovvero sulla sussistenza del rapporto contrattuale. A tal proposito, è stato osservato che l'impatto delle sentenze della Corte di giustizia sul nostro ordinamento, nella parte in cui subordinano la formazione del giudicato implicito sul rapporto ad un'esplicita motivazione

⁴¹ Così anche A. M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, cit., p. 92.

⁴² Corte giust., 7 novembre 2024, in causa C-178/23, *ERB New Europe Funding II c. YI*.

⁴³ Corte giust., 7 novembre 2024, in causa C-178/23, *ERB New Europe Funding II c. YI*, cit., § 41.

intorno al carattere non abusivo delle clausole contenute in un contratto del consumatore, «sembra [...] concernere non tanto l'informazione resa preventivamente alle parti, [...] quanto l'informazione trasmessa al giudice successivo, ossia quello dinanzi al quale si applicano gli effetti preclusivi⁴⁴». Il giudice del monitorio, al pari di quello di primo grado nei giudizi a cognizione piena, attraverso la motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie informa il giudice dell'eventuale opposizione, del gravame o quello dell'esecuzione della sussistenza dei presupposti per l'accoglimento del ricorso⁴⁵, onerando il resistente di superare la prima deliberazione in ordine all'assenza di dette clausole, ma pur sempre mettendolo in condizione di censurarla; talché, qualora il decreto ingiuntivo o la sentenza di primo grado non siano affatto motivate e il consumatore non spieghi opposizione, questi non consuma definitivamente il deducibile, proprio perché il giudicato si forma esclusivamente sulla sussistenza del diritto di credito, ma non anche sulla validità del rapporto fondamentale, non essendovi un esplicito riscontro di tale vaglio in motivazione.

In ogni caso, la cedevolezza del giudicato anticonsumeristico incontra un limite nell'aggiudicazione del cespite staggito ovvero nell'affidamento riposto dall'aggiudicatario nella stabilità della vendita forzata⁴⁶. All'esito di un giudizio di bilanciamento fra l'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore e il principio dell'affidamento dell'aggiudicatario sulla legittimità della procedura espropriativa, funzionale anche alle esigenze di certezza relative alla circolazione giuridica, il *Plateau Kirchberg* sembra ritenere prevalente il secondo: lo *ius superveniens* rappresentato dalla sentenza *Ibercaja Banco* non è dotato di quella particolare efficacia "iperretroattiva" tale da superare la preclusione del deducibile, venendo in gioco un opposto principio, anch'esso di intonazione comunitaria e costituzionale, che ne limita il vigore. Tuttavia, la decisione ingiusta di autorizzazione alla vendita, il cui contrassegno è il mancato rilievo dell'abusività della clausola di previsione di interessi moratori soprasoglia, assurge a fatto illecito, fonte di un danno ingiusto risarcibile, secondo una logica compensativa del danno subito dal consumatore per l'espropriazione illegittima.

4. Accoglienza in dottrina delle sentenze del 17 maggio 2022: apocalittici vs integrazionisti

La dottrina italiana, salvo alcune eccezioni, ha riservato un'accoglienza tiepida ai principi enunciati dalla Corte di giustizia intorno alla cedevolezza del giudicato in materia consumeristica.

⁴⁴ A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, cit., p. 300.

⁴⁵ V. ancora A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, cit., p. 301.

⁴⁶ Nel senso che il risultato dell'esecuzione forzata produce una preclusione *pro iudicato*, v. S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, cit., p. 216 ss.; C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano 1955, p. 546 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano 1957, p. 198-99; R. ORIANI, *Opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, p. 60-61.

È stato osservato che le sentenze del 17 maggio 2022 possono essere lette in maniera apocalittica⁴⁷ o integrata⁴⁸. Infatti, le conclusioni raggiunte dai Giudici del Lussemburgo possono apparire sia la naturale evoluzione di principi già enunciati in altre sedi, come nel particolare settore degli aiuti di Stato alle imprese, sia la conferma dell'irreversibile "crisi del giudicato", la quale, benché originariamente confinata alle materie di competenza esclusiva unionale, oggi sconfina nell'ambito consumeristico, imponendo una radicale rimeditazione della teoria generale del giudicato.

Nel prosieguo analizzeremo partitamente le due opposte visioni.

4.1. Segue: la visione apocalittica

Secondo i fautori della lettura apocalittica, lo "sciame" di sentenze del 17 maggio 2022 avrebbe portato a segno un colpo fatale all'idea dell'intangibilità del giudicato implicito⁴⁹. Le criticità dell'intervento del *Plateau Kirchberg* andrebbero individuate nella creazione di un istituto pretorio non inquadrabile entro categorie concettuali nazionali⁵⁰, dal momento che è pacifica l'esclusione di una cognizione sulla validità del titolo esecutivo giudiziale dinanzi al

⁴⁷ Come fatto da P. BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit.; F. DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, in www.giustiziainsieme.it, 24 febbraio 2023; I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*; 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*, cit.; S. MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di giustizia*, cit.; G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la Cgue e le sezioni unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, cit.

⁴⁸ Riprendendo la dicotomia sviluppata da A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: l'intervento della Corte di Giustizia*, cit., p. 301. Nel senso che le sentenze del 17 maggio 2022 non sconvolgerebbero la teoria generale dei limiti oggettivi del giudicato, v. L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 57 ss.; S. CAPORUSSO, *Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi*, in *Accademia*, 1, 2023, p. 139 ss.; C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.*, 5, 2023, p. 1054 ss., spec. 1058; 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-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit.; D. U. GALLETTA-M. GIAVAZZI, *Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2022, p. 97 ss.; D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, cit.; G. RAITI, *Non compatibile con l'ordinamento UE il giudicato nazionale implicito sulla questione di vessatorietà delle clausole dei contratti consumeristici*, in *Ridare*; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 63 ss.; 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*, cit.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit. p. 2126 ss.

⁴⁹ 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*, cit., p. 2.

⁵⁰ Nello stesso senso, P. BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit., p. 4.

giudice dell'esecuzione, a differenza dei titoli esecutivi stragiudiziali, tra i quali non può certamente essere noverato il decreto ingiuntivo⁵¹. Inoltre, l'efficacia "iperretroattiva" delle decisioni della Corte di giustizia corroderebbe irreversibilmente l'irretrattabilità del giudicato, la quale, stando all'ordinamento interno, non sarebbe intaccata nemmeno dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma posta a fondamento della decisione⁵². Infine, la cedevolezza del giudicato implicito anticonsumeristico non offrirebbe una soluzione alla diversa ipotesi in cui il consumatore abbia coltivato l'opposizione a decreto ingiuntivo ma, in quella sede, non sia stata rilevata la nullità della clausola abusiva.

A tutti questi argomenti pare potersi replicare come segue. L'idea che le categorie concettuali domestiche siano atemporali e intangibili non regge alla prova del budino. La stessa giurisprudenza nazionale, in più occasioni, ha aggirato la tendenziale separatezza tra cognizione ed esecuzione, ammettendo che la questione di nullità del contratto posto a fondamento dell'esecuzione forzata, in assenza di un'esplicita statuizione circa la sua validità da parte del giudice della cognizione, potesse essere rilevata anche in tale sede, a condizione che i motivi di opposizione risultassero particolarmente fondati, al fine di evitare che l'espropriazione forzata potesse condurre ad un risultato fondamentalmente ingiusto, reiterando l'errore del primo giudice⁵³. Se si guarda al caso milanese *SPV Project 1503 c. YB*, il rischio di licitare una pratica di interessi moratori usurari ha indotto il giudice a ritenere scusabile l'errore del consumatore, tant'è che la questione è stata rilevata officiosamente e il giudice stesso ha invitato l'esecutato ad avvalersi della nullità di protezione. È l'apparenza di fondatezza della questione di nullità che consente di ritenere scusabile l'inerzia del consumatore, confortando l'assunto di partenza secondo cui la preclusione del deducibile non vada presa troppo sul serio in caso di evidente fondatezza della contestazione. Inoltre, almeno con riferimento ai casi milanesi, si fatica ad intravedere l'efficacia "iperretroattiva" delle decisioni della Corte di giustizia: non pare infatti che il *Plateau Kirchberg* muova dal presupposto per cui il giudicato implicito si sia validamente formato sulla sussistenza del rapporto fondamentale successivamente alla mancata opposizione del consumatore. Corrisponde invece all'impianto motivazionale delle sentenze in analisi la diversa idea della "cedevolezza occulta", per cui esigenze di giustizia della decisione consentono alla giurisprudenza di perimetrare *à la carte* i limiti oggettivi del giudicato per contenerne gli effetti preclusivi, quando la consumazione del deducibile possa sostanziare un'intollerabile

⁵¹ 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*, cit., p. 5; nello stesso senso v. I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio*, cit., p. 3 ss.

⁵² F. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 8.

⁵³ Cfr., per esempio, Trib. Monza, 25 luglio 2015, ha affermato che la rilevanza del divieto penale di usura osta all'esecuzione forzata di pretese creditorie per interessi usurari, quantunque sancite da un decreto ingiuntivo non opposto. Assai critico contro questo modo di procedere, M. STELLA, *Paralisi dell'actio iudicati per contrarietà al divieto di usura?* in *Giur. it.*, 11, 2015, p. 2370 ss.; v. anche *Id.*, *Intervento*, in *La crisi del giudicato*, cit., p. 371.

ingiustizia, a condizione che i criteri di tale operazione di dimensionamento siano resi palesi e sottoposti al discorso critico, secondo una concezione modernamente intesa di soggezione del giudice alla legge⁵⁴. Il criterio tecnico di orientamento del suddetto potere decisionale è stato reso esplicito dalla Corte di giustizia: la questione della validità delle clausole abusive processuali, al pari di quelle sostanziali, nella misura in cui rendono più difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti al consumatore, non risulta coperta dall'autorità di cosa giudicata quando il giudice del monitorio ha solo implicitamente statuito sulle stesse, con la conseguenza che il giudice dell'opposizione, anche in caso di tardività, può accertarne la nullità, non essendovi alcuna statuizione irretrattabile implicita sulla validità del contratto. Può invece riconoscersi un'efficacia "iperretroattiva" alla decisione resa in *Unicaja Banco*⁵⁵, ma se si tiene in debita considerazione la specificità del caso concreto, la cedevolezza del giudicato interno finisce per operare in maniera non diversa da una più tollerabile rimessione in termini da *overruling* giurisprudenziale⁵⁶, siccome l'effetto pratico della pronuncia è stato quello di consentire al consumatore di domandare la ripetizione degli interessi indebitamente trattenuti dall'istituto di credito sulla base di una decisione della Corte di giustizia sopravvenuta al decorso dei termini per proporre l'impugnazione incidentale. Peraltro, potrebbe giungersi alle stesse conclusioni senza scomodare l'iperretroattività, considerando che il *petitum* restitutorio è un *petitum* monetario, con l'implicazione che la cognizione incidentale del secondo giudice sulla sussistenza della clausola abusiva può anche essere intesa come scrutinio dell'ingiustizia del danno patito dal consumatore, certamente non precluso dalla formazione del giudicato interno, secondo la più tranquillizzante regola espressa in *Köbler*⁵⁷.

Secondo altri, dal combinato disposto degli artt. 633 e 634 c.p.c. emergerebbe «chiaramente che, per ottenere un provvedimento di ingiunzione, l'istante deve essere titolare di un diritto di credito», con l'implicazione che il giudice del monitorio deve necessariamente verificare la validità del titolo sottostante alla pretesa azionata dal ricorrente prima di emettere il decreto ingiuntivo⁵⁸. Inoltre, si è detto che il *vulnus* recato dalle sentenze del 17 maggio 2022 ai

⁵⁴ Nel senso per cui il principio di legalità operi di fatto come criterio di controllo della condivisibilità razionale della regola applicata dal giudice alla luce dei principi generali dell'ordinamento giuridico, v. A. GIUSSANI, *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, cit., p. 1197.

⁵⁵ Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-869/19, *Unicaja Banco*.

⁵⁶ L'idea che la sopravvenienza delle sentenze del 17 maggio 2022 operi in guisa di «causa non imputabile», utile ad ottenere una forma impropria di rimessione in termini, *sub specie* di ammissibilità dell'opposizione ancorché tardiva, si rinviene già Trib. Milano, 17 gennaio 2023, n. 298, in *Giur. it.*, 1, 2024, p. 94, su cui v., *si vis*, la nostra nota adesiva, G. DE CESARE, *I rimedi contro il giudicato anticonsumeristico: il Tribunale di Milano dice la sua*.

⁵⁷ Cfr. Corte giust., 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 62 ss., con nota di P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in cui per la prima volta il giudicato comunitariamente ingiusto è stato trattato alla stregua di un fatto illecito risarcibile.

⁵⁸ I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, cit., p. 2.

principii della certezza del diritto e dell'affidamento della parte vincitrice sull'esito del processo potrebbe addirittura stimolare la sollevazione dei "controlimiti", postulandosi l'intonazione costituzionale della tutela del giudicato, ancorché formatosi implicitamente⁵⁹.

Ci sembra di poter obiettare che dal combinato disposto degli artt. 633 e 634 c.p.c. non possa ricavarsi alcun argomento a favore dell'estensione della cognizione del giudice del monitorio sull'intero rapporto. L'art. 633 c.p.c. descrive le condizioni di accesso alla tutela monitoria, come risulta molto chiaramente dal successivo art. 634 c.p.c., nella parte in cui individua alcune «prove scritte idonee a norma del numero 1) dell'articolo precedente». In altri termini, gli artt. 633 e 634 c.p.c. circoscrivono i «presupposti processuali speciali» di accesso alla tutela monitoria, la cui sussistenza deve essere accertata dal giudice del monitorio affinché possa essere accolta la richiesta di ingiunzione⁶⁰. Tant'è che la mancanza di queste speciali condizioni di accesso alla tutela monitoria non priva l'attore della possibilità di far valere la stessa azione in un altro processo. A norma dell'art. 640, comma 3, c.p.c., la pronuncia del giudice di rigetto della pretesa monitoria non nega il diritto del creditore a ottenere la condanna del debitore, ma nega soltanto che il creditore possa raggiungere questo suo scopo nella forma semplificata del procedimento monitorio; dichiara non già che al creditore non spetti il bene della vita cui egli aspira, ma che non possa essere ottenuto attraverso le più sollecite vie del procedimento monitorio⁶¹. Talché, da nessuna norma specificamente dettata a proposito del rito monitorio può trarsi l'idea per cui il giudice della fase sommaria conosca sempre, ancorché implicitamente, del rapporto fondamentale quando pronuncia l'ingiunzione⁶².

Né pare potersi seriamente sostenere l'argomento dei "controlimiti". Infatti, non sembra potersi attribuire intonazione costituzionale anche al giudicato implicito, il quale potrebbe al più trovare una giustificazione nelle esigenze di economia processuale che talora è idoneo a soddisfare⁶³. Infatti, nei sistemi giuridici in cui l'ordinamento della magistratura è più burocratizzato, come quelli dell'Europa continentale, il fondamento del potere giudiziario si suole rinvenire nella sua dimensione tecnica, oltre che nell'indipendenza e nella trasparenza

⁵⁹ I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, cit., p. 4; v. anche F. DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, in www.giustiziainsieme.it, 24 febbraio 2023, secondo cui le sentenze del *Kierchberg* sono astrattamente idonee da integrare una «sovversione della stabilità dell'ordinamento nazionale»; allude ai controlimiti anche G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la Cgue e le sezioni unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, cit., p. 7 ss., salvo poi precisare che è comprensibile la scelta di evitare un braccio di ferro con la Corte di giustizia.

⁶⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, cit., p. 52 ss.

⁶¹ Nel senso che la pronuncia di rigetto per insussistenza dei presupposti speciali di accesso alla tutela monitoria vada equiparata ad una sentenza di assoluzione dall'osservanza del giudizio ovvero ad una sentenza di contenuto puramente processuale, v. E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 83 ss. Più di recente, nel senso che la cognizione sia estesa al merito del rapporto, ma soltanto in via incidentale, v. A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., p. 254 ss.

⁶² Come ribadito da B. CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, cit., p. 1.

⁶³ A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, cit., p. 1568.

del suo operato⁶⁴. Atteso che la preclusione da giudicato implicito tradisce un atteggiamento tutt'altro che trasparente, dal momento che per la parte da essa pregiudicata è finanche difficile prevedere su che cosa si formerà, la sollevazione dei "controlimiti" non pare poter essere strumentalizzata per salvare dall'intervento di funzionalizzazione del diritto europeo un istituto⁶⁵, come il giudicato implicito, espressione di un potere assai discrezionale e opaco, che finisce per sottrarre al discorso critico, non essendovi motivazione sul punto, i criteri di esercizio del suddetto potere, in aperta violazione del principio di legalità della decisione⁶⁶. Nello stesso equivoco è caduta quella dottrina che ha sottolineato la mancanza di «consistency» delle sentenze del 17 maggio 2022, le quali, da un lato, imporrebbero ai giudici nazionali l'obbligo di rilevare officiosamente, anche in fase esecutiva, la sussistenza di clausole vessatorie non rilevate dal giudice del monitorio, dall'altro, però non dicono in che modo ciò debba avvenire, senza specificare quanto analitica debba essere la motivazione intorno all'insussistenza delle suddette clausole⁶⁷. Senonché, la Corte si è limitata ad indicare la necessità di una motivazione espressa sul punto, ma è evidente che i singoli Stati membri sono liberi di imporre oneri più o meno dettagliati di motivazione, in ossequio al principio di autonomia processuale⁶⁸. Ed anzi l'intervento del *Plateau Kirchberg* deve salutarsi con favore proprio perché ha cercato di superare la prassi della giurisprudenza italiana di emettere decreti ingiuntivi senza svolgere alcuno scrutinio sulla validità del contratto posto a fondamento della richiesta di ingiunzione⁶⁹. Piuttosto, dovrebbe forse prendersi atto che la

⁶⁴ Sul tema, v. le classiche considerazioni di M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986, p. 18 ss.

⁶⁵ Così 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*, cit.; nello stesso senso, S. CAPORUSSO, *Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi*, in *Accademia*, 1, 2023, p. 139 ss., spec. 148.; nonché L. DE PROPRIIS, *Considerazioni sparse sulla tutela transfrontaliera del consumatore nello spazio giudiziario europeo*, in *La nuova giuridica*, 1, 2024, p. 79 ss., spec. 89.

⁶⁶ Per queste riflessioni, si rinvia ad A. GIUSSANI, *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, cit., p. 1196. Sul tema, v. le considerazioni di M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11.

⁶⁷ A. TURMO, "A new chapter in the saga of national res judicata and the effectiveness of EU Law: Confirming the trend towards increasing encroachments upon domestic procedural law", cit., p. 5.

⁶⁸ Purché sia raggiunta la soglia minima che consente di ritenere attuata la tutela consumeristica imposta dalla direttiva 93/13/CEE, come recentemente sottolineato da Corte di giustizia, 29 febbraio 2024, in causa C-724/22, *Investcapital LTD*, § 52, ove si legge che «l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, letto alla luce del principio di effettività, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che, a causa della decadenza, non consente al giudice investito dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento di controllare, d'ufficio o su istanza del consumatore, l'eventuale carattere abusivo delle clausole contenute in un contratto di credito stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora un siffatto controllo sia già stato effettuato da un giudice nella fase del procedimento d'ingiunzione di pagamento, purché tale giudice abbia individuato, nella sua decisione, le clausole che sono state oggetto di tale controllo, abbia esposto, anche solo sommariamente, le ragioni per le quali dette clausole non avevano carattere abusivo e abbia indicato che, in mancanza dell'esercizio, entro il termine impartito, dei mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale contro la decisione in parola, il consumatore sarà decaduto dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo di dette clausole». In dottrina, nello stesso senso, cfr. A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, cit., p. 1056 ss.

⁶⁹ A. M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, cit., p. 88.

funzionalizzazione degli istituti processuali interni, non da ultimo del giudicato, impone di ripensare le scelte politiche sottese alla base dei riti speciali. È evidente che nell'ideologia del legislatore del 1941, i riti speciali disciplinati dal libro IV del Codice di rito, rispondessero alla sola logica del *favor creditoris*: la possibilità per il creditore o per il proprietario di ottenere, attraverso un giudizio a cognizione sommaria, un titolo esecutivo utile all'espropriazione forzata o all'esecuzione in forma specifica, avvalendosi di prove privilegiate e in tempi assai più brevi di quelli propri del rito ordinario di cognizione, rappresenta un chiaro privilegio di classe. Per dirla alla prussiana: «*beati possidentes*». Tuttavia, l'evoluzione ordinamentale converge, da almeno un cinquantennio, anche verso l'estremo opposto: il *favor debitoris*. Di questa esigenza, almeno nel settore consumeristico, s'è fatta interprete l'Unione europea, come si evince assai chiaramente dall'art. 7 della direttiva 93/13/CEE, nella parte in cui impone agli Stati membri di adottare misure efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti di consumo. Tale obiettivo non pare raggiungibile se non ripensando il tradizionale *favor creditoris* anche in materia processuale: che la preclusione del deducibile possa tornare a vantaggio del professionista, pur avendo questo praticato clausole abusive, non è tollerabile; talché, l'espunzione dai limiti oggettivi del giudicato monitorio del rapporto fondamentale, quando il giudice non abbia esteso, attraverso la motivazione, la propria cognizione anche ad esso, è soluzione comunitariamente imposta che lascia scorgere all'orizzonte un passaggio dal contratto allo *status* anche in materia processuale⁷⁰.

Bisognerebbe avere il coraggio di ammettere che nei rapporti sperequati nessun procedimento sommario e accelerato può risultare integralmente soddisfacente, specie se la speditezza è prevista nell'interesse della sola parte forte, e che tale celerità richiede sempre un contrappeso, inevitabilmente da individuarsi in un forte attivismo, anzitutto (ma non solo) istruttorio, del giudice, oltre che nel contenimento di quei meccanismi, tra cui la preclusione da giudicato implicito, che *de facto* consentono di perpetuare l'ingiustizia.

4.2. Segue: la visione integrata

Come accennato, le sentenze del 17 maggio 2022 si prestano anche ad una lettura integrata. Atteso che le sentenze gemelle originano da un rinvio pregiudiziale, non bisogna cadere nell'errore di pensare che i principi espressi valgano indiscriminatamente sotto il profilo oggettivo, trattandosi di pronunce che risolvono un quesito interpretativo, il cui principio può essere applicato esclusivamente *in consimili casu*, dal momento che l'oggetto del procedimento pregiudiziale non è la norma unionale, bensì il concreto quesito rimesso alla Corte, per come individuato dal giudice del rinvio con riferimento agli elementi di fatto e di

⁷⁰ La contrapposizione risale allo storico studio del H.S. MAINE, *Ancient Law. Its connection with the early history of Society and its relation to modern ideas*, London, 1861, che qui si consulta nella traduzione italiana di V. FERRARI, *Diritto antico*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 91 ss. Sul tema, v. anche le fondamentali riflessioni di P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 209 ss.; G. ALPA, *Status e capacità giuridica*, in *Vita not.*, 1992, p. 433 ss.

diritto presenti nella vicenda nazionale⁷¹. Se si tiene a mente il principio enunciato in *Asturcom*⁷², secondo cui in sede di esecuzione del lodo arbitrale reso in contumacia del consumatore non è possibile rilevare l'abusività della clausola compromissoria, dovendosi sollevare tale contestazione attraverso l'impugnazione del lodo, si deve diffidare da quelle letture che vedono nelle sentenze della Grande Camera un mero slittamento della preclusione del deducibile dalla sede di formazione del titolo a quella dell'opposizione all'esecuzione. Alla base del ragionamento condotto dalla Corte si annida l'effettività della garanzia del contraddittorio: solo la parte che si difende attivamente o che è messa in condizione di farlo consuma il deducibile⁷³. Il pieno effetto preclusivo del giudicato presuppone che la facoltà di esercizio del contraddittorio abbia preceduto, e non soltanto ipoteticamente seguito, la formazione del giudicato. Inoltre, è appena il caso di rilevare che le tradizionali riserve nei confronti della possibilità di applicare la regola del «fare stato ad ogni effetto» al provvedimento reso *inaudita altera parte*⁷⁴, all'esito di una cognizione sommaria, in quanto superficiale, concernono l'impossibilità di dedurre le questioni pregiudiziali dinanzi al giudice del monitorio⁷⁵. Pertanto, l'idea che l'effetto preclusivo possa prodursi a condizione che nel decreto ingiuntivo non opposto la questione venga affrontata in motivazione induce a ritenere che tale effetto sia subordinato all'espressa considerazione della questione nel provvedimento sommario⁷⁶. In altri termini, l'onere di motivazione intorno all'assenza di

⁷¹ Sul tema dell'oggetto del rinvio pregiudiziale, v. E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, p. 236 ss.; v. anche, limitatamente alle sentenze in esame, C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 81.

⁷² Corte giust., 6 ottobre 2009, in causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*.

⁷³ V., in tal senso, condivisibilmente, D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, cit., p. 8; 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-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 5 ss.

⁷⁴ Un ulteriore argomento a favore dell'esclusione di una piena equiparazione della latitudine degli effetti preclusivi del decreto ingiuntivo e della sentenza può trarsi dalla giurisprudenza di legittimità che esclude, nell'ambito del procedimento di liquidazione giudiziale, l'ammissione al passivo con riserva del creditore che, a riprova dell'esistenza del suo diritto, produca non una sentenza ancora impugnabile, bensì un decreto ingiuntivo ancora opponibile (cfr., tra le tante, Cass. 27 ottobre 2020, n. 23474; Cass. 3 settembre 2018, n. 21583; 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; Cass. 31 ottobre 2007, n. 22959).

⁷⁵ Nel senso che la formazione del giudicato implicito contrasterebbe con alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento processuale, tra cui quello della ragione più liquida, quello del contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio, oltre al principio dispositivo e all'irritualità di una decisione senza motivazione, v. già E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, p. 245 ss.; più di recente, si vedano le serrate critiche rivolte da F. P. LUISO, *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium*, 2, 2019, p. 181 ss.; A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in *ivi*, 3, 2019, p. 307 ss.; S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2018, p. 1598 ss., spec. 1610; M. PACILLI, *Quando (non) si forma il giudicato di merito implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2022, p. 909 ss., spec. 923 ss.

⁷⁶ Sul punto v. L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 68, secondo cui solo in caso di espressa presa di posizione del giudice del monitorio circa l'insussistenza di clausole vessatorie l'inerzia del consumatore potrà ritenersi colpevole.

clausole abusive comporterebbe un considerevole ampliamento della tutela del contraddittorio, sia sotto il profilo dell'ambito di applicazione, abbracciando non solo le questioni esplicitamente rilevate d'ufficio, ma anche quelle almeno implicitamente rilevate⁷⁷, sia rispetto alle conseguenze giuridiche, dal momento che la deduzione del vizio della sentenza della "terza via" è generalmente preclusa dalla formazione del giudicato⁷⁸. Pertanto, la lettura della Corte di giustizia farebbe eco a diffuse concezioni circa l'inconsistenza della categoria concettuale della pregiudizialità in senso logico: il giudicato si formerebbe su tutte le questioni idonee a definire il giudizio, purché siano state effettivamente discusse e decise nel primo processo, dal momento che l'art. 34 c.p.c. sembrerebbe limitare gli effetti della cognizione sulla questione pregiudiziale al giudizio in corso quando né la legge né la domanda esplicita delle parti impongano un accertamento incidentale⁷⁹. Inoltre, tale limitazione della preclusione del deducibile in ragione della mancata stimolazione del contraddittorio sulla questione pregiudiziale risponde ad una regola efficiente e non meccanica che, ai fini della perimetrazione dei limiti oggettivi del giudicato, prende in considerazione almeno l'esigibilità in concreto della sollevazione della questione nel precedente giudizio alla luce delle questioni effettivamente prospettatesi e rinvenibili in motivazione⁸⁰.

Ma non solo. La mancata preclusione del deducibile concerne non qualsivoglia questione, bensì solo quelle rilevabili d'ufficio, con l'implicazione che la mancata opposizione al decreto ingiuntivo preclude la deduzione delle questioni non rilevabili d'ufficio, nonostante l'intimato non ne sia in alcun modo avvertito, non potendosi sul punto ravvisare una pronuncia implicita. Sicché, oltre al rafforzamento della garanzia del contraddittorio, le decisioni della Corte di giustizia incidono anche sulle modalità di esercizio della fase decisoria: viene superata l'idea, invero già estranea al diritto unionale⁸¹, per cui la portata del giudicato si identifichi nel solo

⁷⁷ Sul ruolo attivo del giudice, cfr. D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, cit., p. 9.

⁷⁸ A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: l'intervento della Corte di Giustizia*, cit., p. 299.

⁷⁹ Per questa impostazione, cfr. V. DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, cit., 1969, p. 215 ss.; *Id.*, *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. it.*, IV, *disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino 1997, p. 158 ss.; *Id.*, *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Padova, 1983, p. 89 ss.; M. TARUFFO, *"Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 288 ss.; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova 1980, p. 187 ss.; D. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova 2007, p. 331 ss. e 402 ss.

⁸⁰ Sulla variabilità dell'ambito oggettivo del giudicato monitorio in materia consumeristica, v. 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-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 6.

⁸¹ Si allude a Corte giust., 15 novembre 2012, in causa C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung A G c. Samskip GmbH*, in *Foro it.*, 2013, IV, 32, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*; in *Int'l Lis*, 2014, p. 16 ss., con nota di D. DALFINO, *Un giudicato «europeo» sulla competenza giurisdizionale?*; in *Dir. comm. internaz.*, 2013, p. 1085 ss. con nota di A. HENKE, *Verso una nozione europea di res iudicata: l'efficacia extraprocessuale della declinatoria di giurisdizione e il giudicato sui motivi*.

dispositivo⁸². Benché costituisca insegnamento condiviso quello per cui la portata del giudicato di rigetto si possa identificare solo attraverso la motivazione, nella tradizionale logica privatistica la motivazione viene utilizzata per comprendere la portata del dispositivo, non anche per attribuire efficacia vincolante al ragionamento condotto dal giudice. Inoltre, è noto che la giurisprudenza, caldeggiando l'idea dell'esistenza di una pregiudizialità in senso logico-giuridico⁸³, attribuisce volentieri efficacia vincolante ai singoli passaggi motivazionali che costituiscono antecedenti logici necessari della statuizione resa espressamente. Ma a differenza dell'abbozzato scenario nazionale, la Corte di giustizia si spinge oltre, attribuendo efficacia vincolante anche agli antecedenti logici necessari che siano stati anche solo implicitamente decisi, purché sul punto vi sia un traccia di motivazione⁸⁴. Il giudice del monitorio, attraverso la puntale motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie, informa il giudice dell'eventuale opposizione o quello dell'esecuzione, della sussistenza dei presupposti per l'accoglimento del ricorso; talché, qualora il decreto ingiuntivo sia motivato e il consumatore non spieghi opposizione, questi consuma definitivamente il deducibile. Per converso, accettare che l'effetto preclusivo del giudicato si formi sul deducibile pur in assenza di motivazione su una questione preliminare di merito manifestamente fondata e rilevabile d'ufficio, significa concepire il giudicato civile in maniera monadica, non bilanciabile, in una prospettiva assiomatica e, dunque, tutt'altro che realista.

Senonché, quando si tratta di applicare principi generali in tensione fra loro, quali il principio della certezza del diritto, di cui il giudicato è espressione, o quello dell'effettività della tutela unionale, affidare il giudizio alla logica binaria del vero o falso della sussunzione conduce a risultati assai iniqui, dovendosi altresì fare uno della logica *fuzzy* della ponderazione⁸⁵.

⁸² Così D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, cit., p. 9; sul rapporto fra giudicato e motivazione si rinvia al fondamentale saggio di G. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit., p. 41 ss.

⁸³ Com'è noto si deve al S. SATTA, voce *Accertamenti incidentali*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 243 ss.; *Id.*, *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, p. 64 ss., la distinzione, recepita in giurisprudenza, della pregiudizialità di merito fra la forma c.d. tecnica, in cui la situazione giuridica pregiudiziale è elemento costitutivo di quella dipendente, e la pregiudizialità c.d. logica, che è il riflesso di una differente relazione sostanziale fra il rapporto fondamentale e i suoi effetti. Di recente tale dicotomia è apparsa alla giurisprudenza di legittimità alquanto sfuggevole, finanche ad indurre Cass. 29 novembre 2024, n. 27927 (annotata criticamente da S. MENCHINI, *Ancora sulla pregiudizialità logica; considerazioni a margine della ordinanza n. 27927/2024 della Corte di cassazione*, in *DPCleC*, 1, 2025, p. 263 ss.) a rimettere alle Sezioni unite la questione relativa ai criteri di discernimento tra le due forme di pregiudizialità, attese le rilevanti implicazioni di carattere pratico (non ultima quella relativa al contrasto fra giudicati).

⁸⁴ Cfr., in tal senso, A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: l'intervento della Corte di Giustizia*, cit., p. 300.

⁸⁵ In tal senso, v. D. U. GALLETTA-M. GIAVAZZI, *Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)*, cit., p. 122.

Il “mito del giudicato”, tradizionalmente considerato «il blasone di nobiltà della tutela giurisdizionale»⁸⁶, è incrinato dal semplice confronto con la realtà giurisprudenziale. Infatti, l’irretrattabilità della statuizione non più soggetta all’impugnazione ordinaria dipende dal bilanciamento di numerosi fattori, dei quali non sempre può aversi espresso riscontro in motivazione⁸⁷. In questa prospettiva, è facile che il secondo giudice disattenda più facilmente la statuizione formalmente irretrattabile se sono diverse le parti o l’oggetto del giudizio, se è implicita, se la motivazione è sommaria o stilizzata, se la decisione non è resa dall’organo di vertice, se la questione trattata è di rilevante interesse pubblico, se non si è tenuto conto di elementi probatori dirimenti, o se non è preceduta da un contraddittorio pieno e se ciò non comporti profili di responsabilità per il primo giudice. Può capitare (e capita) che la ragione del disconoscimento dell’effetto di giudicato derivi da una circostanza che difficilmente trova espresso riscontro in motivazione: la prima sentenza ha praticato un’evidente disapplicazione di legge, conducendo ad un risultato ripugnato dall’ordinamento⁸⁸. In tali occasioni, per ovvie ragioni istituzionali, non può pretendersi che, al di fuori del sistema delle impugnazioni, il secondo giudice dica espressamente che il primo ha sbagliato, in particolare quando appartengano al medesimo plesso giurisdizionale. È naturale però che non ogni violazione di legge coperta dal giudicato implichi che quest’ultimo possa essere disatteso dal secondo giudice. Fisiologicamente verranno prese in considerazione solo le contestazioni tardive che presentano un elevatissimo grado di *fumus*, tale da rendere palese l’errore del primo giudice. Infatti, la generale impermeabilità della cosa giudicata agli interventi retroattivi del legislatore, si spiega attraverso l’intonazione costituzionale del principio della separazione dei poteri⁸⁹, e può anche ritenersi, sulla scorta dell’art. 24 Cost., che alle parti sia attribuito il diritto di conseguire tale effetto in relazione alle controversie relative ai loro diritti soggettivi, ma ciò non implica che la sua protezione ricomprenda anche le statuizioni gravemente erranee, non venendo in gioco quei principi costituzionali che in altre situazioni ne giustificano la tenuta. Il perimetro dell’ingiustizia della preclusione del deducibile in assenza di motivazione circa l’insussistenza delle clausole abusive è offerto dal combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE, nella parte in cui sanciscono che le suddette clausole «non vincolano» il consumatore e che gli Stati membri si sono impegnati a disincentivarne l’inserimento

⁸⁶ La definizione alloriana del giudicato come “blasone di nobiltà” dell’attività giurisdizionale è stata ripresa da F. CARPI, *sub art. 824 bis*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da F. CARPI, 2008, Bologna, p. 588.

⁸⁷ Si riprendono le riflessioni svolte a più riprese da A. GIUSSANI, *ult. op. cit.*, p. 300-301; *Id.*, *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, cit., 2014, p. 1193 ss.; *Id.*, *Effetti conformativi della sentenza e sospensione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 260 ss., ora in *Id.*, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, Milano, 2018, p. 332 ss., spec. 338.

⁸⁸ V. ancora A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: l’intervento della Corte di Giustizia*, cit., p. 302.

⁸⁹ Sul tema, v. così K. M. CLERMONT, *Res Judicata as Requisite for Justice*, in 68 *Rutgers University Law Review*, 2016, p. 1069 ss., spec. 1077; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 318-319; A. GIUSSANI, *Intorno al riconoscimento e all’esecuzione degli atti di conciliazione e transazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1020 ss., spec. 1022 nota 6; *Id.*, *Remedies concerning enforcement of foreign judgments*, in *Studi Urbinati*, 3-4, 2019, p. 267 ss., spec. 270

all'interno dei contratti di consumo. Per converso, l'automatica preclusione del deducibile costituisce un intollerabile incentivo all'inserimento delle clausole abusive nei contratti di consumo, a più forte ragione se si tiene conto che l'onere della prova dell'essenzialità della clausola, ai fini della caducazione integrale del contratto, grava sul consumatore. Tutti questi elementi, in uno con la centralità della competenza unionale in materia consumeristica e il rilevante interesse pubblico ad essa sotteso⁹⁰, inducono ad attribuire quell'alto grado di apparenza di fondatezza alla censura tardiva, se del caso anche in sede di esecuzione, intorno alla sussistenza di clausole vessatorie di cui il giudice del monitorio non si è avveduto.

Al di là di ogni mistificazione del fenomeno, anche il giudicato assurge ad entità commensurabile alle norme unionali di ordine pubblico nei settori di competenza unionale, rispetto alle quali può anche essere ritenuto tangibile, ossia necessariamente cedevole ogni qual volta l'affermazione della volontà di legge nel caso concreto appaia distonica rispetto agli obiettivi di tutela individuati dall'ordinamento europeo attraverso le norme violate dalla sentenza passata in giudicato.

Ciò che i sostenitori della visione apocalittica faticano ad ammettere è che il giudicato profondamente ingiusto debba cedere, a più forte ragione quando pregiudichi l'effetto utile del diritto unionale, in materie di competenza dell'Unione. Tuttavia, se si aderisce alla lettura integrazionista, le pronunce della Corte di giustizia appaiano tutt'altro che dirompenti, anche nella parte in cui ammettono che l'attribuzione del bene della vita oggetto del provvedimento reso all'esito di una cognizione sommaria e non opposto possa essere travolta dalla sopravvenienza di una decisione incompatibile, sino a giustificare la ripetizione dell'indebito⁹¹, e che il rilievo dell'abusività della clausola possa provenire dal giudice dell'esecuzione quando la violazione di legge sia particolarmente evidente, come nel caso di sostanziale disapplicazione del divieto di usura⁹².

Nella giurisprudenza unionale sembra tornare in auge l'idea, invero già intuita dai Dottori del diritto intermedio⁹³, per cui la «*manifesta iniquitas*», può indurre il secondo giudice a non prendere in considerazione la statuizione formalmente irretrattabile, la quale sarebbe allora solo all'apparenza vincolante. L'ingiustizia della sentenza che abbia avallato la violazione di un

⁹⁰ In tal senso, v. anche D. U. GALLETTA-M. GIAVAZZI, *Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)*, cit., p. 124.

⁹¹ Cfr. Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-600/19, *Ibercaja Banco*.

⁹² Si allude al caso affrontato da Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-693/19, *SPV Project 1503 c. YB*, su cui v. le considerazioni di S. CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, cit., p. 538, la quale osserva criticamente che «ci vien fatto di osservare che nel primo rinvio pregiudiziale la natura vessatoria della clausola penale era manifesta: un moratorio superiore su base annua al tasso del 14% non sembra invero postulare un esercizio del potere officioso che vada al di là della mera lettura della documentazione prodotta in fase monitoria e quindi senza chissà quale ampliamento dei poteri officiosi».

⁹³ Si allude in particolare alle riflessioni del R. MARANTA, *Tractatus de ordine iudiciorum*, Lugduni, 1550, §§ 138, 141, 143 e 144, il quale rispetto alla «*sententia lata in causa usuraria*» conclude nel senso che la «*manifesta iniquitas*» sia tale da implicare la cedevolezza del giudicato apparentemente formatosi, proprio per evitare la cristallizzazione dell'ingiustizia.

divieto così fortemente avvertito a livello sociale non può essere sanata *sic et simpliciter* dal passaggio in giudicato, a più forte ragione quando tale divieto è imposto anche dal diritto europeo.

5. Il recepimento delle sentenze della Corte di giustizia del 17 maggio 2022 da parte di Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479

Con un'insolita pronuncia nomopoietica⁹⁴, la Suprema Corte ha (parzialmente) recepito i principi enunciati dalle sentenze del 17 maggio 2022, "rimaneggiando" l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo e "ricarburando" i poteri istruttori del giudice del monitorio⁹⁵. Più di preciso, le Sezioni Unite hanno risolto la questione del recepimento delle sentenze del 17 maggio 2022

⁹⁴ Si allude a Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, pubblicata per esteso in *Foro it.*, 2023, I, p. 1452 ss., con note di 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*, *ivi*, p. 1474; R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurounitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, *ivi*, p. 1486 ss.; S. PAGLIANTINI, «Ce n'est qu'un début»: spigolature civilistiche sul decalogo europeista di sez. un. 9479/23, *ivi*, p. 1491 ss. La sentenza è stata ampiamente commentata in dottrina e, in particolare da L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 4, 2023, p. 946 ss.; E. BERTILLO, *Sui rapporti tra c.d. giudicato implicito e provvedimento monitorio non opposto*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2023, p. 1036 ss.; M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, in *Judicium online*, 2023; S. CAPORUSSO, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2023, p. 1231 ss.; B. CAPPONI, *Prmissime considerazioni su SS. UU 6 aprile 2023 n. 9479*, in www.Giustiziainsieme.it, 2023; A. CARRATTA, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. esec. forz.*, 2023, p. 364 ss.; M. CIRULLI, *La tutela del consumatore ed il vaso di pandora*, in www.judicium.it, 2023; C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.*, 5, 2023, p. 1054 ss.; G. COSTANTINO, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*, in www.in-Executivis.it, 2023; A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2, 2023, p. 384 ss.; D'ALESSANDRO, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 5, 2023, p. 1060 ss.; L. DE PROPRIIS, *La più che dubbia compatibilità delle sez. un. 9479/2023 con il principio europeo di equivalenza: ovvero il raffronto tra tutela interna e transfrontaliera del consumatore*, in *Judicium*, 3, 2024, p. 412 ss.; *Id.*, *Considerazioni sparse sulla tutela transfrontaliera del consumatore nello spazio giudiziario europeo*, in *La nuova giuridica*, 1, 2024, p. 79 ss.; I. FEBBI, *Impressioni a caldo sulla Sentenza della Corte di Cassazione S.U. 9479/2023*, in www.judicium.it, 2023; M. FARINA, *Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nella giurisprudenza delle corti di vertice*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2023, p. 1527 ss.; F. MARA, *Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori alla luce della complementarietà funzionale tra ordinamento nazionale ed unionale*, in *Judicium online*, 3 gennaio 2024; R. METAFORA, *Dalle sezioni unite un vademecum sugli strumenti a tutela del consumatore in caso di vessatorietà delle clausole*, in www.inexecutivis.it; V. RICCIUTO, *Il consumatore «assistito»: le Sezioni Unite riformulano la tutela consumeristica*, in *Riv. dei contr.*, 3, 2023; F. SANTANGELI, *Il processo civile e le nullità di protezione alla luce dei recenti interventi della Corte di giustizia e delle sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Banc. Bors. tit. cred.*, 3, 2024, p. 383 ss.; M. LATINI VACCARELLA, *La Terza sezione e la rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive a tutela del consumatore (a proposito di ord. 29 marzo 2023 n. 8911 e di sez. un. 6 aprile 2023 n. 9479)*, in *Judicium Online*. V. anche A. GIUSSANI, B. SASSANI, R. TISCINI, M. LATINI VACCARELLA, I. FEBBI, B. CAPPONI, F. VIGORITO, *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, in *Rass. es. forz.*, 4, 2023, p. 894 ss.

⁹⁵ Riprendendo le immaginifiche espressioni di C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, *cit.*, p. 1054 ss.

affermando che se il giudice del monitorio rileva una clausola abusiva, questi è tenuto a rigettare il ricorso, mentre in caso contrario deve emettere decreto motivato ex art. 641 c.p.c. anche in relazione alla anzidetta delibazione di assenza di clausole anticonsumeristiche; in ogni caso, il giudice del monitorio è tenuto a procedere in base agli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, ai sensi dell'art. 640 c.p.c., con il potere istruttorio d'ufficio, da esercitarsi tenuto conto delle esigenze di speditezza sottese al rito monitorio, con l'implicazione che in caso di istruttoria più complessa, la quale ad esempio richieda la nomina di un consulente, il giudice è tenuto a rigettare la pretesa ingiuntiva. In ogni caso, il giudice potrà chiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire eventuali chiarimenti necessari anche in ordine alla qualifica di consumatore del debitore.

In sede esecutiva, invece, il giudice dell'esecuzione, in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, ha il dovere – da esercitarsi fino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito – di controllare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza e/o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo, eventualmente sollecitato dalle parti ai sensi dell'art. 484 c.p.c. All'esito di tale controllo, il giudice informerà le parti e avviserà l'esecutato che entro 40 giorni può proporre opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c. per fare accertare esclusivamente l'eventuale abusività delle clausole, astenendosi prima della maturazione del predetto termine dal procedere alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito⁹⁶.

Trattasi all'evidenza di una “variante funzionale” del rimedio dell'opposizione tardiva, atteso che le Sezioni Unite hanno predicato la disapplicazione del comma 3⁹⁷, il quale preclude l'opposizione decorsi dieci giorni dal primo atto dell'esecuzione, mentre il termine di quaranta giorni, invero non previsto dall'art. 650 c.p.c., è stato mutuato dall'art. 641 c.p.c. sulla base di un'interpretazione sistematica⁹⁸. In tal caso il processo esecutivo deve entrare in uno stato di quiescenza fino alla decisione del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo (o,

⁹⁶ La funzionalizzazione dell'opposizione ultra-tardiva era stata prospettata in dottrina da S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, cit., p. 2117 ss.; A. CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, cit., p. 485 ss., spec. 487.

⁹⁷ Pone particolarmente l'accento sulla deroga all'art. 650, comma 3, c.p.c. v. D. LONGO, *Le questioni poste dalle pronunce della corte di giust. ue del 17 maggio 2022 in punto di tutela giurisdizionale del consumatore esecutato: considerazioni introduttive*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*; ID., *Il controllo giudiziale sulle clausole abusive ridisegnato dalle Sezioni unite*, in *Giusto proc. civ.*, 2, 2023, p. 572 ss., spec. 580 ss.; v. anche, in tal senso, S. CAPORUSSO, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, cit., p. 1244. Nel senso che qualunque intervento sul comma 3 dell'art. 650 c.p.c. avrebbe necessitato di un intervento legislativo, v. L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 72; nonché 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 Corte di giustizia*, cit., § 7.

⁹⁸ Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, cit., § 8.3.1.

naturalmente, all'inutile decorso del nuovo termine). *Per converso*, qualora il debitore dovesse proporre opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., il giudice adito deve riqualificarla come opposizione tardiva⁹⁹, per poi rimettere *motu proprio* la decisione al giudice di questa, assegnando alle parti, qualora si ponga una questione di competenza, un termine non inferiore a quaranta giorni per la riassunzione. Al seguito della riassunzione, il giudice dell'opposizione può sospendere, in tutto o in parte, ex art. 649 c.p.c., l'esecutorietà del decreto ingiuntivo.

Dall'*handbook* stilato dalla Suprema Corte emerge assai chiaramente l'intenzione del giudice della nomofilachia di smussare i principi enunciati dalla Corte di giustizia. Infatti, la Suprema Corte, a differenza di quanto indicato dal *Kierchberg*, non ha attribuito al giudice dell'esecuzione, né a quello dell'opposizione all'esecuzione, il potere di controllare l'abusività delle clausole nel contratto di consumo posto a fondamento della pretesa ingiuntiva¹⁰⁰. Inoltre, accordare il rimedio dell'opposizione ultra-tardiva, quantunque funzionalizzato rispetto alle esigenze poste dal diritto unionale, non esclude ma anzi ribadisce la formazione del giudicato implicito in caso di mancata coltivazione dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Talché, le Sezioni Unite si sarebbero limitate a onerare il giudice dell'esecuzione di un vaglio preliminare circa la sussistenza di clausole abusive idoneo a recuperare il controllo giudiziale negato in sede monitoria, il cui esito positivo rimette in termini il consumatore per la proposizione dell'opposizione ultra-tardiva, non potendo essere allocato definitivamente su quest'ultimo il rischio dell'omissione del giudice del monitorio.

Senonché in dottrina erano state prospettate diverse tesi: talune più rispettose dei principi enunciati dalla Corte di giustizia; talaltre più in linea con la tendenziale separatezza tra cognizione ed esecuzione.

Nel prosieguo illustreremo brevemente queste tesi, non prima di aver sondato l'impatto dell'insolita pronuncia nomopoietica delle Sezioni Unite sulla giurisprudenza di merito.

6. L'accoglimento dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nella giurisprudenza di merito

L'esercizio di nomopoiesi delle Sezioni Unite è stato variamente recepito dalla giurisprudenza di merito. Infatti, è appena il caso di osservare che in forza del principio di sola soggezione alla legge, la sentenza delle Sezioni Unite non vincola i giudici nazionali, i quali restano liberi di optare per altre soluzioni, con l'onere di motivare la scelta e di dare conto delle ragioni che hanno indotto a prendere le distanze dalla decisione nomofilattica; per converso, quest'ultimi,

⁹⁹ Osserva C. CONSOLO, *ult. op. cit.*, p. 1057, che se con l'opposizione esecutiva non è sollevata alcuna doglianza consumeristica, il rilievo d'ufficio da parte del g.e., cui segue l'assegnazione del termine per la *translatio iudicii* avanti al giudice dell'opposizione monitoria ex art. 650 c.p.c., trasforma non solo l'oggetto del processo ma anche gli effetti della decisione. Talché, più che di conversione sarebbe opportuno parlare di «riassunzione innovativa e talora trasformativa».

¹⁰⁰ Peraltro, è appena il caso di osservare che Corte giust., 4 maggio 2023, in causa C- 200/21, *BRD Groupe Société Générale e Next Capital Solutions Limited*, § 42 ha ribadito l'idea secondo cui il controllo debba essere svolto dal giudice dell'esecuzione o da quello dell'opposizione all'esecuzione.

in ragione del combinato disposto degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., sono tenuti a dare attuazione ai principi enunciati dalle sentenze del 17 maggio 2022 della Corte di giustizia.

Al momento, le prime interpretazioni emerse tra i giudici di merito non appaiono uniformi, mentre la pronuncia delle Sezioni Unite è stata “recepita” dalle linee guida e dai protocolli relativi ai ricorsi per decreto ingiuntivo pubblicati dai Tribunali, oltre che dalle circolari di istruzioni destinate ai professionisti delegati e custodi giudiziali, ai quali è richiesta un’attività di monitoraggio delle procedure esecutive già in fase di delega e di segnalare al giudice dell’esecuzione, se del caso con lo strumento offerto dall’art. 591-ter c.p.c., la sussistenza di possibili clausole abusive, sollecitandolo a sua volta ad effettuare il controllo di vessatorietà e ad assumere i provvedimenti richiesti¹⁰¹.

I tribunali hanno dettagliato l’*handbook* delle Sezioni Unite, colmandone le lacune. Ad esempio, le linee guida del Tribunale di Civitavecchia prevedono la possibilità per il creditore di inserire nell’atto di pignoramento l’ulteriore avviso che il debitore può proporre entro 40 giorni dal perfezionamento della notifica del pignoramento l’opposizione ultra-tardiva, ove intenda dolersi dell’abusività di talune delle clausole contenute nel contratto dal quale è sorto il credito. Qualora tale avviso sia contenuto nel pignoramento, il giudice deve dare atto al momento della fissazione dell’udienza di vendita o di assegnazione che è stata garantita al consumatore «l’elevato livello di tutela» imposto dalla Corte di giustizia; in mancanza, il giudice è tenuto a provvedere a tale informativa nel primo atto utile, avvisando il debitore-consumatore che entro quaranta giorni da essa potrà proporre opposizione a decreto ingiuntivo. Mentre le linee guida del Tribunale di Roma impongono il controllo sul titolo del creditore intervenuto, onerando, se del caso, il professionista delegato di informare il giudice dell’esecuzione della possibile presenza di clausole vessatorie, attraverso il ricorso di cui 591-ter c.p.c.

Passando alla giurisprudenza di merito, il giudice dell’esecuzione del Tribunale di Ivrea, con ordinanza del 16 maggio 2023, ha ritenuto che il rilievo officioso della nullità di protezione è possibile anche a seguito del rigetto dell’opposizione a decreto ingiuntivo, purché la questione non sia stata eccepita dalla parte opponente o rilevata dal giudice¹⁰². Dietro l’ordinanza del Tribunale di Ivrea sta l’idea per cui il giudicato anticonsumeristico debba cedere in ogni caso, anche se è stata proposta tempestivamente opposizione, purché il giudice del monitorio non

¹⁰¹ A proposito delle linee guida e dei protocolli, v. l’analisi di D. LONGO, *Le questioni poste dalle pronunce della corte di giust. ue del 17 maggio 2022 in punto di tutela giurisdizionale del consumatore esecutato: considerazioni introduttive*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 41 ss.

¹⁰² Cfr. Tribunale di Ivrea, 16 maggio 2023, in *Judicium online*, 2023, con nota di B. DE SANTIS, *L’opposizione tardiva “consumeristica” dopo – e oltre – i dicta delle Sezioni Unite n. 9479/2023 (Tribunale Ivrea, 16 maggio 2023)*; v. anche Tribunale Tivoli, 19 settembre 2023, n. 1179.

abbia motivato intorno l'assenza di clausole abusive ostative alla delibazione della pretesa ingiuntiva¹⁰³.

Il Tribunale di Como ha invece affermato che l'opposizione a decreto ingiuntivo proposta una volta decorsi i termini di cui all'art. 645 c.p.c. non può convertirsi in opposizione ultra-tardiva, come foggata dalle Sezioni Unite¹⁰⁴. Senonché, tale lettura pecca per eccesso di formalismo, dal momento che l'inammissibilità dell'opposizione non produce il medesimo effetto preclusivo del giudicato sostanziale, né la sentenza così pronunciata si sostituisce al decreto ingiuntivo. Talché, il giudice dell'esecuzione potrebbe comunque rilevare l'abusività delle clausole inserite nel contratto di consumo, consentendo al debitore di proporre l'opposizione ultra-tardiva "ricarburata". E allora esigenze di economia processuale avrebbero suggerito di ammettere lo scrutinio nel merito delle pretese dell'opponente, qualificando l'opposizione come ultra-tardiva¹⁰⁵. In tal senso, si è successivamente pronunciato il Tribunale di Verona,

¹⁰³ Tuttavia, il giudice dell'esecuzione del Tribunale di Lodi, con ordinanza del 18 novembre 2023, ha interrogato, attraverso il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 363-bis c.p.c., la Suprema Corte intorno alla valutazione della «non tale inerzia» del consumatore, domandando se la previa proposizione di un'opposizione a decreto ingiuntivo intempestiva sia sufficiente a realizzare la condizione posta dal *Kierchberg* e se, dunque, permanga in capo al giudice dell'esecuzione il potere di rilevare l'abusività delle clausole anticonsumeristiche anche quando il decreto ingiuntivo sia divenuto esecutivo a seguito dell'inammissibilità dell'opposizione. La Prima Presidente, in sede di valutazione di ammissibilità della questione, ha escluso che sussistessero le condizioni previste dall'art. 363-bis c.p.c. Difetterebbe, anzitutto, la condizione della serialità della questione, dal momento che il giudice rimettente non avrebbe fornito sufficienti elementi a suffragio della potenziale serialità della questione. Inoltre, mancherebbero specifici approfondimenti dottrinali sul punto. Infine, non sarebbe ravvisabile il requisito della gravità della difficoltà interpretativa, tale da indurre ad un arretramento del dovere decisorio del giudice, siccome la soluzione che nega l'estensione dei principi affermati dalle Sezioni Unite non sembra incontrare particolari resistenze sul piano interpretativo. In altri termini, il giudice di merito avrebbe utilizzato il rinvio pregiudiziale non tanto in funzione interpretativa, quanto per preservare la propria decisione da una differente lettura da parte del giudice dell'impugnazione. La decisione presa dalla Prima Presidente desta però più di qualche perplessità. In particolare, la serialità della questione sembrerebbe essere *in re ipsa*, dal momento che in tutti i Tribunali di Italia pendono procedure esecutive fondate su decreti ingiuntivi tardivamente opposti. Inoltre, la circostanza che la giurisprudenza di merito si sia a più riprese posta il problema indizierebbe nel senso anzidetto. Passando alle «gravi difficoltà interpretative», è sufficiente evidenziare che la questione è stata affrontata *ex professo* dalla dottrina in termini più che dubitativi, proprio a sottolineare i possibili sviluppi dei principi enunciati dalle Sezioni Unite. Pertanto, il *non possumus* pronunciato in sede di delibazione dell'ammissibilità della questione pare potersi giustificare solo alla luce dell'esigenza di contenere l'inflazione del contenzioso e la stasi delle procedure esecutive, ancorché di ciò non vi sia traccia nell'impianto motivazionale della declinatoria. Peraltro, tale lettura è foriera di una discriminazione difficilmente compatibile con «l'elevato livello di tutela» che il diritto europeo impone agli Stati membri in materia consumeristica. Infatti, i consumatori che hanno tardivamente spiegato opposizione prima delle sentenze del 17 maggio 2022 avrebbero ormai irreversibilmente perso la possibilità di ottenere la declaratoria di nullità delle clausole abusive. Al contrario, i consumatori che non hanno proposto opposizione, sia in data antecedente agli interventi della Corte di giustizia che in data successiva, restano liberi di sollevare tale questione dinanzi al giudice dell'esecuzione. L'ordinamento, a fronte della mancata informativa del giudice del monitorio circa l'insussistenza di clausole abusive, incentiverebbe allora un atteggiamento passivo da parte del consumatore, siccome l'opposizione intempestiva, ancorché fondata nel merito, rischia di cagionare al consumatore un danno ben maggiore rispetto ad un contegno attendista.

¹⁰⁴ Cfr. Tribunale di Como, 26 aprile 2023.

¹⁰⁵ Altro sarebbe stato se l'opposizione fosse stata proposta tempestivamente, come nel caso affrontato da Tribunale di Nocera inferiore, 2 maggio 2023, ord., nel quale il giudice dell'esecuzione ha affermato che l'opposizione tempestiva, ove

secondo cui la tardività dell'opposizione implicherebbe comunque che il giudice si debba pronunciare sull'eventuale esistenza di fatti impediti, quale la nullità di una o più clausole negoziali per violazione degli artt. 33 ss. del cod. cons. (sebbene poi la pronuncia concluda per l'inammissibilità dell'opposizione in ragione dell'insussistenza di clausole abusive)¹⁰⁶.

Più articolata è la decisione resa dal Tribunale di Larino in sede di opposizione all'esecuzione¹⁰⁷. In armonia con le Sezioni Unite, il giudice dell'esecuzione ha riconosciuto l'esistenza di un potere officioso di rilevare d'ufficio la sussistenza di clausole abusive, previo svolgimento di un'istruttoria sommaria e deformalizzata atta a verificare la qualità di consumatore dell'esecutato e la presenza di una o più clausole potenzialmente vessatorie nel contratto da cui è sorto il credito accertato in sede monitoria. Tuttavia, il Tribunale di Larino ha rigettato l'istanza di sospensione formulata dall'esecutato in sede di opposizione all'esecuzione, dal momento che lo scopo del rilievo officioso foggato dalle Sezioni Unite non sarebbe quello di sospendere l'esecuzione, bensì di avvertire il consumatore circa la possibilità di proporre l'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e, se del caso, di formulare in quella sede istanza di sospensione dell'esecutorietà dello stesso. Infatti, il giudice dell'opposizione all'esecuzione non dispone di un generico potere di sospensione del processo esecutivo; quest'ultima, infatti, può essere disposta solo se concorrono «gravi motivi», legati all'apparenza di fondatezza dei motivi di opposizione, oltre che al pregiudizio per l'esecutato¹⁰⁸. Tant'è che le stesse Sezioni Unite hanno accordato al giudice dell'esecuzione la facoltà di procedere ad un mero rinvio che tenga conto del tempo tecnico per proporre l'opposizione ultra-tardiva presso il giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, dinanzi al quale il consumatore potrà ottenere la sospensione dell'esecutorietà del decreto ingiuntivo.

rigettata, preclude un successivo scrutinio in sede esecutiva della sussistenza di clausole abusive, in ragione della formazione del giudicato sulla sussistenza del rapporto fondamentale.

¹⁰⁶ Cfr. Tribunale Verona, 6 luglio 2023.

¹⁰⁷ Cfr. Tribunale Larino, 20 dicembre 2023, in *Riv. es. forz.*, 2, 2024, p. 376 ss., con nota di F. FRADEANI, *Esecuzione di decreto ingiuntivo non opposto e tutela consumeristica: i poteri del giudice dell'esecuzione*.

¹⁰⁸ I «gravi motivi» sono stati perimetrati da Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19889 e «[...]non coincidono *sic et simpliciter* con il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris* sempre necessari per ogni provvedimento cautelare: il primo si identifica con la plausibile fondatezza dell'opposizione e purché non si palesi l'inammissibilità della stessa contestazione del titolo (come nel caso di quello giudiziale per fatti non azionati nel giudizio di cognizione, o perfino il difetto di giurisdizione sul merito: casi nei quali, a differenza del processo amministrativo, è da ritenersi precluso al giudice di adottare qualunque cautela) ed il secondo va assunto in un'accezione affatto peculiare, cioè di rischio di un pregiudizio per il debitore che ecceda quello normalmente indotto dall'esecuzione, di per sé integrante un'invasione della sfera giuridica dell'esecutato, ma operata *secundum legem*, in quanto indispensabile alla funzionalità dell'intero ordinamento giuridico, che esige che i propri comandi (nel caso di specie, contenuti nel titolo) siano rispettati». La pronuncia è stata diffusamente commentata in dottrina, per esempio, in *Riv. es. forz.*, 3, 2019, p. 566 ss., con nota di F. AULETTA, *Per le Sezioni Unite l'ordinanza che decide sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è reclamabile al Collegio*; in *Giur. it.*, 11, 2019, p. 2410 ss., con note di R. CONTE, *Opposizione all'esecuzione - Sezioni unite e reclamabilità dell'ordinanza ex art. 615, 1° comma, c.p.c.*; G. FELLONI, *Opposizione all'esecuzione - Reclamabilità della decisione sulla sospensiva in sede di opposizione a precetto*; in *Corr. giur.*, 2, 2020, p. 210 ss., con nota di R. METAFORA, *La natura lato sensu cautelare della sospensione pre-esecutiva e la sua reclamabilità*.

Senonché, il Tribunale di Larino sembra prendere le distanze dalle Sezioni Unite dal momento che non ha svolto attività istruttoria circa la sussistenza della qualità di consumatore dell'esecutato. A tal proposito, deve considerarsi che all'udienza ex art. 185 disp. att. c.p.c., applicandosi le forme camerale, non sussistono preclusioni istruttorie ed è ben possibile l'utilizzo di poteri officiosi a tal fine¹⁰⁹.

L'analisi della giurisprudenza di merito in argomento veicola il convincimento per cui l'intervento nomopoietico delle Sezioni Unite sia stato in buona parte recepito, con conseguente restrizione della discrezionalità giudiziale, mentre rispetto alle "zone grigie" non coperte dall'*handbook*, i giudici inferiori tendono a dare importanza più a certi aspetti che ad altri evincibili dalla giurisprudenza comunitaria, talora estendendo il proprio sindacato sull'abusività delle clausole, nonostante la formazione del giudicato sull'esistenza del rapporto, o in assenza di una completa passività del consumatore, talaltra riducendo l'ambito dei poteri officiosi del giudice dell'esecuzione, al non celato fine di evitare una promiscuità tra poteri del giudice della cognizione e di quello dell'esecuzione, secondo una prospettiva non del tutto in linea con gli insegnamenti ritraibili dalla giurisprudenza del *Kierchberg*.

7. Le posizioni della dottrina

All'indomani delle sentenze del 17 maggio 2022, la dottrina si è interrogata sul modo in cui la giurisprudenza nazionale avrebbe dato attuazione ai principi enunciati dalla Corte di giustizia. Alcuni, più in linea con il successivo intervento delle Sezioni Unite, hanno ritenuto che al giudice dell'esecuzione non potessero essere attribuiti, fuori dalle specifiche attribuzioni previste dalla legge, poteri cognitori¹¹⁰, altri, invece, ritenendo tale regola del nostro ordinamento ormai superata, hanno ipotizzato l'ammissibilità di un controllo della presenza di clausole abusive nel contratto da cui è originato il credito accertato nel decreto ingiuntivo non opposto anche in sede esecutiva. In ogni caso, ognuna delle proposte avanzata – e forse di tutte quelle prospettabili – presenta degli svantaggi.

Nel prosieguo cercheremo di chiarire la posizioni della dottrina.

¹⁰⁹ Sull'assenza di preclusioni istruttorie nel rito camerale, v., per tutti, M. PACILLI, *La tutela camerale tra forme e garanzie*, Bologna, 2022, p. 279 ss.

¹¹⁰ V., per esempio, A. SOLDI-B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, cit., p. 5 ss.; G. COSTANTINO, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*, in www.in-Executivis.it, 2023; ID., «Certeza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, «accertamento con prevalente funzione esecutiva», «normativa senza giudizio», «preclusione pro judicato» e clausole vessatorie, in www.inexecutivis.it e ora in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 336 ss. Ma nel senso che tale distinzione sembra sfumare nei più recenti interventi legislativi e nel diritto vivente, v. C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 89; nello stesso senso, L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 74.

7.1. Segue: la tesi dell'opposizione all'esecuzione e della rilevanza d'ufficio dell'abusività della clausole da parte del giudice dell'esecuzione e la conseguente ammissibilità dell'opposizione agli atti esecutivi.

Alcuni studiosi, seppur con varietà di accenti, hanno individuato nella sede dell'esecuzione il *locus* processuale in cui rilevare o far valere la presenza di clausole abusive¹¹¹.

Questa impostazione muove dal rilievo secondo cui le sentenze del 17 maggio 2022 avrebbero imposto, seppur in termini di *extrema ratio*, di affidare al giudice dell'esecuzione il compito di accertare se il contratto consumeristico sia affetto da clausole abusive. Tale soluzione avrebbe il pregio di assicurare una tutela «piena e celere», garantita dal giudice che ha la direzione del processo esecutivo, in cui si concretizza il *vulnus* per il consumatore¹¹².

Il giudice dell'esecuzione, con ordinanza endoesecutiva impugnabile ex art. 617 c.p.c., potrebbe accertare se il decreto ingiuntivo non opposto, in assenza di motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie da parte del giudice del monitorio, sia stato irritualmente reso in forza di un titolo negoziale affetto da nullità di protezione. Ove tale scrutinio dovesse dare esito positivo, il giudice dell'esecuzione sarebbe tenuto a pronunciare ordinanza di chiusura anticipata del processo esecutivo (c.d. estinzione atipica)¹¹³, attesa l'assenza di un valido titolo esecutivo¹¹⁴. Il rilievo e l'accertamento della nullità della clausola abusiva avverrebbero all'interno di un incedente endoesecutivo, gemmato dagli artt. 512 e 549 c.p.c. Tale accertamento però avrebbe una mera efficacia endoesecutiva e sarebbe inidoneo al giudicato, dal momento che la sua funzione non sarebbe quella di statuire circa l'invalidità del contratto, bensì di verificare se sussiste un valido titolo esecutivo giudiziale, ovvero di fissare, ai fini

¹¹¹ L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 75 ss.; M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurolunionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 4 ss.; 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-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 10; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 90 ss.; v. anche R. TISCINI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, in *Rass. es. forz.*, cit., p. 912 ss.

¹¹² Così A. SOLDI-B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurolunitario e diritto interno*, cit., p. 3.

¹¹³ Sul tema dell'estinzione atipica del processo esecutivo, v. B. CAPPONI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁷, Torino, 2023, p. 439 ss.; A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 2515 ss.

¹¹⁴ Così B. SASSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, in *Rass. es. forz.*, cit., p. 905, secondo cui l'esito negativo del controllo non dovrebbe lasciare al giudice dell'esecuzione altra opzione che la chiusura anticipata dell'esecuzione, non giustificandosi in alcun modo l'indicazione del termine di 40 giorni per proporre l'opposizione ultra-tardiva introdotta dalle Sezioni Unite. Inoltre, a rigore, quandanche il consumatore non si opponesse nei termini, il processo esecutivo non potrebbe comunque proseguire, attesa l'assenza di un valido titolo esecutivo.

dell'esecuzione, l'importo del credito per cui si procede, una volta epurato il contratto dalle clausole abusive¹¹⁵.

Secondo l'impostazione in analisi, il giudice dell'esecuzione dovrebbe anche disporre di poteri istruttori. Questi possono essere ricavati da un'interpretazione funzionale dell'art. 485 c.p.c., che riconosce al giudice dell'esecuzione il potere di disporre l'audizione delle parti. Da questa disposizione potrebbe inoltre trarsi un più generale potere di interpello: il giudice, qualora sospetti della presenza di clausole vessatorie nel contratto non acquisito al fascicolo dell'esecuzione o dubiti della qualità di consumatore dell'esecutato, potrebbe assegnare termine alle parti per effettuare le dovute produzioni. Lo stesso esecutato, ai sensi del successivo art. 486 c.p.c., potrebbero sollecitare il rilievo della questione.

Inoltre, dopo la notifica del titolo esecutivo e/o del precetto, il consumatore potrebbe sempre far accertare la vessatorietà delle clausole attraverso l'opposizione all'esecuzione.

Di non poco rilievo è la circostanza che il giudice dell'esecuzione, in sede di opposizione, potrebbe disporre la sospensione del processo esecutivo in corso. Questa soluzione ha il pregio, a differenza della sospensione disposta ai sensi dell'art. 649 c.p.c. caldeggiata dalle Sezioni Unite, di limitare il rischio dell'errore giudiziario e di responsabilizzare il consumatore esecutato: se infatti l'eventuale sospensione disposta dal giudice dell'opposizione ultra-tardiva riguarda l'efficacia del decreto ingiuntivo, fermando ogni esecuzione in corso sulla base di quel provvedimento, in virtù della clausola di residualità con cui principia l'art. 623 c.p.c., quella ordinata dal giudice dell'esecuzione sospenderebbe il solo processo in cui è pronunciata, senza intaccare le altre esecuzioni pendenti fondate sullo stesso titolo. In questo modo, il consumatore sarebbe onerato di profilare la questione nelle altre procedure esecutive, forte del previo scrutinio del giudice dell'esecuzione, il quale produrrebbe un'efficacia persuasiva sul secondo giudice, ma non certo vincolante, secondo un parametro non dissimile dalla prognosi di fondatezza dell'impugnazione ai fini della sospensione facoltativa di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c.¹¹⁶.

A nostro avviso, questa impostazione presenta degli inconvenienti tutt'altro che trascurabili. Un provvedimento di chiusura anticipata del processo esecutivo consentirebbe al creditore di riprendere l'indomani una distinta iniziativa esecutiva, e qui sarebbe difficile sostenere che in realtà il giudizio di merito, ex artt. 618 c.p.c., verrebbe definito con sentenza, perché l'unico legittimato ad opporsi sarebbe il creditore, per cui solo una sua iniziativa consentirebbe poi al

¹¹⁵ 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-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 9.

¹¹⁶ Nel senso che l'art. 337, comma 2, c.p.c. sia espressione di un principio di carattere generale che consente al giudice della causa dipendente di effettuare una prognosi della fondatezza dell'impugnazione della statuizione resa sulla pregiudiziale, anche se le due cause appartengono alla giurisdizione di plessi diversi, cfr. Cons, Stato, 9 aprile 2025, n. 8427.

debitore, che volesse opporre con efficacia di giudicato la non vincolatività della clausola, di introdurre il suddetto giudizio.

Senonché, se l'estinzione atipica è avvenuta in virtù del rilievo dell'abusività della clausola, la reiterazione dell'iniziativa esecutiva potrebbe essere disincentivata dal compendio di sanzioni previste per l'ipotesi di abuso dello strumento processuale e, in particolare, dall'art. 92 c.p.c., nella parte in cui ammette che il giudice, indipendentemente dalla soccombenza (concetto tecnicamente estraneo al processo esecutivo), possa condannare il trasgressore degli obblighi imposti dall'art. 88 c.p.c. al rimborso alla controparte (l'esecutato) delle spese non ripetibili sopportate¹¹⁷. In questo modo, si produrrebbe un apprezzabile effetto di deterrenza delle condotte abusive, disincentivando il creditore a riproporre l'azione esecutiva nonostante la chiusura anticipata del processo esecutivo.

Assai più complesso è il problema del termine entro il quale il consumatore potrebbe altresì proporre l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c., dal momento che il secondo comma di questa disposizione individua il *dies ad quem* nell'ordinanza che dispone la vendita o l'assegnazione, mentre la Corte di giustizia, in *Ibercaja Banco*, ha individuato l'unica preclusione nella realizzazione dell'effetto traslativo conseguente alla vendita forzata¹¹⁸. Senonché, a rigore, una cosa è il provvedimento che dispone la vendita o l'assegnazione, altro è la realizzazione dell'effetto traslativo. Secondo alcuni studiosi, il limite temporale posto dall'art. 615, comma 2, c.p.c. andrebbe funzionalmente interpretato alla luce della sentenza *Ibercaja Banco*, coincidendo *de facto* con l'aggiudicazione¹¹⁹. Tuttavia, tenuto conto delle specificità dei singoli procedimenti esecutivi, può rilevarsi che nel pignoramento presso terzi è l'assegnazione a determinare la chiusura del processo, mentre nell'espropriazione mobiliare o immobiliare, la chiusura coincide con l'aggiudicazione e la distribuzione del ricavato. Oltre tale termine residuerà la sola tutela risarcitoria, in linea con l'insegnamento dei giudici del *Kierchberg*.

¹¹⁷ La formulazione "moraleggiante" dell'art. 88 c.p.c. ha indotto la dottrina maggioritaria a svuotarla di contenuto precettivo, finanche ad escludere che il nostro ordinamento imponga alle parti un dovere di verità. In tal senso si vedano senza pretese di completezza, V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*³, I, Napoli, 1957, p. 243 ss. ove si legge che «lo svolgimento dei lavori preparatori dimostra come l'obbligo di dire la verità, sancito nel progetto preliminare Solmi sia stato sostituito dal dovere di comportarsi nel processo con lealtà e probità»; più di recente, per un'affermazione del valore precettivo dell'art. 88 c.p.c., v. M. GRADI, *L'obbligo di verità fra le parti*, Torino, 2018, p. 754 ss. Da ultimo, il contenuto precettivo dell'art. 88 c.p.c. è stato riconosciuto anche in giurisprudenza da Cass., sez. un., 19 marzo 2025, n. 7299, secondo cui, in caso di abusivo frazionamento della medesima pretesa creditoria, qualora la domanda non sia proponibile unitariamente in un diverso processo, il giudice, dovendosi comunque pronunciare sul merito della pretesa, potrà sanzionare il comportamento del creditore difforme al dovere di lealtà e probità processuale mediante la regolamentazione delle spese di lite, finanche a porla a carico, con valutazione discrezionale e motivata con riferimento agli artt. 88 e 92 c.p.c., in tutto o in parte a carico del creditore la cui domanda abusivamente frazionata sia stata accolta (se cui v. i commenti di F. DE CAROLIS, *Le Sezioni Unite sulle conseguenze processuali dell'abusivo frazionamento del credito*, in *Judicium online*, 5 agosto 2025).

¹¹⁸ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, § 59.

¹¹⁹ Cfr. L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 76; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 90.

Ciò non toglie che la Corte di giustizia ha imposto la sola stabilità dell'aggiudicazione in favore del terzo acquirente, con l'implicazione che il consumatore-esecutato potrebbe proporre opposizione contro il provvedimento del giudice dell'esecuzione che approvi il progetto di distribuzione, ai sensi degli artt. 510, 542 e 598 c.p.c., deducendo la sussistenza di clausole abusive per impedire che la distribuzione del ricavato avvenga (anche) in favore del professionista¹²⁰.

Per converso, in caso di assegnazione del credito, non venendo in rilievo il limite dell'affidamento dell'aggiudicatario sull'effetto traslativo, al consumatore deve essere accordata un'azione di ripetizione dell'indebito¹²¹. In questi casi si porrà il problema della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, *rectius* del *dies a quo* del termine di prescrizione. A tal proposito, la Corte di giustizia ha ritenuto contraria al diritto unionale e al principio di effettività della tutela del consumatore, una disciplina nazionale che preveda la decorrenza della prescrizione dal giorno in cui la prestazione è stata eseguita dal consumatore, qualora egli, all'atto dell'adempimento, non fosse a conoscenza dell'abusività delle clausole contenute nel contratto concluso con il professionista¹²².

Pertanto, il *dies a quo* del diritto alla ripetizione dell'indebito deve individuarsi nel momento in cui il consumatore è venuto a conoscenza della nullità del contratto e, dunque, anche in un momento successivo all'assegnazione del credito.

7.2. Segue: la tesi dell'*actio nullitatis*

Particolarmente suggestiva è la tesi che accorderebbe al consumatore un'autonomia azione di accertamento negativo della formazione del giudicato implicito sul rapporto formatosi all'esito della mancata opposizione al decreto ingiuntivo¹²³. Questa impostazione ha ricevuto

¹²⁰ Sul problema dell'ammissibilità di opposizioni in fase di riparto, v. A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., p. 409 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, cit., p. 1067; M. FARINA, *Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nella giurisprudenza delle corti di vertice*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2023, p. 1527 ss.; ma v. in senso contrario A. AULETTA, *Le sezioni unite sul ruolo del giudice dell'esecuzione nel controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali*, in www.giustiziacivile.com, p. 5 ss.

¹²¹ L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 77. Sull'esperibilità dell'azione di ripetizione dell'indebito a fronte dell'esecuzione forzata ingiusta, cfr. G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, p. 50; M. BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino 1996, p. 153 ss.

¹²² Cfr. Corte giust., 8 settembre 2022, in cause riunite C-80/21, C-81/21 e C-82/21, *Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères*, §§ 99 e 100.

¹²³ Questa tesi è sostenuta, per esempio, da M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 9 ss.; A. CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, cit., p. 721 ss.; ID., *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., p. 394 ss.; F. DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, cit., § 14; A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del*

l'autorevole avallo del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, il quale, muovendo dal presupposto che le sentenze del 17 maggio 2022 affidano al giudice dell'esecuzione il compito di esaminare per la prima volta l'abusività delle clausole, gli ha riconosciuto il suddetto potere-dovere durante tutto il corso del processo esecutivo, a condizione che il giudice del monitorio non abbia affrontato espressamente la questione. Tale rilievo potrebbe avvenire anche su sollecitazione del debitore, ma non nelle forme dell'opposizione, per preservare la sottrazione al giudice dell'esecuzione di ogni ingerenza sul titolo esecutivo di natura giudiziale. Ne deriverebbe la devoluzione ad altra sede della rimessione in discussione del titolo con l'adduzione dei fatti impeditivi alla concessione del decreto ingiuntivo. Pertanto, il giudice dell'esecuzione dovrebbe limitarsi a rilevare la questione, indicando quale rimedio un'ordinaria azione di accertamento (c.d. *actio nullitatis*) che inizi dal primo grado e davanti al giudice ordinariamente competente, nel cui corso si accerti, siccome non coperto dal giudicato, il carattere abusivo di una o più clausole a danno del consumatore e nella quale la sospensione (esterna) del titolo giudiziale può conseguirsi in via cautelare, ai sensi dell'art. 623 c.p.c., con efficacia sul processo esecutivo. Qualora la nullità sia rilevata nell'immediatezza del compimento di un atto esecutivo che potrebbe compromettere definitivamente il diritto di difesa del consumatore, il giudice potrà differire la vendita a data presumibilmente successiva alla decisione (adottata anche in via cautelare) del giudice del merito.

Il ragionamento del Procuratore Generale poggia su due corollari: il giudicato sulla sussistenza del rapporto si forma a prescindere dal controllo del giudice del monitorio sulla presenza di clausole vessatorie; l'intervento del giudice dell'esecuzione non potrà riguardare il titolo giudiziale in sé, pena la violazione dell'ordine pubblico giudiziale, in ragione del principio di autonomia processuale degli Stati membri. Quest'ultimo deve limitarsi a concedere un rinvio affinché il consumatore proponga davanti al giudice della cognizione un'*actio nullitatis* in cui far valere l'abusività.

Tale soluzione ha sicuramente il pregio di non confondere il piano dell'accertamento con quello dell'esecuzione, garantendo al contempo l'attuazione dei principi enunciati dal *Kierchberg*¹²⁴.

L'aspetto più problematico della tesi sostenuta dal Procuratore Generale è quello della tutela cautelare. Invero, il giudice dell'esecuzione potrebbe differire la vendita o l'assegnazione, ai sensi dell'art. 484 c.p.c., tuttavia tale soluzione sembra impedita dalla *ratio* sottesa all'art. 42 c.p.c., tradizionalmente considerato funzionale a impedire proprio sospensioni al di fuori dei

consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023, cit.; S. PUGLIESE, *La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della res iudicata nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività*, in *Il Processo*, 2, 2024, p. 363 ss., spec. 413 ss.

¹²⁴ A. CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, cit., p. 722 ss.

casi previsti dalla legge¹²⁵. Inoltre, l'assenza di un generale potere cautelare in capo al giudice dell'esecuzione onera il consumatore di articolare una domanda di sospensione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo non opposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., il quale, a differenza della sospensione ex art. 649 c.p.c., è compatibile con la fissazione di una cauzione e dunque foriero di pregiudicare l'aspettativa di effettività di tutela del consumatore imposta dalla Corte di giustizia¹²⁶, come anche affermato dalle Sezioni Unite¹²⁷. Tuttavia, può osservarsi che in *Impulse Leasing Romania* la Corte di giustizia ha censurato i soli meccanismi che impongono automaticamente al consumatore il versamento di una cauzione, mentre l'art. 669-undecies c.p.c. prevede che essa sia discrezionale¹²⁸. Semmai potrebbe dubitarsi del fondamento positivo dell'*actio nullitatis*, così come dell'opportunità di introdurre un rimedio esperibile *sine die*.

Invero, questi due fattori hanno indotto le Sezioni Unite a prendere le distanze dalla soluzione suggerita dal Procuratore Generale. È facile replicare che, per quanto di asserita creazione pretoria, l'*actio nullitatis* appartenga al nostro sistema processuale, come si trae da un'interpretazione *a contrario* dell'art. 161, comma 1, c.p.c.¹²⁹. Inoltre, l'introduzione di un rimedio di pura creazione giurisprudenziale, quale l'opposizione ultra-tardiva "rimaneggiata", che si pone al confine tra il *praeter* e il *contra legem*, introducendo arbitrariamente un termine di decadenza, in spregio del dettato dell'art. 152 c.p.c., è senza dubbio più invasivo del principio della riserva di legge in materia processuale rispetto alla valorizzazione dell'*actio nullitatis*, la quale, come detto, trova almeno un addentellato nell'art. 161, comma 1, c.p.c.

¹²⁵ Sulla ratio del regolamento necessario di competenza c.d. improprio, cfr., *si vis*, A. GIUSSANI-G. DE CESARE, *sub art. 42 c.p.c.*, in *Commentario breve al Codice di procedura civile*, a cura di F. CARPI e M. TARUFFO, Padova, 2023, p. 209. In giurisprudenza, nel senso che tale rimedio vuole impedire sospensioni *ope iudicis* e dunque disposte al di fuori dei casi previsti dalla legge, v. Cass. 7 marzo 2024, n. 6121, ord.

¹²⁶ Cfr. Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-725/19, *Impuls Leasing România*, § 57-59.

¹²⁷ Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, § 9.2.

¹²⁸ A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 902-903; A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., p. 396-397. Più in generale, sulla facoltatività dell'imposizione della cauzione v. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 573 ss., secondo cui il giudice, nell'imporre la cauzione, dovrebbe tenere conto anche di parametri soggettivi e, in particolare, delle condizioni economiche dell'istante. Sul punto v. anche A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, V, 1991, p. 80 ss., il quale mette in evidenza che l'insolubilità del ricorrente non potrebbe comunque precludere l'accesso alla tutela cautelare, in ragione della garanzia costituzionale dell'accesso alla giustizia anche ai meno abbienti, con l'implicazione per cui in questi casi il giudice della cautela dovrebbe astenersi dall'imporre la cauzione.

¹²⁹ Sul tema si rinvia all'ormai classico studio del P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 112 ss., ora in *Opere giuridiche*, VIII, Roma, 2019, p. 515 ss., il quale brillantemente sottolineava che «[L]a querela di nullità in realtà non è stata abolita: essa, geniale creazione del nostro diritto statutario, ha lasciato nel sistema dei mezzi di impugnazione tracce durevoli e profonde, che permettono, riconoscendo e riaccostando gli elementi di questo istituto oggi dispersi in norme eterogenee e distanti, di ritrovare e di ricostruire la sua fisionomia: come fanno gli archeologi, che mettendo insieme frammenti recuperati da diversi campi di scavo, riescono con pazienza a far rivivere la statua».

Ma a ben vedere, il Procuratore Generale con l'espressione *actio nullitatis* non intendeva fare riferimento all'ammissibilità di un'azione di accertamento dell'inesistenza giuridica del decreto ingiuntivo non opposto in ragione della violazione del diritto unionale, come altresì paventato dalle Sezioni Unite¹³⁰. Questa soluzione appare troppo estrema e difficilmente compatibile con i principi enunciati dalla Corte di giustizia che limitano il sindacato del giudice alla sola presenza di clausole abusive e non anche alla caducazione del titolo nelle parti in cui non abbia assunto rilevanza la violazione della disciplina consumeristica¹³¹. Pertanto, il riferimento all'*actio nullitatis* si può anche intendere come ammissibilità di un rimedio teso ad accertare l'ineidoneità del giudicato implicito a precludere l'accertamento della violazione della disciplina consumeristica, deducibile in ogni procedimento in cui possa assumere rilevanza. In ogni caso, tale rimedio sarebbe esperibile entro il termine ultimo della vendita o dell'assegnazione, oltre il quale dovrebbe convertirsi in azione di carattere risarcitorio o restitutorio, attesa la protezione che il diritto unionale riconosce all'acquisto dell'aggiudicatario.

Nel medesimo filone interpretativo si inserisce un'acuta proposta formulata in dottrina, secondo cui il giudice dell'esecuzione, lungi dal porsi il problema dell'esistenza del credito azionato in via esecutiva dal professionista, dovrebbe piuttosto rilevare un vizio di attività del giudice della fase monitoria che non abbia motivato intorno all'assenza di clausole vessatorie nel contratto *Btc*¹³². Questo modo di ragionare giustificerebbe l'attivismo del giudice dell'esecuzione: egli riscontrerebbe non la nullità del contratto, bensì l'*error in procedendo* commesso dal giudice del monitorio, rilevando una nullità che sfugge al principio di conversione di cui all'art. 161, comma 1, c.p.c. e rientra fra quelle per le quali il passaggio in giudicato del provvedimento non produce alcuna sanatoria dei vizi da cui è affetto¹³³. Tale vizio insanabile consentirebbe al giudice dell'esecuzione di rilevare l'assenza di un titolo esecutivo. L'implicazione di questo ragionamento è la seguente: in sede esecutiva non vi è alcun bisogno di interpellare il consumatore-esecutato, né di indicargli un rimedio esperibile dinanzi al giudice del merito, siccome il processo esecutivo deve chiudersi una volta riscontrata l'assenza di titolo esecutivo¹³⁴. In questa eventualità il creditore procedente potrà contestare la decisione attraverso l'opposizione agli atti esecutivi o, in alternativa, dopo la chiusura del

¹³⁰ Cfr., in tal senso, A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., p. 396.

¹³¹ V. ancora A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 901.

¹³² Si allude a M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 9 ss.; v. anche S. PUGLIESE, *La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della res iudicata nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività*, cit., p. 413 ss.

¹³³ Cfr. S. PUGLIESE, *La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della res iudicata nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività*, cit., p. 414.

¹³⁴ M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 10.

processo esecutivo, in ragione della riscontrata carenza di titolo esecutivo, potrebbe tentare di ottenere un nuovo provvedimento di condanna a suo favore; per converso, qualora il giudice dell'esecuzione dovesse declinare l'istanza dell'esecutato di addivenire ad una chiusura anticipata del processo esecutivo per assenza di un valido titolo esecutivo, il consumatore potrebbe contestare tale scelta con il medesimo rimedio, «perché, invero, sarebbe singolare il ritenere che lo stesso problema, quello dell'esistenza di un titolo esecutivo, sia da trattare nella sede di cui all'art. 617 se sollevato dal creditore e nella sede dell'art. 615 se sollevato dal debitore¹³⁵».

Nonostante l'apprezzabile sforzo di evitare il conio di nuovi rimedi in violazione del principio della riserva di legge in materia processuale, tale tesi non tiene in debito conto l'interesse del consumatore alla rimozione del decreto ingiuntivo anche prima della notificazione del titolo esecutivo e del precetto. Invero, il consumatore potrebbe avere interesse ad agire in prevenzione per ottenere la cancellazione dell'ipoteca giudiziale iscritta dal professionista sulla base del decreto ingiuntivo non opposto. Inoltre, nell'eventualità in cui pendano più esecuzioni forzate è possibile che nell'una vi sia un provvedimento di chiusura e non nelle altre: la devoluzione della questione al giudice del merito è (anche) funzionale all'ottenimento di un provvedimento cautelare che sospenda tutte le esecuzioni in corso, ai sensi dell'art. 623 c.p.c. Tuttavia, di tale esigenza di ordine pratico non pare aver tenuto conto la tesi in discorso.

7.3. Segue: la tesi del rimedio revocatorio

Alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite, resta difficile comprendere esattamente perché alcuni percorsi creativi si ritengano praticabili, ed altri invece riservati alle scelte del legislatore. Si allude alla sbrigativa liquidazione da parte del Giudice della nomofilachia della proposta dottrina di rendere applicabili le norme sulla revocazione¹³⁶. Infatti, tra la manipolazione pretoria dei motivi di revocazione e l'introduzione di un termine di decadenza diverso da quello previsto dall'art. 650 c.p.c., in soverchia violazione dell'art. 152 c.p.c., non intercorre

¹³⁵ M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 11. Al contrario, secondo S. PUGLIESE, *La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della res iudicata nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività*, cit., p. 416, qualora il processo esecutivo proseguisse in assenza di tale doveroso rilievo d'ufficio, il consumatore esecutato potrebbe promuovere un'opposizione all'esecuzione, senza che a ciò ostino i limiti temporali previsti dall'art. 615, comma 2, c.p.c., anche per prevenire la reiterazione dell'azione esecutiva da parte del professionista. Nonostante il silenzio dell'A. sul punto, rimane implicito che il consumatore con l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c. possa far valere vizi riguardanti il contratto *btc* e non il titolo esecutivo, come se si trattasse di un'opposizione di merito.

¹³⁶ Cfr. Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, § 9.2: «non essendo la soluzione della revocazione *ex art.* 395 c.p.c. (disposizione richiamata dall'art. 656 c.p.c. in materia di decreto d'ingiunzione) praticabile in via interpretativa, per essere riservato al legislatore il potere di ampliare il catalogo delle ipotesi». L'atteggiamento a dir poco ambiguo delle Sezioni Unite è ben messo in evidenza da A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 901.

nessuna differenza, dal momento che in ogni caso sarebbe suonato il *requiem* alla riserva di legge in materia processuale costituzionalmente garantita.

A tal proposito, era stato proposto di lavorare sistematicamente sulla revocazione semi-straordinaria delle ingiunzioni, vale a dire sull'elenco, incompleto *ab origine*, stilato dall'art. 656 c.p.c.¹³⁷. Meglio avrebbero fatto le Sezioni Unite a rimettere la questione alla Corte costituzionale, censurando la contrarietà della norma agli artt. 11 e 117 Cost., nella parte in cui non prevede che il consumatore possa ottenere la caducazione dell'ingiunzione qualora sia ignaro di essere tale o ignaro dell'abusività della clausola non rilevata dal giudice del monitorio.

Peraltro, la lacuna ordinamentale è resa ancor più eloquente dall'introduzione dell'art. 391-*quater* c.p.c., il quale ammette la revocazione delle sentenze passate in giudicato contrarie ad una sopravvenuta pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, attesa anche la posizione sovraordinata del diritto europeo rispetto a quello pattizio secondo la generale ricostruzione della gerarchia delle fonti del diritto. Appare dunque difficile giustificare sul piano della ragionevolezza la cedevolezza del giudicato civile contrario ad una successiva sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ne abbia accertato la contrarietà alla CEDU e non anche quella del giudicato contrario ad una successiva sentenza della Corte di giustizia europea.

8. Nostre considerazioni sui principi enunciati dalle Sezioni Unite

Al netto della ricostruzione delle differenti posizioni prospettate dalla dottrina, il tentativo di catechizzazione delle Sezioni Unite non può che apparire insoddisfacente. Occorre muovere dall'*obiter dictum* della sentenza in cui è stata riaffermata la piena idoneità al giudicato sostanziale del decreto ingiuntivo non opposto non solo sul credito azionato, bensì anche sull'intero rapporto¹³⁸. Trattasi tuttavia di soluzione non necessitata e non unanimemente condivisa. Meglio avrebbe fatto la Corte ad ammettere la possibilità per il consumatore di dedurre la nullità di protezione nonostante la mancata coltivazione dell'opposizione al decreto ingiuntivo, escludendo che l'efficacia preclusiva dello stesso si estendesse anche al deducibile. Peraltro, questa impostazione si sposa perfettamente con il reale atteggiamento della giurisprudenza pratica per cui la preclusione del deducibile opera a condizione che le censure fondate su di esso siano manifestamente fondate¹³⁹. Tale fenomeno, che abbiamo già definito

¹³⁷ C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e., cit.*, p. 1057 ss.

¹³⁸ Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, § 9.2.

¹³⁹ Cfr., per queste osservazioni, cfr. A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 896, secondo cui «non tutto il deducibile è davvero precluso, ma è preferibile non dirlo in sede nomofilattica».

in termini di “cedevolezza occulta” della cosa giudicata¹⁴⁰, per cui esigenze di giustizia della decisione consentono alla giurisprudenza di (ri)iperimetrare i limiti oggettivi del giudicato per contenerne gli effetti preclusivi, quando la consumazione del deducibile possa sostanziare un’intollerabile ingiustizia, è ammissibile a condizione che i criteri di tale operazione di dimensionamento siano resi palesi e sottoposti al discorso critico, secondo una concezione modernamente intesa di soggezione del giudice alla legge¹⁴¹. Il criterio tecnico di orientamento del suddetto potere decisionale è stato reso esplicito dalla Corte di giustizia: la questione della validità delle clausole abusive non sono coperte dall’autorità di cosa giudicata quando il giudice del monitorio ha solo implicitamente statuito sulle stesse, con la conseguenza che il giudice dell’opposizione, anche in caso di tardività, può accertarne la nullità, non essendovi alcuna statuizione irretrattabile sulla validità del contratto. Non sembra dunque che, relativamente a tale profilo, le Sezioni Unite abbiano dato corretta attuazione alle direttive provenienti dal *Kierchberg*. Inoltre, la limitazione dei poteri del giudice dell’esecuzione da parte dell’*handbook* stilato dalla Cassazione non sempre in linea con quanto affermato in *SPV Project 1503 Srl e Banco di Desio e della Brianza SpA*¹⁴². In quell’occasione la Corte di giustizia ha imposto al giudice dell’esecuzione di riscontrare la violazione della disciplina consumeristica, mentre la Cassazione gli ha riconosciuto un ruolo “gregario”, dal momento che questi deve limitarsi a rilevare la questione, senza però poterla decidere. Né pare che tale deviazione rispetto a quanto statuito dalla Corte di giustizia possa essere giustificata attraverso l’affermazione per cui il potere del giudice dell’esecuzione di pronunciare sulla fondatezza della questione potrebbe addirittura essere penalizzante per il consumatore, poiché lo esporrebbe alla reiterazione dell’azione esecutiva. In proposito si può osservare che l’attribuzione al giudice dell’esecuzione del potere di pronunciare sulla questione della nullità del contratto *Btc* sarebbe penalizzante per il consumatore solo se tale potere fosse esclusivo, ovvero se l’ordinamento non ammettesse altri rimedi concorrenti. Tuttavia, tale eventualità dovrebbe negarsi nel momento in cui si afferma che la pronuncia resa dal giudice dell’esecuzione di chiusura anticipata del processo esecutivo sia inidonea al giudicato: se infatti il giudicato è un’utilità che spetta prima di tutto agli utenti del servizio giustizia, siccome costituzionalmente garantita, le parti hanno diritto ad una risoluzione tendenzialmente stabile della lite, con l’implicazione che il consumatore potrebbe sempre optare per un giudizio a cognizione piena e idoneo al giudicato per ottenere l’accertamento della nullità del contratto consumeristico, deducendo la mancata consumazione del deducibile.

¹⁴⁰ V. *supra*, § 5.1.

¹⁴¹ Nel senso per cui il principio di legalità operi di fatto come criterio di controllo della condivisibilità razionale della regola applicata dal giudice alla luce dei principi generali dell’ordinamento giuridico, v. A. GIUSSANI, *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, cit., p. 1197.

¹⁴² Corte giust., 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl e Banco di Desio e della Brianza SpA*, cit.

Con riferimento invece alla perdita di un grado di giudizio che deriverebbe dalla deducibilità della questione tramite opposizione agli atti esecutivi contro la determinazione del giudice dell'esecuzione, il problema riguarda casomai il professionista: a fronte della mancata rilevazione da parte del giudice dell'esecuzione della questione, il consumatore ha a disposizione l'opposizione all'esecuzione, mentre l'opposizione agli atti si configurerebbe come rimedio a disposizione del creditore per contestare la chiusura anticipata del procedimento esecutivo. In questo modo si ovvierebbe all'altra giustificazione addotta dalla Sezioni Unite per rendere accettabile il rimaneggiamento dell'opposizione tardiva, ovvero l'idoneità di tale strumento a prevenire il pignoramento, attraverso la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 649 c.p.c., mentre l'opposizione all'esecuzione richiederebbe comunque di attendere la notificazione del precetto. Infatti, l'art. 615 c.p.c. prevede che il giudice dell'esecuzione possa sospendere «l'efficacia esecutiva del titolo», non già il procedimento esecutivo in corso, mentre l'impossibilità di accedere a siffatta tutela prima della notifica del precetto, potrebbe sempre essere evitata attraverso la tutela cautelare d'urgenza.

Né pare che possa escludersi il rimedio dell'opposizione all'esecuzione affermando che non troverebbe applicazione il foro del consumatore, bensì il giudice del luogo dell'esecuzione. È stato osservato in dottrina che l'argomento prova troppo, dal momento che il *forum rei sitae* potrà non coincidere con la sua residenza o con il suo domicilio, ma è comunque un luogo in cui il consumatore ha interessi significativi che lo rendono meno gravoso rispetto al foro scelto abusivamente dal professionista. In ogni caso, il progressivo inveramento del processo telematico concorre ad attenuare l'importanza della questione¹⁴³.

Pertanto, anche il rischio che all'esito della chiusura anticipata del procedimento il professionista esperisca nuovamente l'azione esecutiva pare potersi scongiurare. Se l'estinzione atipica è avvenuta in virtù del rilievo dell'abusività della clausola, la reiterazione dell'iniziativa esecutiva potrebbe essere disincentivata attraverso le sanzioni previste per l'ipotesi di abuso dello strumento processuale e, in particolare, dall'art. 92 c.p.c., nella parte in cui ammette che il giudice, indipendentemente dalla soccombenza, possa condannare il trasgressore degli obblighi imposti dall'art. 88 c.p.c. al rimborso alla controparte (l'esecutato) delle spese non ripetibili sopportate.

Va poi considerato che il ragionamento condotto dalle Sezioni Unite, secondo cui il rimedio oppositivo dovrebbe giocoforza escludere quelli di carattere preventivo, tende a sottovalutare drasticamente l'incidenza dell'interesse ad agire del consumatore per la rimozione del decreto ingiuntivo anche prima della notificazione del precetto. Invero, il consumatore potrebbe avere interesse ad agire in prevenzione per ottenere la cancellazione dell'ipoteca giudiziale iscritta dal professionista sulla base del decreto ingiuntivo non opposto, senza dover aspettare che

¹⁴³ Così ancora A. GIUSSANI, *ult. loc. cit.*, p. 898-899.

l'esecuzione sia annunciata dal professionista attraverso la notificazione del precetto. Pertanto, se è vero che «l'interesse è misura delle azioni¹⁴⁴» e che il diritto europeo impone agli Stati membri di riconoscere, nei settori di competenza esclusiva o concorrente unionale, tutti i rimedi effettivi a favore del destinatario delle disposizioni dotate di efficacia diretta, per non mortificarne l'effetto utile, allora non può certo sostenersi che la possibilità per il consumatore di esperire l'opposizione all'esecuzione escluda anche l'ammissibilità di un rimedio preventivo. Implicazione di questo modo di ragionare è che il consumatore, ancor prima che l'esecuzione sia stata annunciata, può sempre agire in prevenzione, domandando l'accertamento della nullità del contratto consumeristico, in ragione della mancata preclusione del deducibile cagionata dall'omissione del giudice del monitorio che non abbia motivato circa l'assenza di clausole vessatorie. Dal punto di vista della competenza territoriale è evidente che nel caso in cui il contratto *Btc* sia affetto da una clausola di deroga del foro del consumatore, quest'ultimo non dovrà rivolgersi al giudice scelto abusivamente dal professionista in funzione dei propri interessi, bensì potrà optare per il foro della propria residenza o del proprio domicilio, se ubicati nel territorio della Repubblica, ai sensi dell'art. 66-*bis* cod. cons., oltre che per i fori generali previsti dal Codice di rito.

9. Il nostro *handbook*: una soluzione alternativa a quella offerta dalle Sezioni Unite

Alla luce delle considerazioni svolte ci sembra di poter opporre alla soluzione proposta dalle Sezioni Unite un nostro *handbook*. Il giudice del monitorio: a) deve svolgere, d'ufficio, il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole contenute nel contratto stipulato con il professionista, procedendo sulla base degli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, se del caso, attraverso i poteri istruttori d'ufficio riconosciuti dall'art. 640 c.p.c., da esercitarsi in armonia con le esigenze di speditezza sottese al procedimento d'ingiunzione; a₁) potrà, quindi, richiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire eventuali chiarimenti in ordine alla supposta qualifica di consumatore dell'ingiunto, qualora non emerga chiaramente *ex actis*; a₂) nell'eventualità in cui l'accertamento necessiti di un'istruttoria complessa, incompatibile con la funzione e la struttura del procedimento monitorio, dovrà rigettare la domanda; b) all'esito del controllo: b₁) se rileverà la presenza di clausole abusive, rigetterà o accoglierà parzialmente il ricorso a seconda della natura e degli effetti della stessa; b₂) se, invece, il controllo sull'abusività delle clausole incidenti sul credito azionato in via monitoria dovesse dare esito negativo, pronuncerà decreto motivato, ai sensi dell'art. 641

¹⁴⁴ Secondo la classica espressione del G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, Ristampa con prefazione di V. ANDRIOLI, p. 155. Peraltro, l'idea di un accesso alla tutela giurisdizionale sulla base dell'interesse ad agire riferito all'utilità concreta ritraibile dall'azione è stata sostenuta in tempi più recenti da M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, p. 157 ss., la quale muovendo dalla meritevolezza dell'interesse richiesto dall'art. 1322, comma 2, c.c. per foggare contratti atipici, prospetta un'equiparazione fra la meritevolezza degli interessi rispetto al negozio e l'interesse ad agire nell'azione.

c.p.c., dando atto del controllo effettuato, avvalendosi, se del caso, anche di strumenti di intelligenza artificiale, purché dia conto in motivazione degli specifici quesiti sottoposti alla macchina¹⁴⁵; b₃) il decreto ingiuntivo conterrà l'avvertimento indicato dall'art. 641 c.p.c., nonché l'espresso avvertimento che in mancanza di opposizione il debitore-consumatore non potrà più far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto, divenendo irrevocabile il decreto ingiuntivo non opposto.

In fase esecutiva, il giudice dell'esecuzione: a) in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo intorno all'insussistenza di clausole abusive ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio, da esercitarsi finché non si sia realizzato l'effetto traslativo del bene staggito in favore dell'aggiudicatario o fino all'aggiudicazione del credito, la presenza di eventuali clausole abusive che incidano sull'esistenza e/o sull'entità del credito accertato dal decreto ingiuntivo; a₁) nel primo caso, deve disporre con ordinanza la chiusura anticipata del processo esecutivo, passibile di opposizione agli atti esecutivi da parte del creditore, data l'assenza di un valido titolo esecutivo idoneo a fondare l'esecuzione forzata; a₂) nel secondo caso, invece, deve limitarsi a riquantificare il credito per cui si procede, ai soli fini dell'esecuzione in corso; a₃) in caso di reiterazione dell'azione esecutiva dopo la chiusura anticipata del processo, potrà condannare il professionista alla rifusione dei costi sopportati dal consumatore, ai sensi degli artt. 88 e 92 c.p.c.; b) qualora tale controllo non sia possibile in base agli elementi di fatto o di diritto acquisiti al fascicolo dell'esecuzione, dovrà provvedere, ai sensi dell'art. 485 c.p.c., all'audizione degli interessati, all'audizione delle parti per chiarire se l'esecutato abbia o meno la qualifica di consumatore, oppure potrà ordinare la produzione del contratto; b₁) se il giudice del monitorio non ha dato riscontro in motivazione del vaglio di abusività delle clausole e l'ingiunzione è stata emessa senza aver scrutinato il contratto di consumo – vuoi perché il professionista non l'ha prodotto, vuoi perché il giudice non ha esercitato i poteri riconosciutigli all'art. 640 c.p.c. – il giudice dell'esecuzione, in applicazione dell'art. 485 c.p.c., potrà ordinare la produzione del contratto per compiere sostitutivamente tale controllo¹⁴⁶; b₂) ove tale

¹⁴⁵ Sull'argomento sia concesso un rinvio a G. DE CESARE, *Small claims e intelligenza artificiale: una proposta efficientista*, in *DPCleC*, 1, 2025, p. 56 ss.

¹⁴⁶ Nel senso che la mancata produzione del contratto in fase monitoria determini di per sé un vizio *in procedendo* insanabile, tale da imporre la chiusura del processo esecutivo, v. M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit. p. 2127; nello stesso senso, C. G. PAULUS-V. KAPETANOS, *The German Payment Order Through the Lens of CJEU Case Law*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2025, p. 645 ss., spec. 657 ss. L'idea che il controllo di vessatorietà possa essere recuperato *a posteriori* è suffragata da Corte giust., 9 novembre 2010, in causa C-137/08, *VB Pénzugyi*, in *I Contratti*, 2011, p. 113 ss., con nota di F. P. PATTI, *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, § 56. Peraltro, anche la dottrina tedesca, sulla scorta di un'interpretazione funzionalizzata ed "europeisticamente" orientata del § 139 ZPO, ammette che il giudice dell'esecuzione possa svolgere *a posteriori* il controllo di vessatorietà, previo ordine di esibizione del contratto consumeristico non prodotto in fase monitoria (cfr. R. F. KEHRBERGER, *Anmerkung EuGH v. 19.12.2019, C-453/18, EU:C:2019:1118 (Bondora)*, in *JuristenZeitung* 2020, p. 320).

controllo dia esito positivo, il giudice dell'esecuzione deve chiudere anticipatamente il processo esecutivo con ordinanza passibile di opposizione agli atti esecutivi (v. *supra*, punti a₁, a₂ e a₃), attesa l'assenza di un valido titolo esecutivo; b₃) qualora, invece, la clausola abusiva incida esclusivamente sul *quantum* della pretesa, il giudice dell'esecuzione deve limitarsi a riquantificare il credito, ai soli fini dell'esecuzione in corso.

Se è già stato notificato il precetto o l'esecuzione è già iniziata, il consumatore: a) potrà proporre l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c., deducendo l'omissione del giudice del monitorio e la nullità del contratto concluso con il professionista affetto da clausole abusive, domandando, se del caso, la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo per impedire la vendita o l'assegnazione.

Prima della notificazione del precetto o dell'inizio dell'esecuzione, il consumatore: a) potrà esperire un'autonoma azione di cognizione domandando l'accertamento della nullità del contratto consumeristico, in ragione della mancata preclusione del deducibile; a₁) nel caso in cui il contratto sia affetto da una clausola di deroga del foro del consumatore, potrà rivolgersi al giudice del foro della propria residenza o del proprio domicilio, se ubicati nel territorio della Repubblica, ex art. 66-*bis* cod. cons., oltre che ai fori generali previsti dal Codice di rito; a₂) nel tempo intercorrente ad ottenere una pronuncia sul merito della propria pretesa, il consumatore potrà ricorrere alla tutela cautelare d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., per ottenere la sospensione del procedimento esecutivo in corso.

Dopo che è stata disposta la vendita o l'assegnazione, il consumatore: a) potrà agire contro il professionista per il risarcimento del danno patito a causa dell'espropriazione ingiusta, senza che ciò minacci la stabilità dell'acquisto del terzo; b) potrà, in fase di liquidazione del ricavato, proporre opposizione contro il provvedimento del giudice dell'esecuzione che approvi il progetto di distribuzione, ai sensi degli artt. 510, 542 e 598 c.p.c., per impedire che la distribuzione del ricavato avvenga (anche) in favore del professionista che abbia praticato clausole abusive nei propri contratti; c) potrà, in caso di assegnazione del credito, esperire un'azione di ripetizione dell'indebito; c₁) il *dies a quo* del termine di prescrizione andrà individuato nel momento in cui il consumatore è venuto a conoscenza della nullità del contratto e, dunque, anche in un momento successivo all'assegnazione del credito.

L'*handbook* che abbiamo provato a stilare dà realmente attuazione ai principi enunciati dalla Corte di giustizia con le sentenze del 17 maggio 2022, senza bisogno di creare rimedi pretori di dubbia effettività, di praticare sospensioni atipiche del processo esecutivo e di introdurre inusuali forme di *translationes iudicii* per salvare la "coerenza sistematica" che imporrebbe al giudice dell'esecuzione di limitarsi all'adeguamento della realtà materiale a quella giuridica accertata nel titolo esecutivo.

Pertanto, la soluzione delle Sezioni Unite non offre risposta a tre problemi ulteriori che seguitiamo ad esporre.

9.1. Limiti dei principi enunciati dalle Sezioni Unite rispetto al contenzioso transfrontaliero

Gli inconvenienti segnalati nel paragrafo precedente non sono i soli cui conduce la soluzione delle Sezioni Unite. In particolare, l'onere per il consumatore di esperire l'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo, entro il termine di decadenza di quaranta giorni dal rilievo da parte del giudice dell'esecuzione della questione di nullità del contratto *Btc*, rischia di porsi in contrasto con l'ormai costante giurisprudenza della Corte di giustizia che, in relazione al Regolamento 1215/2012 (Reg. Bruxelles I-bis), qualifica la tutela accordata al consumatore come questione di ordine pubblico¹⁴⁷. La violazione della disciplina di ordine pubblico è riconosciuta come motivo ostativo alla circolazione delle sentenze nello spazio economico europeo dall'art. 45 del Reg. Bruxelles I-bis¹⁴⁸. Pertanto, il mancato rilievo di una nullità di protezione a favore del consumatore costituisce, nello spazio giuridico europeo, violazione dell'ordine pubblico economico tutelato dalla direttiva 93/13/CEE, oltre che dagli artt. 12 TFUE e 38 della Carta di Nizza.

Com'è noto, gli artt. 36 e 39 del Regolamento 1215/2012 prevedono che una decisione resa in uno Stato membro produca automaticamente i propri effetti di accertamento ed esecutivi nello spazio giuridico europeo, senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura di riconoscimento o di *exequatur*¹⁴⁹, con l'implicazione che il creditore nei cui confronti è stata pronunciata una decisione esecutiva può immediatamente dar corso all'esecuzione forzata in un altro Stato membro ove il debitore abbia beni aggredibili. Tuttavia, gli artt. 45 e 46 del Reg. Bruxelles I-bis controbilanciano il riconoscimento automatico delle decisioni transfrontaliere con la previsione di motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione, invocabili dalla parte contro cui è iniziata l'esecuzione, attraverso lo strumento dell'opposizione di cui all'art. 615

¹⁴⁷ Cfr. Corte giust., 26 ottobre, in causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium SL*, § 38. Per una corretta intelligenza del principio enunciato da questa sentenza, v. E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 679 ss.; E. F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1086 ss. Più in generale, nel senso che la tutela accordata al consumatore ai sensi degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE debba essere considerata come equivalente a quelle che alle disposizioni nazionali che assurgono al rango di norme di ordine pubblico, A. ANDOLFI, *L'incidenza del canone di effettività del diritto dell'Unione sulla disciplina processuale degli Stati membri: l'esperienza spagnola*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2020, p. 1255 ss., spec. 1260; L. DE PROPRIIS, *La più che dubbia compatibilità delle sez. un. 9479/2023 con il principio europeo di equivalenza: ovvero il raffronto tra tutela interna e transfrontaliera del consumatore*, cit., p. 417; J. NIEVA-FENOLL, *I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2019, p. 1223 ss., spec. 1228 ss.; B. SANCHEZ LOPEZ, *Efectividad vs. cosa juzgada de cláusulas abusivas en el proceso monitorio*, cit., p. 143.

¹⁴⁸ Nel senso che i limiti al riconoscimento reciproco andrebbero interpretati restrittivamente in quanto ostacolo alla realizzazione degli obiettivi fondamentali dell'Unione, v. Corte giust., 2 giugno 1994, in causa C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, §20; Corte giust., 28 marzo 2000, in causa C-7/98, *Krombach*, §21; Corte giust., 16 luglio 2015, in causa C-681/13, *Diageo Brands*, §§ 40-41.

¹⁴⁹ Sul principio di automaticità del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nello spazio giuridico europeo, si rinvia a F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, I, Parte generale e obbligazioni*¹¹⁰, Milano, 2022, p. 342 ss., anche per più ampi richiami bibliografici.

c.p.c.¹⁵⁰. Sicché, a fronte della medesima violazione, il consumatore che subisce un'ingiunzione transfrontaliera può difendersi, ai sensi degli artt. 45 e 46 del Reg. Bruxelles I-bis, attraverso il più flessibile strumento dell'opposizione all'esecuzione, mentre quello che subisce un'aggressione in forza di un decreto ingiuntivo concesso da giudice italiano dovrebbe esperire l'opposizione ultra-tardiva foggata dalle Sezioni Unite nel termine di decadenza di quaranta giorni dal rilievo della questione¹⁵¹. Ne consegue che il consumatore sarebbe maggiormente tutelato rispetto alle ingiunzioni transfrontaliere e ciò disincentiverebbe i professionisti dall'esperire azioni esecutive in Stati diversi da quelli in cui si è formato il titolo esecutivo rappresentato dal provvedimento monitorio, in violazione dell'art. 81 TFUE. Tale differenza di trattamento non pare essere giustificata, atteso che i principi enunciati dalla Corte di giustizia con le sentenze del 17 maggio 2022 sono vincolanti in tutto lo spazio giuridico europeo e per tutti i giudici nazionali: una tutela differenziata *a posteriori* a seconda che il provvedimento monitorio sia stato emesso dal giudice nazionale o da altro giudice europeo finisce per violare il principio di equivalenza tra provvedimenti emessi nello spazio giuridico europeo.

Questa eventualità è scongiurata dal nostro *handbook*, nella parte in cui ammette che il consumatore possa proporre, dopo la notificazione del precetto, l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c., deducendo l'omissione del giudice del monitorio che non abbia motivato circa l'assenza di clausole vessatorie e la nullità del contratto concluso con il professionista, potendo anche domandare la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo per impedire la vendita o l'assegnazione.

¹⁵⁰ Che la violazione dell'ordine pubblico prevista dall'art. 45 del Reg. Bruxelles I-bis debba essere fatta valere con il rimedio dell'opposizione all'esecuzione è indirettamente confermato dal Considerando n. 30, per il quale «[L]a parte che si oppone all'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro dovrebbe, nei limiti del possibile e, conformemente al sistema giuridico dello Stato membro richiesto, poter invocare, *nella medesima procedura*, oltre ai motivi di diniego contemplati dal presente regolamento, i motivi di diniego previsti dal diritto nazionale ed entro i termini previsti da tale diritto. Tuttavia, il riconoscimento di una decisione dovrebbe essere negato solo in presenza di uno o più dei motivi di diniego previsti dal presente regolamento (enfasi aggiunta)». D'altronde, l'oggetto dell'azione di accertamento della sussistenza di motivi ostativi appare riconducibile alla normale configurazione dell'oggetto dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., notoriamente diretta ad accertare l'inesistenza del «diritto di procedere ad esecuzione forzata». In questo senso, v. E. D'ALESSANDRO, *Titolo esecutivo europeo e opposizione all'esecuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 565 ss., spec. 568; M. FARINA, *I procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere nella recente riforma del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2023, p. 78 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 10 settembre, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1086 ss., con nota di V. GIUGLIANO, *Opposizione a precetto, sospensione del giudizio e dell'esecuzione per impugnazione all'estero della decisione straniera nel Regolamento Bruxelles I bis*. Peraltro, il novellato art. 30-bis d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 prevede che «si svolgono con il rito semplificato di cognizione di cui agli art. 281-decies e seguenti del Codice di procedura civile i procedimenti di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione e di accertamento dell'assenza di motivi di diniego del riconoscimento di decisioni immediatamente esecutive emesse dalle autorità giurisdizionali degli Stati membri in conformità al Diritto dell'Unione».

¹⁵¹ In questo senso, v. le acute riflessioni di L. DE PROPRIIS, *La più che dubbia compatibilità delle sez. un. 9479/2023 con il principio europeo di equivalenza: ovvero il raffronto tra tutela interna e transfrontaliera del consumatore*, cit., p. 421; Id., *Considerazioni sparse sulla tutela transfrontaliera del consumatore nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 103.

9.2. Limiti della soluzione offerta dalle Sezioni Unite rispetto all'esecuzione collettiva. Il problema della liquidazione controllata del consumatore sovraindebitato

Un'acuta dottrina ha evidenziato che la soluzione offerta dalle Sezioni Unite prende in considerazione il solo caso del decreto ingiuntivo, non opposto e non motivato, che sia stato posto a fondamento di un'esecuzione forzata individuale¹⁵². Tuttavia, l'esigenza di un controllo *a posteriori* sull'operato del giudice del monitorio potrebbe sorgere anche in caso di esecuzione collettiva e, particolare, qualora, per volontà dei creditori o del consumatore stesso, sia stata aperta una procedura di liquidazione controllata, ai sensi degli artt. 268 ss. del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (nel prosieguo: CCII)¹⁵³. Nella liquidazione controllata del debitore in stato di sovraindebitamento, l'accertamento del passivo non si svolge dinanzi ad un giudice, ma è effettuato dal liquidatore giudiziale con modalità semplificate. Il liquidatore esamina le domande di ammissione al passivo presentate dai creditori, predispone un progetto di stato passivo e lo comunica agli interessati che, entro quindici giorni, possono formulare osservazioni. In mancanza di contestazioni, il liquidatore forma lo stato passivo e lo deposita in cancelleria, altrimenti se le contestazioni formulate non sono superabili, rimette gli atti al giudice delegato, affinché provveda alla formazione del passivo, ai sensi dell'art. 273, comma 5, CCII.

Se il creditore-professionista, insinuatosi nel passivo di una liquidazione controllata, aperta contro il consumatore, adduce a fondamento della propria pretesa un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato, il liquidatore è tenuto a riquantificare il credito o a non ammettere al passivo il professionista, a seconda dell'incidenza della nullità della clausola abusiva sul contratto. Il creditore-professionista potrà contestare il progetto di stato passivo, onerando il liquidatore di rimettere gli atti al giudice del delegato per decidere sull'ammissione al passivo. È pur vero che l'eventuale esclusione dal passivo del creditore-professionista non comporterà la caducazione del decreto ingiuntivo, dal momento che il decreto del giudice delegato è caratterizzato da una mera efficacia endo-concorsuale, secondo quanto ritraibile dall'art. 204 CCII; tuttavia, benché il decreto ingiuntivo rimanga formalmente efficace, il creditore-professionista non potrà intraprendere sulla base dello stesso alcuna iniziativa esecutiva una volta chiusa la liquidazione controllata, dal momento che il consumatore beneficerà

¹⁵² Si allude a L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, cit., p. 954 ss.

¹⁵³ Dall'entrata in vigore del nuovo CCII, la liquidazione controllata è stata fatta oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Sul tema, v., in particolare, per una panoramica dell'istituto, G. BETTAZZI, *La "liberazione" dai debiti nella liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata*, in *Il Fall.*, 10, 2022, p. 1320 ss.; A. CRIVELLI, *Principali aspetti processuali nel procedimento di apertura della liquidazione controllata*, in *Il Fall.*, 7, 2021, p. 885 ss.; F. CANAZZA, *Effetti dell'apertura della liquidazione controllata (e della liquidazione controllata del sovraindebitato) sulle liti pendenti*, in *Proc. conc. cris. Impr.*, 2, 2025, p. 261 ss.; per una rassegna completa delle questioni poste dal nuovo istituto, v. S. DE MATTEI-F. PICIERNO, *La liquidazione controllata*, in *Proc. conc. cris. Impr.*, 3, 2025, p. 391 ss.; A. FAROLFI, *Liquidazione controllata: problemi applicativi e nuove opportunità*, in *Il Fall.*, 2, 2024, p. 235 ss.

dell'esdebitazione, divenendo inesigibili i crediti concorsuali non soddisfatti integralmente nell'ambito della procedura concorsuale.

Più complessa è la situazione se il liquidatore ammetta al passivo il creditore, senza rilevare che il credito del professionista è stato accertato da un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato nei termini indicati dalla Corte di giustizia. In questo caso, il giudice delegato non ha modo di sindacare il provvedimento di ammissione al passivo. Né pare percorribile la strada tracciata dalle Sezioni Unite, dal momento che la pendenza di una procedura di liquidazione controllata rende improponibile un'autonoma azione in sede di cognizione, come l'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo, dal momento che l'art. 270 CCII, richiamando l'art. 143 CCII, fa conseguire all'apertura della liquidazione la perdita di *legitimatio ad causam* del debitore.

È stato proposto in dottrina di ammettere eccezionalmente che il consumatore trovi tutela in sede di ripartizione dell'attivo, accordandogli la possibilità di formulare contestazioni direttamente al giudice delegato, il quale, a sua volta, con il decreto motivato di cui all'art. 275, comma 6, CCII, funzionalizzato per garantire la tutela del consumatore, potrà escludere in tutto o in parte il creditore dal riparto, in ragione della clausola abusiva non rilevata dal giudice del monitorio¹⁵⁴. Senonché, secondo il nostro diritto concorsuale, la sede naturale del controllo sull'esistenza del credito insinuato è la fase di accertamento del passivo, non certo quella della liquidazione. In questa prospettiva, il rispetto della disciplina della liquidazione controllata induce a ritenere che il liquidatore dovrebbe rimettere gli atti al giudice delegato, segnalandogli la questione, mentre quest'ultimo, rilevata d'ufficio la nullità del contratto posto a fondamento dell'ingiunzione, deve concedere alle parti termine, nel rispetto dell'art. 101, comma 2, c.p.c., per dedurre sul punto. In particolare, il professionista, per evitare di non essere ammesso allo stato passivo, deve poter essere messo in condizione di depositare i documenti comprovanti la pretesa creditoria, atteso che il rilievo della contrarietà del decreto ingiuntivo alle direttive provenienti dal *Kierchberg* ne comporterebbe l'estromissione. Solo all'esito di tale parentesi di cognizione all'interno della procedura di liquidazione controllata, il giudice delegato può scegliere se ammettere o meno il credito del professionista insinuato al passivo; infatti, la mancata attivazione del contraddittorio sulla questione sembra potersi dedurre attraverso lo strumento del reclamo di cui all'art. 273, comma 4, CCII¹⁵⁵. In ogni caso,

¹⁵⁴ Così L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, cit., p. 955.

¹⁵⁵ Peraltro, Corte giust., 3 luglio 2025, in causa C-582/23, *Wiszkier*, § 58, ha affermato che l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, letti alla luce del principio di effettività, ostano a una normativa nazionale la quale preveda che, nell'ambito di una procedura fallimentare relativa a persone fisiche, dopo che l'elenco dei crediti sia stato approvato da un organo giurisdizionale, senza che lo stesso abbia esaminato il carattere eventualmente abusivo delle clausole del contratto di cui trattasi, e dopo che la procedura sia stata avviata dinanzi al tribunale fallimentare, quest'ultimo sia vincolato da tale elenco, sicché non può valutare il carattere abusivo delle clausole contenute in un contratto di mutuo sul quale si fonda un credito iscritto in detto elenco, né modificare tale elenco, ma deve sospendere

qualora la nullità del contratto consumeristico non dovesse essere rilevata dal liquidatore, potrebbe ipotizzarsi, in linea con la nostra proposta formulata al § 5, che il debitore tornato *in bonis* possa esperire un'azione di ripetizione dell'indebito contro il creditore-professionista, in armonia con quanto affermato dalla Corte di giustizia in *Ibercaja Banco*¹⁵⁶. In questo caso, il *dies a quo* del diritto alla ripetizione dell'indebito dovrebbe individuarsi nel momento in cui il consumatore è venuto effettivamente a conoscenza della nullità del contratto *btc* e, dunque, anche in un momento successivo alla chiusura della liquidazione controllata, in linea con l'insegnamento della Corte di giustizia¹⁵⁷.

9.3. La compatibilità dell'*handbook* stilato dalle Sezioni Unite con l'espropriazione contro il terzo proprietario

Occorre poi domandarsi se la soluzione caldeggiata dalle Sezioni Unite possa praticarsi anche quando l'espropriazione sia stata promossa nei confronti del terzo proprietario in forza di atto di pignoramento eseguito nelle forme previste dagli artt. 602 ss. c.p.c.¹⁵⁸. Il problema si pone quando il debitore originario, benché abbia ceduto al terzo la proprietà del cespite staggito, sia qualificabile come consumatore, mentre il creditore procedente come professionista. In assenza di uno specifico passaggio motivazionale nell'*handbook* delle Sezioni Unite deve ancora una volta preferirsi la soluzione più ampia: non sembra potersi escludere che anche il debitore originario debba essere informato della facoltà di proporre opposizione tardiva contro il decreto ingiuntivo sprovvisto di apposita motivazione intorno l'assenza di clausola vessatorie, dal momento che proprio tale informativa condiziona l'esercizio del potere di proporla. In questo modo si scongiura anche il rischio che l'azione esecutiva promossa ad istanza del creditore/professionista possa portare alla soddisfazione del suo credito in danno del terzo, nonostante il contratto consumeristico, fonte dell'obbligazione inadempita, sia affetto

la procedura e rimettere al suddetto organo giurisdizionale la questione del carattere eventualmente abusivo di tali clausole. A più forte ragione l'approvazione dello stato passivo da parte di un organo formalmente non giurisdizionale, quale il liquidatore giudiziale, dovrebbe implicare il riconoscimento in capo al giudice delegato del potere di escludere dal concorso il credito fondato su un contratto di consumo affetto da clausole abusive, quandanche il creditore produca un decreto ingiuntivo non tempestivamente opposto dal debitore sovraindebitato, purché il giudice del monitorio non abbia motivato intorno l'assenza di quest'ultime.

¹⁵⁶ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, cit., §§ 57-59.

¹⁵⁷ Cfr. Corte giust., 8 settembre 2022, in cause riunite C-80/21, C-81/21 e C-82/21, *Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères*, §§ 99 e 100.

¹⁵⁸ L'espropriazione contro il terzo proprietario individua l'ipotesi in cui la procedura esecutiva abbia ad oggetto un bene di proprietà di un soggetto estraneo al rapporto debitorio, gravato da pegno o ipoteca per debito altrui o la cui alienazione da parte del debitore sia stata revocata per frode dopo il vittorioso esperimento da parte del creditore dell'azione revocatoria. In dottrina, v. G. MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, Torino, 1998; G. TARZIA, voce *Espropriazione contro il terzo proprietario*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 967 ss.; F. P. LUISO, *L'esecuzione ultra partes*, Milano, 1984, p. 55 ss.; A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, cit., p. 2191 ss.

da una nullità di protezione¹⁵⁹. In ogni caso, la soluzione da noi proposta¹⁶⁰ è facilmente applicabile anche nel caso in cui l'esecuzione forzata sia promossa nelle forme degli artt. 602 ss. c.p.c.: prima del pignoramento il giudice dell'esecuzione può rilevare d'ufficio la sussistenza di clausole abusive nel contratto consumeristico posto a fondamento della pretese monitoria, mentre nel caso in cui nutra dubbi circa la qualifica di consumatore del debitore esecutato potrà procedere all'audizione degli interessati, esercitando i poteri istruttori accordatigli dall'art. 485 c.p.c. In caso di riscontro positivo, il giudice dell'esecuzione dovrà ordinare la chiusura anticipata del processo esecutivo con ordinanza, passibile di opposizione agli atti esecutivi da parte del creditore procedente. Per converso, dopo il pignoramento, il rimedio sarebbe quello dell'opposizione all'esecuzione attraverso il quale il debitore esecutato può dedurre l'omissione del giudice del monitorio e la nullità del contratto concluso con il professionista affetto da clausole abusive, domandando, se del caso, la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo per impedire la vendita o l'assegnazione. Infine, prima della notificazione del precetto o dell'inizio dell'esecuzione, il consumatore potrà agire in prevenzione attraverso l'esperimento di un'autonoma azione di accertamento della nullità del contratto consumeristico, in ragione della mancata preclusione del deducibile, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia.

10. Considerazioni di sintesi

Gli evidenziati limiti della soluzione offerta dalle Sezioni Unite inducono a ritenere che tale pronuncia, resa nell'interesse della legge, non risolva la questione. Peraltro, onerare il consumatore che voglia prevenire gli effetti irreversibili dell'esecuzione forzata di difendersi, attraverso il rimedio dell'opposizione ultra-tardiva, dall'applicazione di un'abusiva clausola di deroga alla competenza proprio dinanzi al giudice abusivamente eletto, costituisce una tutt'altro che trascurabile violazione del diritto unionale¹⁶¹.

Pare dunque che l'*handbook* stilato dal supremo organo della nomofilachia funzioni in un limitato numero di ipotesi, lasciandone scoperte altre di indubbio rilievo. Pertanto, è lecito immaginare che la strada sia ancora da dissodare e che l'elaborazione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia con le sentenze del 17 maggio 2022 sia destinata a ulteriori sviluppi nei termini che abbiamo cercato di prospettare.

Guidomaria De Cesare
M.O.T.

¹⁵⁹ A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, cit., p. 1071.

¹⁶⁰ V. *supra*, § 9.

¹⁶¹ A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 903.

