



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Sezioni Unite civili

Udienza pubblica del 7 febbraio 2023

Ricorso R.G. n. 24533/21; n. 3 del Ruolo

Relatore, Cons. Vincenti

Ricorrente: N. T.

Intimate: C. V. SC, E. NPL 2017 srl, C. C. M. spa.

Conclusioni del P.M.

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti;

riportandosi integralmente a quanto già dedotto nella requisitoria depositata per l'udienza pubblica del 13 luglio 2022 dinanzi alla terza sezione, con la presente memoria si intendono precisare ed integrare alcuni profili relativi all'ambito di applicazione ed alle ricadute sul sistema giuridico nazionale delle decisioni della CGUE in oggetto.

La Procura reitera in questa sede la richiesta alla Corte dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 co. 3 cpc, richiesta che si ritiene ammissibile anche all'ipotesi di estinzione per rinuncia (la possibilità di pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge è già stata estesa con la nota Cass. Sez. U. ord. 06/09/2010, n. 19051, anche al caso di estinzione per rinuncia).

Alla luce della generica formulazione dell'art. 363 cpc, non vi sono ragioni per le quali, laddove il difetto non sia tale da impedire di cogliere i termini della questione, la Cassazione non possa procedere all'enunciazione d'ufficio del principio di diritto anche in questo tipo di ipotesi (come pure richiesto dalla stessa ricorrente nella memoria depositata in data 1 luglio 2022). Più in generale deve ritenersi che ciò debba essere ammesso in tutti i casi nei quali il processo si esaurisca in rito (per l'applicabilità della norma in caso di improcedibilità v. Cass. 21 maggio 2007 n. 11682).

Enunciazione del principio di diritto che appare necessaria a fronte della particolare rilevanza della questione e della situazione di grave incertezza interpretativa determinata dalle quattro recenti sentenze del 17 maggio 2022 della Corte di Giustizia,

tutte relative ad analoghe vicende, inerenti le sorti del giudicato nazionale dinanzi alla normativa eurounitaria qualificata inderogabile dalla CGUE.

Ambito di applicazione.

Le pronunce in esame travolgono la forza del giudicato nazionale a tutto vantaggio della parte più debole del rapporto, che nel caso di specie si identifica col consumatore, ma che in futuro potrebbe essere identificata da una pluralità di soggetti, tanti quanti sono gli statuti di protezione sanzionati dal legislatore europeo, presidiati dalle “nullità di protezione”.

Allo stato, comunque, in attesa di possibili sviluppi della giurisprudenza della Corte Europea, occorre sgombrare il campo da possibili interpretazioni che estendano gli effetti delle decisioni a profili di nullità diversi ed ulteriori rispetto a quelli che presidiano la disciplina a tutela del consumatore, nella consapevolezza che si tratta, pur sempre, di un confine mobile, trattandosi di uno statuto destinato ad operare in settori sempre più vasti (si pensi alla definizione di consumatore contenuta nel Codice della Crisi e dell’Insolvenza ed alle conseguenze che le decisioni della CGUE potranno avere nella definizione delle passività del piano di ristrutturazione del consumatore di cui agli artt. 67 ss CCII) suscettibile di possibili interventi legislativi che si rendano necessari ove si riscontri un deficit di tutela nella normativa nazionale (Considerando n. 22 della Dir. n. 771/2019, il cui disciplinare sui contratti stipulati per scopi misti contiene la novità di uno Stato nazionale che ha la facoltà, quando lo scopo “commerciale” sia “talmente limitato” da “non risultare predominante nel contesto generale del contratto”, di determinare se la persona in questione dovrebbe altresì essere considerata un consumatore, e a quali condizioni”), oltre che alle naturali oscillazioni interpretative della giurisprudenza volta, alla luce di un criterio funzionale, ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell’ambito delle attività estranee all’esercizio di una professione [CGEU, 3 settembre 2015, C-110/14].

Si pensi, ad esempio, alle pronunce 22 maggio 2015, n. 10679 e 24 luglio 2001, n. 10086 della Suprema Corte, secondo cui al contratto concluso con un professionista da un amministratore di condominio, ente di gestione sprovvisto di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica la disciplina di tutela del consumatore, agendo l’amministratore stesso come mandatario con rappresentanza dei singoli condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale.

Successivamente la Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, con la sentenza 2 aprile 2020, causa C-329/19 ha affermato che l’orientamento della Suprema Corte italiana secondo cui il condominio deve essere qualificato come consumatore, s’inserisce proprio nell’obiettivo di tutela dei consumatori perseguito dalla direttiva europea (93/13/CEE) con la conseguenza che l’estensione della tutela dei consumatori è lecita ed il condominio potrà validamente invocare tutte le tutele previste dal codice del consumo.

Così come non può non sottolinearsi come non vi sia unanimità di vedute anche con riferimento agli elementi probatori caratteristici o comunque sintomatici dello *status*

di consumatore: si pensi, ad esempio, alla valorizzazione dell'impiego, in sede di conclusione del contratto, della partita IVA quale elemento idoneo a disvelare la strumentalità del contratto all'attività professionale svolta (In questo senso, tra le tante, Cass., 2 febbraio 2021, n. 2319 e Cass., 17 dicembre 2019, n. 33310, *contra* Cass., 10 marzo 2021, n. 6578).

Sempre con riferimento all'ambito di applicazione della decisione della Corte di Giustizia, va rilevato che il problema riguarda le sole ingiunzioni che non sono (espressamente) motivate quanto alla validità del titolo, e non il fatto che a generare il giudicato sia un provvedimento emanato all'esito di una cognizione così sommaria.

Il che richiama l'attenzione su una serie di provvedimenti che, per propria natura, scontano le medesime deficienze strutturali del procedimento monitorio, primo tra tutte l'ingiunzione di pagamento europea (IPE) disciplinata dal Regolamento CE/2006/1896 (Cfr. Corte di Giustizia, *CA. V.C.*, 19 dicembre 2019, C-453/18 e C-494/18).

Invero, si aggiunga, a completamento del discorso, anche il reg. CE 2006/1896 stabilisce che la mancata (tempestiva) opposizione rende esecutiva l'IPE e che le condizioni formali per l'acquisto della forza esecutiva sono disciplinate dalla legge dello Stato membro d'origine (art. 18).

Ai fini di una corretta definizione del problema bisogna interrogarsi se il problema sia l'assenza di un efficace esame in astratto (e quindi se basti che l'ordinamento astrattamente ponga le condizioni perché detto esame abbia luogo), ovvero la sua mancata trattazione "in concreto".

Il che rileva nel caso di processo a cognizione piena contumaciale e financo nell'ipotesi in cui all'ingiunzione faccia seguito la fase oppositiva a cognizione piena, all'interno della quale la questione non sia stata sollevata dalla parte e non abbia avuto luogo l'invocato esame ufficioso della validità del titolo.

Posto che la forza del giudicato è stata sacrificata sull'altare dell'effettività, ovverosia sul fatto che possa "realizzarsi in concreto quanto la norma europea promette in astratto", sembrerebbe ritenersi che ciò che rilevi sia il mancato esame in concreto della questione.

Infatti a ben vedere, altrimenti il problema non si sarebbe posto neppure con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto, dato che le questioni rilevabili d'ufficio possono essere esaminate dal giudice del monitorio e possono essere poste alla base del rifiuto del giudice di emettere l'ingiunzione (anche se sono di norma rilevate dal giudice dell'opposizione, che si configura quale ulteriore fase del medesimo giudizio incardinato con la proposizione della domanda monitoria Cass., SS. UU., 13 gennaio 2022, n. 927).

E' questa anche la tesi autorevolmente sostenuta dal Governo italiano nei due rinvii pregiudiziali del Tribunale di Milano in quanto, come evidenziato "in udienza, il giudice che si pronuncia sul decreto [ingiuntivo] può esaminare d'ufficio la

vessatorietà delle clausole contrattuali” (tesi riportata dalle conclusioni dell’Avvocato Generale, punto 38).

Affermazione di principio che però non rileva, evidentemente, ai fini del rispetto della normativa europea, e segnatamente del rispetto del principio di effettività (contrattare, come si sa, alla autonomia procedurale degli Stati membri), come espressamente chiarito dalla CGUE a fronte di tali rilievi (Corte di Giustizia, 17 maggio 2022, IO v. Impuls Leasing Romania IFN SA, C-725/19, par. 50).

Nella sentenza della Corte di giustizia in esame si parla infatti di “decisione giudiziaria che non contiene espressamente alcun esame sul punto”, ed ancor più chiaramente si sottolinea che la problematica risiede proprio nel fatto che “l’esame del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dalla autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso”, il che autorizzerebbe a ritenere che a medesime conclusioni dovrebbe giungersi anche nel procedimento di opposizione, in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso.

Né sicuri elementi contrari a questa ricostruzione si rinvencono nel punto in cui si dice che occorre “un controllo efficace del carattere potenzialmente abusivo delle clausole del contratto”.

Indizio che, richiamata anche la giurisprudenza ERSTE Bank Hungary (Corte di Giustizia, 1° ottobre 2015, C-32/14, con la quale si insegna che “il rispetto del principio di effettività non può tuttavia supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato”), potrebbe avallare la tesi secondo la quale l’ordinamento si accontenta di preconstituire le serie condizioni per cui detto controllo avvenga, non potendo in ogni caso supplire alla totale inerzia del consumatore, già evidentemente soccorso dalla possibilità di rilievo officioso della questione di validità del titolo (oltreché nella fase a contraddittorio pieno) anche in grado di appello, e a prescindere dalla formulazione di un motivo di doglianza sul punto.

Indizio che non pare dirimente in quanto, con la sentenza Corte di Giustizia, 17 maggio 2022, L. v. Unicaja Banco SA, C-869/19, la Corte ha ritenuto non “completamente passivo” il consumatore che non abbia coltivato l’impugnazione in ragione del fatto che la giurisprudenza maggioritaria, poi mutata, era in senso sfavorevole a costui e, pertanto, lo ha ritenuto meritevole di “soccorso” mediante la sollevazione del motivo di appello d’ufficio.

Principio che, *mutatis mutandis*, potrebbe applicarsi, ad esempio, al processo a cognizione piena contumaciale, ma anche alla sentenza che ha definito il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ove tali sentenze siano divenute definitive prima della pronuncia della sentenza Tarcau che ha qualificato come consumatore il fideiussore.

Soccorso nei confronti del consumatore inerte che si rinviene anche nella recente decisione della CGUE dell’8 settembre 2022 nelle cause riunite da C-80/21 a C-82/21 secondo cui la direttiva 93/13, letta alla luce del principio di effettività, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una giurisprudenza nazionale secondo la quale

il termine di prescrizione decennale, relativo all'azione del consumatore diretta a ottenere la restituzione di somme indebitamente corrisposte a un professionista in adempimento di una clausola abusiva contenuta in un contratto di mutuo, inizia a decorrere dalla data di esecuzione di ciascuna prestazione da parte del consumatore, anche nel caso in cui quest'ultimo non fosse in grado, a tale data, di valutare lui stesso il carattere abusivo della clausola contrattuale o non avesse conoscenza del carattere abusivo di detta clausola, e senza tener conto della circostanza che tale contratto prevedesse un periodo di rimborso, pari nel caso di specie a trent'anni, ampiamente superiore al termine di prescrizione decennale, fissato dalla legge

Decisione destinata, anch'essa, ad avere degli effetti dirompenti sui rapporti quesiti, che evidenzia le mobili frontiere che governano la valutazione di inerzia incolpevole del consumatore, tali da rendere assai incerta la forza espansiva delle decisioni della CGUE.

Oggettiva incertezza sull'ambito di applicazione che incide, anche in chiave prospettica, sull'individuazione dei possibili rimedi ed adattamenti che il sistema giudiziario nazionale deve adottare a seguito delle decisioni della CGUE.

I possibili rimedi.

Rimedi che naturalmente differiscono a seconda che sulla questione si sia o meno formato il giudicato formale.

In assenza di giudicato la prima conseguenza è che, avuto riguardo al carattere oggettivo del procedimento vertente alla dichiarazione delle nullità negoziali di protezione, deve ritenersi che la relativa questione possa ed anzi debba essere sollevata anche d'ufficio nel processo, in ogni stato e grado del procedimento, tutte le volte in cui costituisca oggetto diretto della domanda ovvero assuma, comunque, rilevanza pregiudiziale, in funzione della statuizione sul diritto azionato, e ciò a partire dal procedimento monitorio.

Rilievo che presuppone l'utilizzo di ampi poteri istruttori officiosi, come ben chiarito dalla giurisprudenza della CGUE.

Corte giust., 11 marzo 2020, C-511/17, Gyoergyne Lintner, 38. “se gli elementi di diritto e di fatto contenuti nel fascicolo sottoposto al giudice nazionale fanno sorgere seri dubbi quanto al carattere abusivo di talune clausole che non sono state prese in considerazione dal consumatore ma che presentano un nesso con l'oggetto della controversia, senza tuttavia che sia possibile procedere a valutazioni definitive al riguardo, spetta al giudice nazionale adottare, se necessario d'ufficio, misure istruttorie necessarie per completare tale fascicolo, chiedendo alle parti, nel rispetto del contraddittorio, di fornirgli i chiarimenti e i documenti necessari a tale scopo”.

Occorre, ancora, sottolineare che la circostanza che un giudice nazionale chieda al ricorrente di produrre il contenuto del documento o dei documenti su cui si fonda la sua domanda rientra semplicemente nell'ambito probatorio del processo, poiché tale richiesta mira soltanto a verificare il fondamento del ricorso, sicché essa non contrasta

con il principio dispositivo (v., per analogia, sentenza del 7 novembre 2019, Profi Credit Polska, C-419/18 e C-483/18, EU:C:2019:930, punto 68).

Sul tema dei poteri istruttori esercitabili d'ufficio nel contenzioso consumeristico v. anche Corte giust., 4 giugno 2020, C-495/19, Kancelaria Medius SA, Corte giust., 7 novembre 2019, C-483/18, Profi Credit Polska SA, Corte giust., 4 giugno 2015, C-497/13, Froukje Faber, Corte giust., 9 novembre 2010, C-137/08, VB Pe'nzu'g.

I suesposti principi interpretativi affermati dalla Corte di giustizia con riferimento ai poteri istruttori d'ufficio non si pongono in contrasto con la giurisprudenza nazionale.

Con riferimento alla compatibilità del sistema processuale interno va detto che sicuramente al giudice viene richiesto di valutare d'ufficio che sussistano le "condizioni di ammissibilità" della domanda ingiuntiva, fra le quali deve farsi rientrare anche la valutazione della legittimità della pretesa creditoria.

L'affermazione che l'esercizio dei poteri ufficiosi deve valere anche per la fase monitoria si rinviene infatti in Corte cost., 3 novembre 2005, n. 410, la quale ha riconosciuto, sulla base di un'interpretazione conforme agli artt. 24 e 111, 2° comma, Cost. dell'art. 640 c.p.c., la rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza anche territoriale derogabile del giudice adito con il ricorso ingiuntivo, proprio in considerazione del fatto che la pronuncia del provvedimento giudiziale avviene senza previo contraddittorio.

Considerazioni analoghe si rinvencono nella giurisprudenza di legittimità per la quale "Nel procedimento di ingiunzione proposto da un avvocato nei confronti del proprio cliente per il pagamento di onorari professionali, la natura inderogabile del foro del consumatore di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), d.lgs. n. 206 del 2005 impone al giudice di merito l'accertamento del possesso della qualità di consumatore della parte la quale, qualora sia un lavoratore subordinato, non perde tale qualità che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. cit., ha natura oggettiva ed è da valutarsi, in base al diritto unionale, alla luce di un criterio funzionale onde stabilire se il rapporto contrattuale rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione o di un'attività imprenditoriale" (Cass. 33439/2021).

Quanto poi alla sufficienza degli elementi presi in esame dal tribunale e quindi al possibile utilizzo dei poteri istruttori d'ufficio, occorre considerare che, ai sensi dell'art. 38 c.p.c., comma 2, l'eccezione di incompetenza territoriale non introduce nel processo di merito un tema sul quale è possibile lo svolgimento di un'istruzione piena e formale, ma deve essere decisa allo stato degli atti, sulla base delle risultanze emergenti dagli atti introduttivi e dalle produzioni documentali, salvo il caso in cui, in ragione di quanto reso necessario dal tenore dell'eccezione o del rilievo del giudice, non sia necessaria, secondo quanto prevede l'art. 38 c.p.c., u.c., un'eventuale istruzione di natura sommaria "in limine litis", diretta a chiarire il contenuto di quanto già risulta dagli atti (Cass. 17794/2013; Cass. 20553/2019; Cass. 12445/2010).

Medesime considerazioni devono valere, naturalmente, ove lo statuto del consumatore venga in gioco sotto profili differenti da quello della competenza territoriale.

Il giudice della fase monitoria deve rilevare eccezioni che siano rilevabili d'ufficio, ricorrendo, in via istruttoria, al potere integrativo della domanda a cui fa riferimento l'art. 640, comma 1 c.p.c. ("il giudice, se ritiene insufficientemente giustificata la domanda, dispone che il cancelliere ne dia notizia al ricorrente, invitandolo a provvedere alla prova").

La necessità di un esame dell'abusività della/e clausola del contratto concluso con il consumatore presuppone la richiesta di produzione del contratto medesimo da parte del giudice del monitorio ricorrendo, in via istruttoria, al potere integrativo della domanda a cui fa riferimento l'art. 640, comma 1 c.p.c.

Il sindacato sulla abusività delle clausole deve poi essere oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata da parte del giudice nazionale.

Invero se la questione è anche solo sommariamente motivata e vi è stato un monito sulla irretrattabilità della conclusione sul punto in mancanza di opposizione nel termine, non vi è più spazio per successive contestazioni

Il che è chiaramente desumibile dalla sentenza Ibercaja, punti 51 e 56 e prima massima: "per contro, si deve ritenere che tale tutela sarebbe garantita se, nell'ipotesi di cui ai punti 49 e 50 della presente sentenza, il giudice nazionale indicasse esplicitamente, nella sua decisione di autorizzazione dell'esecuzione ipotecaria, di aver proceduto a un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole del titolo all'origine del procedimento di esecuzione ipotecaria, che detto esame, motivato almeno sommariamente, non ha rivelato la sussistenza di nessuna clausola abusiva e che, in assenza di opposizione entro il termine stabilito dal diritto nazionale, il consumatore decadrà dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo di siffatte clausole".

Il che significa che per il futuro le decisioni della CGUE non imporranno alcun mutamento della giurisprudenza, ma soltanto la rigorosa e concreta applicazione di quei principi che costituiscono già diritto vivente dell'ordinamento nazionale.

Principi che dovranno, naturalmente, essere applicati in tutti i procedimenti che presentano caratteristiche analoghe, ad iniziare dal procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, dato che, come ricordato dalla CGUE nella sentenza Bondora, nelle cause riunite C-453/18 e C-494/18, 19 dicembre 2019, nell'ambito di un tale procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, il giudice investito della domanda di ingiunzione è assoggettato ai requisiti previsti dall'articolo 6, paragrafo 1, e dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, quali interpretati dalla Corte e letti alla luce dell'articolo 38 della Carta, con la conseguenza che il giudice adito deve poter chiedere, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1896/2006, informazioni complementari al creditore quanto alle clausole invocate a fondamento del suo credito, quali la riproduzione integrale del contratto o la produzione di una copia di esso, al fine di poter esaminare il carattere

eventualmente abusivo di dette clausole, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, e all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 (v., in tal senso, sentenza del 6 settembre 2018, Catlin Europe, C-21/17, EU:C:2018:675, punti 44 e 50).

Con riferimento, infine, allo standard minimo di motivazione che sarà richiesto al giudice che emetterà il decreto ingiuntivo, è facile prevedere che tali decisioni imporranno una riscrittura del Modulo E relativo alla pronuncia dell'ingiunzione di pagamento europea, illustrando il modello di riferimento del legislatore europeo.

Nel frattempo, appare evidente che, a fronte dell'interesse della parte richiedente alla futura stabilità del provvedimento il difensore del creditore che redige l'istanza monitoria sarà portato ad illustrare il tenore del contratto che costituisce la fonte del credito azionato enucleando, semmai anche mediante esplicito richiamo della documentazione depositata, la non ravvisabilità, in esso, di alcuna clausola abusiva. Pertanto, come correttamente sottolineato in dottrina, è da ritenere che il giudice del procedimento monitorio, dopo aver segnalato che il provvedimento è stato emesso sulla base delle informazioni fornite dal creditore (come peraltro previsto dal Modulo E dell'ingiunzione di pagamento europea), debba dare conto di aver esaminato le clausole del contratto da cui il credito deriva (richiamandole per numero o rubrica) e di non aver riscontrato la sussistenza di clausole abusive, ma possa poi limitarsi a rinviare alle ragioni indicate dal creditore nel ricorso introduttivo.

Il giudicato formale.

Con riferimento ai provvedimenti passati in giudicato va rammentato, in sintesi, che la CGUE ha chiarito che quando il provvedimento monitorio non contiene, come invece dovrebbe, una espressa motivazione in punto di validità del titolo, il suo passaggio in giudicato non osta ad un esame officioso sulla "abusività" delle clausole contrattuali del titolo (in quanto va garantito un "*controllo efficace dell'eventuale carattere abusivo*" delle pattuizioni ivi contenute); che nel caso di impugnazione della decisione che decide l'opposizione, l'eventuale acquiescenza prestata verso (l'omissione del) l'esame sulla validità del titolo non esclude il dovere del giudice di rilevare la sottesa questione di merito in ogni stato e grado del processo; che il potere di compiere detto esame (e il correlativo potere di sospendere il titolo) non può competere solo al giudice del gravame davanti al quale può impugnarsi il titolo giudiziale, ma deve altresì essere riconosciuto al giudice dell'esecuzione o dell'opposizione esecutiva; che il consumatore non può, ove tale esame si risolva in suo favore con conseguente caducazione del decreto ingiuntivo, recuperare il bene staggito trasferito a terzi, ma può comunque adire le vie ordinarie per far valere i diritti risarcitori nei confronti del creditore.

In definitiva, per quel che rileva, fermo il riconoscimento della valenza del giudicato anche in materia consumeristica, la Corte giunge alla conclusione che il giudicato da mancata opposizione del decreto ingiuntivo copre quanto espressamente dedotto, ma non anche, quanto al deducibile, le questioni in tema di tutela del consumatore secondo la disciplina eurounitaria, se non vi sia, nel provvedimento giudiziale, una sommaria motivazione e manchi l'indicazione della definitività di tale conclusione in caso di mancata contestazione.

Con la conseguenza, specificamente indicata per l'ordinamento italiano, che il *giudice dell'esecuzione* possa rilevare l'abusività della clausola, non essendogli tanto precluso dalla definitività del decreto ingiuntivo non opposto.

Il precipitato logico giuridico di tale affermazione comporta che anche i decreti ingiuntivi passati in giudicato potranno essere opposti, e la relativa nullità del titolo potrà essere rilevata d'ufficio dal Giudice dell'esecuzione anche se la garanzia personale ed il decreto ingiuntivo non opposto siano anteriori al 2015, ovvero prima che la Corte di Giustizia procedesse a chiarire quando il fideiussore sia qualificabile come consumatore.

Così come appare irrilevante anche lo stato in cui si trova il giudizio di esecuzione nel senso che il Giudice è chiamato a pronunciarsi sulla nullità del titolo con cui è stata azionata la procedura esecutiva in qualunque momento.

E ciò sino al momento in cui il bene sia stato trasferito a terzi, nel qual caso deve residuare una tutela risarcitoria in altra sede, come si ricava da C-600/19 Ibercaja, punto 59 secondo cui “Di conseguenza, si deve rispondere alla quarta questione dichiarando che l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che non autorizza un organo giurisdizionale nazionale, che agisce d'ufficio o su domanda del consumatore, a esaminare l'eventuale carattere abusivo di clausole contrattuali quando la garanzia ipotecaria sia stata escussa, il bene ipotecato sia stato venduto e i diritti di proprietà relativi a tale bene siano stati trasferiti a un terzo, purché il consumatore il cui bene è stato oggetto di un procedimento di esecuzione ipotecaria possa far valere i suoi diritti in un procedimento successivo al fine di ottenere il risarcimento, ai sensi della direttiva in parola, delle conseguenze economiche risultanti dall'applicazione di clausole abusive” (dal che ne sarebbe comunque derivato il rigetto nel merito del ricorso per cui è causa, a prescindere da ogni altra questione di improcedibilità e/o violazione del contraddittorio, essendo la contestazione avvenuta ben oltre il momento del trasferimento del bene al terzo).

La decisione impone un adeguamento, per quanto complesso, del nostro sistema processuale, possibile anche in via interpretativa da parte della Cassazione.

Le sentenze parlano di giudice dell'esecuzione, per cui l'applicazione pedissequa e letterale del principio affermato dai giudici europei affiderebbe a tale giudice il poterdovere di esaminare per la prima volta l'abusività delle clausole.

Deve però ritenersi che tale indicazione non sia affatto vincolante dovendosi altrimenti ritenute violato il riaffermato principio di autonomia processuale (Banco di Desio, punto 55), principio che consente un'articolazione dei rimedi processuali all'ordinamento del singolo Stato membro a condizione, tuttavia, che le soluzioni prescelte “non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza del 26 giugno 2019,

Addiko Bank, C 407/18, EU:C:2019:537, punti 45 e 46 nonché giurisprudenza ivi citata).

Principio di autonomia processuale dei singoli stati che dovrebbe costituire la stella polare dell'interprete per la ricerca di rimedi compatibili con l'effettiva tutela del consumatore che non comportino ulteriori torsioni di consolidati principi di ordine pubblico processuale.

In quest'ottica non appaiono quindi convincenti tutte le soluzioni che comportino dei rimedi extra ordinem quale, ad esempio, una nuova e non prevista ipotesi di revocazione, tramite il rinvio di cui all'art. 656 c.p.c., stante la conclamata necessità, ai fini dell'ampliamento di quel catalogo, di interventi legislativi (si veda la riforma del processo civile sulla nuova ipotesi di revocazione per contrarietà a sentenza CEDU) o almeno della Consulta (sentenze nn. 17/86, 36/91, 51/95, 558/99).

Per le medesime ragioni non pare convincente l'adozione del rimedio di cui all'art. 650 cpc che sarebbe ostacolato ed anzi impedito dalla preclusione dell'inizio dell'esecuzione da oltre dieci giorni, tranne ritenere che detto termine possa essere superato dal rilievo del giudice configurabile come causa di forza maggiore.

Una soluzione particolarmente caldeggiata dalla dottrina è quella dell'opposizione ex art. 615 cpc.

Come è noto in base al diritto processuale interno, il giudice dell'esecuzione ha il potere dovere di valutare ex officio la sussistenza di un valido titolo esecutivo.

E in caso di titolo esecutivo giudiziale, in fase di esecuzione il controllo del giudice è limitato alla verifica ab esterno della sussistenza di un titolo esecutivo giudiziale efficace, e non può spingersi, neppure in sede di opposizione all'esecuzione, fino all'intrinseco, cioè all'esame del contenuto del contratto da cui deriva il diritto di credito azionato in via esecutiva, salvo il potere di verificare la sussistenza di fatti impeditivi, modificativi estintivi sopravvenuti, che, come tali non si sarebbero potuti far valere nella fase di cognizione.

Va infatti ricordato che per la costante e granitica interpretazione della Corte l'opposizione esecutiva avverso titoli giudiziali è ammessa (a parte le ipotesi di fatti sopravvenuti) solo in presenza della loro inesistenza, dunque inattitudine al giudicato, (cfr. Cass. civ., 8-5-1973, n. 1245; in tal senso anche Cass. civ., 17-2-2011, n. 3850; Cass. civ., 30-9-2009, n. 19119).

Interpretazione fondata sul principio di separazione tra cognizione ed esecuzione (esplicitato normativamente dall'art. 161 cpc) che appare un ostacolo alla configurazione di un siffatto potere del giudice dell'esecuzione.

Opposizione all'esecuzione che si può quindi giustificare soltanto ritenendo non coperto dal giudicato il tema del carattere non abusivo delle clausole del contratto con quel che ne deriva in termini di sovvertimento dei principi di ordine processuale in

quanto così si va ad incidere sulla configurazione del decreto ingiuntivo non opposto come titolo esecutivo giudiziale.

Nel nostro sistema processuale la mancata opposizione dell'ingiunto nei termini di cui all'art. 641 c.p.c. rende il decreto ingiuntivo esecutivo ex art. 647, 1° comma, c.p.c., «nel senso che il provvedimento acquista efficacia di cosa giudicata sostanziale».

La giurisprudenza di legittimità ha esteso l'efficacia preclusiva dell'accertamento, attraverso la regola del c.d. giudicato implicito, anche al decreto in giuntivo non opposto (Cass. civ., Sez. II, ord., 24 marzo 2021, n. 8299; Cass. civ., 24 settembre 2018, n. 22465; Cass. civ., 28 novembre 2017, n. 28318; Cass. civ., 26 giugno 2015, n. 13207).

Interpretazione giurisprudenziale che trova un solido fondamento normativo nell'equiparazione normativa del decreto definitivamente esecutivo alle sentenze, operata dall'art. 656 c.p.c., che appunto ammette il rimedio della revocazione al fine di evitare il contrasto di giudicati, a riprova della fondatezza dell'idea del giudicato conseguente.

Senza tralasciare la considerazione che la stessa CGUE espressamente pone la questione in termini di autorità di cosa giudicata, ed in particolare di giudicato implicito, in capo al provvedimento monitorio «l'articolo 6, par. 1 e l'articolo 7, par 1 della Direttiva 93/13/CEE...ostano a una normativa nazionale la quale prevede che...il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto... successivamente controllare la validità delle clausole».

Infine, non può non considerarsi, come detto, l'incerta forza espansiva dei principi affermati dalla Corte di Giustizia rispettivamente in ordine alla stabilità degli effetti dell'esecuzione forzata e dell'accertamento contenuto in un provvedimento dotato di efficacia di cosa giudicata sostanziale diverso ed ulteriore rispetto al decreto ingiuntivo.

Deve quindi ribadirsi che la soluzione che appare più coerente a un controllo che a un tempo non confonda i piani dell'accertamento con quello dell'esecuzione, pur garantendo la tutela voluta dall'ordinamento unionale, è quella di rimettere l'accertamento ad un'azione apposita, caratterizzata dalla natura pienamente cognitiva.

Nell'ordinamento processuale nazionale qualora il vizio dell'atto o del provvedimento, pur se rilevabile anche di ufficio, non sia stato eccepito dalla parte o rilevato dal Giudice nel corso del corrispondente grado di giudizio, ovvero la pronuncia che abbia statuito sul vizio non sia stata oggetto di specifico motivo di impugnazione, il giudicato formatosi sulla sentenza che ha definito il giudizio determina la definitiva convalida dell'originario vizio di invalidità/decadenza (dell'atto e del processo), salve le sole ipotesi in cui il vizio risulti tale da impedire la riconducibilità dell'attività svolta allo schema normativo del processo determinando la stessa "inesistenza" della sentenza (per la irriducibilità del provvedimento al

modello legale della sentenza), che può essere fatta valere in ogni tempo anche con l'"actio nullitatis".

La dottrina e la giurisprudenza condividono sostanzialmente le ipotesi dei vizi che pregiudicano la stessa possibilità del giudizio di pervenire alla sua naturale conclusione, e che possono individuarsi nei casi tassativi di regressione della causa al primo grado, previsti dall'art. 354 c.p.c., cui rinvia l'art. 383 c.p.c., comma 3, (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 8232 del 29/08/1997; Sez. L, Sentenza n. 12746 del 20/05/2008; SS.UU. n. 26019/2008 cit.), ossia nelle violazioni del contraddittorio che potrebbero dare luogo all'actio nullitatis o al rimedio straordinario della opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c., da parte del litisconsorte pretermesso, e dunque a vizi che hanno impedito la stessa costituzione di un rapporto processuale (nullità della notificazione della citazione introduttiva; difetto di integrazione necessaria del contraddittorio - Cass. Sez. 3 n. 21381 del 30/08/2018 ne circoscrive, peraltro, le ipotesi alla violazione del litisconsorzio necessario iniziale ex artt. 102 e 331 c.p.c. -; errata estromissione di una parte e difetto di rappresentanza volontaria della parte - Cass. Sez. 1, Sentenza n. 24483 del 30/10/2013; Sez. U, Sentenza n. 4248 del 04/03/2016), nonché nei casi in cui debba ritenersi insussistente la stessa "potestas iudicandi" (difetto di legitimatio ad causam o dei presupposti dell'azione; decadenza sostanziale dall'azione per il decorso di termini previsti dalla legge; esistenza del giudicato interno ed esterno, ove risultante dagli atti del processo), cui debbono aggiungersi tutti i casi in cui il provvedimento giurisdizionale assunto nel precedente grado di giudizio risulti giuridicamente "inesistente" (come ad esempio nell'unico caso, oggetto di previsione normativa, della nullità della sentenza per difetto di sottoscrizione ex art. 161 c.p.c., comma 2).

Costanti sono le pronunce in tema di nullità del procedimento e del provvedimento, reso in difetto del contraddittorio, in violazione dell'art. 102 c.p.c.: Corte Cass. Sez. 1, Sentenza n. 8225 del 11/04/2011; id. Sez. 3, Sentenza n. 23572 del 17/10/2013; id. Sez. 3, Sentenza n. 18496 del 21/09/2015; id. Sez. 1, Sentenza n. 3621 del 24/02/2016).

La CGUE, con le sentenze in oggetto, si pone sullo stesso solco richiedendo che la formazione e, soprattutto, l'intangibilità del giudicato nelle fattispecie di rilevanza pubblicistica consumeristica sia preceduto da un accertamento espresso e motivato, maturato a seguito dell'esercizio, ad opera delle parti, del diritto fondamentale al contraddittorio.

Diritto al contraddittorio che nei processi a cognizione piena si traduce nell'obbligo del giudice di rilevare la questione e di sottoporla alle parti prima della decisione e nel giudizio monitorio, in caso di accoglimento del ricorso, nel dovere di avvisare il debitore, con l'inserimento di un'apposita clausola, che, in assenza di opposizione entro il termine stabilito dal diritto nazionale, il consumatore decadrà dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo di siffatte clausole.

La CGUE con la previsione del carattere inemendabile/insanabile del suddetto vizio processuale effettua, in via predeterminata ed astratta, una valutazione negativa in ordine alla possibilità di un consolidamento dell'atto invalido/intempestivo in

conseguenza della condotta omissiva delle parti e del giudice nell'eccepire o rilevare il vizio medesimo.

Il titolo esecutivo giudiziale verrebbe così eventualmente travolto all'esito di un giudizio che avrebbe ad oggetto appunto la sua caducità in quanto reso senza avere esaminato la questione sulla quale la Corte di giustizia esige un effettivo vaglio giurisdizionale nel contraddittorio delle parti, cioè il carattere abusivo o meno delle clausole in danno del consumatore.

Soluzione che si pone in linea con i principi processuali nazionali in forza dei quali un provvedimento giudiziale anche se gravemente viziato, come nell'ipotesi di mancata rilevazione e motivata decisione sull'abusività della clausole, può comunque essere esclusivamente rimosso o attraverso l'impugnazione al giudice sopra ordinato (a seconda dei casi, con l'appello o con il ricorso per cassazione) - e, quindi, con gli stessi rimedi prescritti dall'art. 161 c.p.c., comma 1, per le nullità a carattere relativo - oppure con la proposizione di un'autonoma "actio nullitatis", trattandosi di nullità processuale assoluta, radicale ed insanabile.

Tali rimedi, dell'actio nullitatis e dei normali mezzi di impugnazione, si pongono come alternativi (v. Cass. n. 27428 del 2009 e n. 26040 del 2005.).

L'effettività della tutela.

In primo luogo, deve rilevarsi che questa soluzione (a differenza di quel che accadrebbe con l'opposizione ex art. 615 cpc) evita il rischio che il consumatore sia costretto a difendersi in giudizio in una sede diversa da quella del suo domicilio e di conseguente contrasto con il principio di effettività.

Inoltre, sempre in termini di rispetto del principio di effettività, l'actio nullitatis consentirebbe una tutela immediata ed anticipata rispetto al 615 cpc, dato che il consumatore non dovrebbe attendere la notifica del precetto (o del pignoramento) per far valere le proprie ragioni.

Sempre con riferimento all'effettività della tutela che deve essere assicurata al consumatore la CGUE, nella sentenza del 17 maggio 2022, Impuls Leasing România IFN SA, ricorda che, al punto 61 della sentenza del 26 giugno 2019, Addiko Bank (C 407/18, EU:C:2019:537), la Corte ha considerato che il fatto che, in forza del diritto nazionale, il controllo del carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute in un contratto di credito ipotecario, stipulato tra un professionista e un consumatore, possa essere effettuato non dal giudice investito della domanda di esecuzione forzata di un siffatto contratto, bensì unicamente, in un momento successivo e a titolo eventuale, dal giudice di merito investito dal consumatore di un'azione volta a far dichiarare la nullità di siffatte clausole abusive è manifestamente insufficiente a garantire la piena effettività della tutela dei consumatori voluta dalla direttiva 93/13.

Infatti, la Corte ha ritenuto che, nell'ipotesi in cui il procedimento di esecuzione forzata si concluda prima della pronuncia della decisione del giudice di merito che dichiara il carattere abusivo della clausola contrattuale all'origine di detta esecuzione

forzata e, di conseguenza, la nullità di siffatto procedimento, la decisione in parola consentirebbe di fornire al consumatore di cui trattasi solo una protezione a posteriori sotto forma di risarcimento, che si rivelerebbe incompleta e insufficiente e non costituirebbe un mezzo adeguato né efficace per porre fine all'uso di tale medesima clausola, contrariamente a quanto previsto dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 (ordinanza del 6 novembre 2019, BNP Paribas Personal Finance SA Paris Sucursala București e Secapital, C 75/19, non pubblicata, EU:C:2019:950, punto 32 nonché giurisprudenza ivi citata).

Principi recentemente ribaditi dalla CGUE nella sentenza del 22 settembre 2022 resa nella C-335/21 dove si sottolinea che “Per quanto riguarda, in primo luogo, il procedimento giurisdizionale ordinario di cui all'articolo 34, paragrafo 2, e all'articolo 35, paragrafo 2, della LEC, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale non risulta chiaramente che l'avvio di tale procedimento da parte del consumatore abbia un effetto sospensivo dell'esecuzione della decisione motivata del cancelliere o della decisione giurisdizionale adottata a seguito di un ricorso per revisione che confermi la decisione stessa, in modo da consentire al giudice investito di un siffatto procedimento di esaminare il carattere eventualmente abusivo di clausole del contratto di cui trattasi prima dell'esecuzione delle decisioni in parola”.

Il principio di effettività impone quindi che un giudice con poteri sospensivi possa e debba esaminare il carattere eventualmente abusivo delle clausole del contratto prima dell'esecuzione della decisione.

Giudice che può anche non identificarsi con il giudice dell'esecuzione, purchè dotato di tale potere.

La CGUE, sempre nella ricordata sentenza del 17 maggio 2022, Impuls Leasing România IFN SA, A afferma infatti che “a differenza delle circostanze di fatto e procedurali delle cause Banco Popular Español e Banco de Valencia nonché Sánchez Morcillo e Abril García, conclusesi, rispettivamente, con l'ordinanza del 14 novembre 2013 (C 537/12 e C 116/13, EU:C:2013:759) e con la sentenza del 17 luglio 2014 (C 169/14, EU:C:2014:2099), nell'ambito delle quali il diritto nazionale non consentiva al giudice di adottare provvedimenti provvisori in attesa dell'esame nel merito delle clausole contrattuali, nella presente causa, il giudice di merito adito con un ricorso distinto da quello relativo al procedimento di esecuzione dispone della facoltà di sospendere detto procedimento”.

La CGUE giunge quindi a negare la compatibilità della disciplina rumena con l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 sotto un diverso profilo, quello dell'imposizione di una cauzione in occasione di tale distinto ricorso dinanzi al giudice di merito, calcolata sulla base del valore dell'oggetto del ricorso (“devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che non consente al giudice dell'esecuzione, investito di un'opposizione all'esecuzione, di valutare, d'ufficio o su domanda del consumatore, il carattere abusivo delle clausole di un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista che costituisce titolo esecutivo, dal momento che il giudice di merito, che può essere investito di un'azione distinta di diritto comune al fine di fare esaminare il carattere

eventualmente abusivo delle clausole di un siffatto contratto, può sospendere il procedimento di esecuzione fino a che si pronunci sul merito solo dietro versamento di una cauzione di un'entità che è idonea a scoraggiare il consumatore dall'introdurre e dal mantenere un siffatto ricorso”), e ciò in quanto le spese che un'azione giudiziaria implicherebbe rispetto all'importo del debito contestato non devono essere tali da scoraggiare il consumatore dall'adire il giudice ai fini dell'esame del carattere potenzialmente abusivo di clausole contrattuali (v., in tal senso, sentenze del 14 giugno 2012, Banco Español de Crédito, C 618/10, EU:C:2012:349, punto 54; del 18 febbraio 2016, Finanzmadrid EFC, C 49/14, EU:C:2016:98, punti 52 e 54, nonché del 20 settembre 2018, EOS KSI Slovensko, C 448/17, EU:C:2018:745, punto 46).

In sintesi il principio di effettività comporta che il consumatore possa eccepire ed il giudice debba rilevare d'ufficio, anche in sede esecutiva, l'abusività delle clausole, un giudice, non necessariamente quello dell'esecuzione possa sospendere il procedimento prima della sua esecuzione senza che l'istanza cautelare sia subordinata al versamento di una cauzione.

La soluzione interpretativa proposta soddisfa tali esigenze dato che essa afferma che il giudice dell'esecuzione ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio l'esistenza del titolo esecutivo durante tutto il corso del processo esecutivo, trattandosi di una delle condizioni dell'azione esecutiva, con la conseguenza che egli deve rilevare d'ufficio l'eventuale natura vessatoria della clausola inserita nel contratto tra professionista e consumatore (fermo il limite preclusivo del già avvenuto trasferimento del bene : Unicaja punto 59, sicché in tali casi residuerebbe, come detto, soltanto una tutela risarcitoria) laddove, esaminando il ricorso ed il decreto ingiuntivo, emerga la possibilità che detta clausola possa risultare vessatoria e che il giudice del provvedimento monitorio non abbia affrontato la questione.

Rilievo che potrebbe naturalmente avvenire anche su sollecitazione, non formale del debitore, che potrebbe assumere le forme dell'istanza o del ricorso, ma non quella dell'opposizione, posto che per preservare la sottrazione al giudice dell'esecuzione di ogni ingerenza, anche quale giudice dell'opposizione ad esecuzione, sul titolo giudiziale, dovrebbe escludersi la proponibilità di un'opposizione ex art. 615 o, a maggior ragione, 617 cpc.

Il giudice dell'esecuzione potrebbe ed anzi dovrebbe quindi rilevare la questione, indicando, nel contempo, quale sia il rimedio a favore del debitore, da individuarsi in un'ordinaria azione di accertamento, una *actio nullitatis* che inizi dal primo grado e davanti al giudice ordinariamente competente per territorio, materia e valore nel cui ambito la sospensione (esterna) del titolo giudiziale può conseguirsi in via cautelare con efficacia ex art. 623 cpc sul processo esecutivo.

Il giudice dovrebbe indicare il rimedio concedendo un termine adeguato all'instaurazione del giudizio, decorso inutilmente il quale il giudicato diverrebbe intangibile potendosi allora escludere l'inerzia incolpevole del consumatore.

E quanto alla presunta inadeguatezza di tale proposta interpretativa, proprio in punto di possibilità di sospensione del procedimento esecutivo, va osservato che il giudice

dell'actio nullitatis potrebbe disporre la sospensione (esterna) dell'efficacia esecutiva del titolo giudiziale in via cautelare ex art. 700 c.p.c. (ipotesi pacificamente ammessa a partire da Cass., sez. I, 23 febbraio 2000, n. 2051 quale procedura cautelare volta ad interdire preventivamente l'attivazione della esecuzione), con valenza ex art. 623 c.p.c. e quindi con effetti sostanziali del tutto assimilabili alla sospensione dell'esecuzione già iniziata.

La Corte, in un'ipotesi del tutto analoga a quella in oggetto, si è ancora di recente interrogata sulla procedura esecutiva attivata in forza di un decreto ingiuntivo successivamente sospeso ex art. 649 cpc. giungendo alla conclusione che trattasi di sospensione destinata ad ingenerare gli effetti di cui all'art. 623 cpc, e pertanto la fase esecutiva non può essere ulteriormente proseguita, senza imporsi alcuna specifica attività di impulso del debitore esecutato (Cass. 22/12/2022, n. 37558).

Del resto è assolutamente consolidato nella giurisprudenza della Corte, conformemente a quanto affermato dalla unanime dottrina, il principio di diritto secondo il quale, nel momento in cui il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo sospende la provvisoria esecuzione del decreto, ai sensi dell'art. 649 c.p.c., si concretizza l'ipotesi della sospensione dell'esecuzione disposta dal giudice dinanzi al quale è impugnato il titolo esecutivo di cui all'art. 623 c.p.c., con conseguente impedimento della prosecuzione del processo esecutivo pendente. Ciò non determina la perdita di efficacia degli atti compiuti in precedenza, ma impedisce il compimento di ulteriori atti di esecuzione e, da un lato, impone al giudice dell'esecuzione di dare atto (con provvedimento meramente ricognitivo) della predetta sospensione, di ufficio o su istanza di parte ai sensi dell'art. 486 c.p.c., senza necessità di una opposizione all'esecuzione, mentre, dall'altro lato, consente alle parti (e le onera di tanto, al tempo stesso) di contestare la validità degli eventuali atti di cui all'art. 649 c.p.c., con lo strumento dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. (cfr. Cass., Sez. 3, Sentenza n. 261 del 12/01/1999, Rv. 522227 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 16158 del 22/12/2000, Rv. 542884 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 11378 del 31/07/2002, Rv. 556476 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 8217 del 29/04/2004, Rv. 572449 - 01).

Ove la nullità sia rilevata nell'immediatezza del compimento di un atto esecutivo che potrebbe compromettere definitivamente il diritto di difesa del consumatore, sarà possibile attendere la decisione (adottata anche in via cautelare) del giudice del merito, anche soltanto, ad esempio (e se ne ricorressero tutti i presupposti), con il semplice differimento della vendita a data presumibilmente successiva a tale decisione, non essendo evidentemente possibile una sospensione in senso tecnico della procedura esecutiva (né ai sensi dell'art. 295 c.p.c., disposizione non applicabile al processo di esecuzione e certamente non configurabile nei rapporti tra processo esecutivo e processo fallimentare, né ai sensi degli artt. 623 e 624 c.p.c., non ricorrendo evidentemente i presupposti applicativi di tali ultime norme), ma ben potendo lo stesso giudice dell'esecuzione esercitare i suoi poteri diretti al sollecito e leale svolgimento del procedimento esecutivo, ai sensi dell'art. 484 c.p.c., onde garantire che la vendita avvenga in modo corretto, all'esito dei necessari accertamenti sul carattere abusivo di una o più clausole a danno del consumatore da parte degli organi giudiziari competenti (cfr. Cass 23482/2018).

E' di tutta evidenza che la sospensione cautelare del titolo esecutivo da parte del giudice del merito, come pure la decisione di rinviare o meno la vendita del bene da parte del giudice dell'esecuzione, involgono questioni di merito che dovranno essere esaminate caso per caso.

In linea di massima deve comunque ritenersi che, ai fini della sospensione esecutiva del titolo esecutivo (ovvero del rinvio della vendita), occorrerà, tuttavia, che l'intero credito portato dal titolo esecutivo dipenda dalla clausola colpita dalla nullità perché, diversamente il titolo esecutivo sarà valido per la parte di credito che non dipende dalla clausola vessatoria (ad esempio se affetta da nullità è la clausola che determina gli interessi moratori o la penale in misura eccessiva ex art. 33 lett. f) cod. cons., resta fermo il titolo esecutivo per il debito residuo in linea capitale e gli interessi corrispettivi; se affetta da nullità è la clausola che consente al professionista di esercitare lo *ius variandi* del prezzo senza consentire il recesso del consumatore se il prezzo finale è eccessivamente elevato ex art. 33 lett. o) cod. cons., resta fermo il titolo esecutivo rispetto al prezzo impagato originariamente convenuto e non è dovuta soltanto la differenza).

In definitiva si ritiene che tale soluzione possa rappresentare un giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare un'effettiva tutela al consumatore e quella, altrettanto rilevante, di salvaguardia del principio di autonomia processuale dei singoli stati, offre la via per l'adeguamento del nostro ordinamento interno, senza, al contempo, scardinare categorie fondamentali del nostro diritto processuale (valore di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto, separazione tra cognizione ed esecuzione nei titoli esecutivi giudiziali...).

E ciò anche in considerazione delle caratteristiche dei singoli ordinamenti nazionali e della struttura dei loro sistemi processuali, alcuni dei quali, come quello italiano, molto attenti al valore del giudicato, anche a presidio della conclamata natura limitata delle risorse giudiziarie.

L'adeguamento del nostro ordinamento interno allo speciale statuto protettivo del consumatore delineato dalle sentenze della CGUE non può quindi determinare una tutela incondizionata, senza se e senza ma, anche perché non può non rilevarsi che, se è pur vero che la primazia dell'ordinamento unionale trae origine dall'osservanza di precisi obblighi costituzionali, la selezione delle situazioni da tutelarsi, effettuata dalla disciplina unionale inevitabilmente pone un problema di possibile deroga e/o violazione del principio di uguaglianza sostanziale predicato dalla prima parte della Costituzione.

Si chiede quindi che la Corte enunci i seguenti principi di diritto nell'interesse della legge : nel decreto ingiuntivo richiesto nei confronti del consumatore il giudice deve dichiarare di aver proceduto ad un esame d'ufficio delle clausole del titolo all'origine del procedimento e che detto esame, motivato almeno sommariamente, non ha rivelato la sussistenza di nessuna clausola abusiva e che, in assenza di opposizione entro il termine stabilito dalla legge, il consumatore decadrà dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo di siffatte clausole. Il giudice dell'esecuzione deve rilevare d'ufficio l'eventuale natura vessatoria della clausola inserita nel contratto tra

professionista e consumatore, non essendogli tanto precluso dalla definitività del decreto ingiuntivo non opposto, fermo il limite preclusivo del già avvenuto trasferimento del bene; il giudice dell'esecuzione deve indicare il rimedio a favore del debitore consumatore, da individuarsi in un'ordinaria azione di accertamento, un *actio nullitatis* che inizi dal primo grado e davanti al giudice ordinariamente competente per territorio, materia e valore, nel corso della quale la sospensione (esterna) del titolo giudiziale può conseguirsi in via cautelare con efficacia ex art. 623 cpc sul processo esecutivo; il giudice dell'esecuzione potrà differire la vendita a data presumibilmente successiva alla decisione (adottata anche in via cautelare) del giudice del merito.

p.q.m.

Il P.M. chiede

Dichiararsi l'estinzione del giudizio con l'enunciazione del principio di diritto di cui in narrativa ex art. 363 comma 3 cpc.

Roma, 30 gennaio 2023.

**PER IL PROCURATORE GENERALE
IL SOSTITUTO
Giovanni Battista Nardecchia**