

CLAUSOLE ABUSIVE, INTERVENTO DEL GIUDICE E PRINCIPIO DEL GIUDICATO

BEATRICE ZUFFI
*Professore associato
nell'Università di Padova*

SOMMARIO: 1. La relativizzata preclusione *pro iudicato* del decreto ingiuntivo definitivo dopo la sentenza della CGUE *Banco di Desio*. – 2. La complessiva ragionevolezza delle soluzioni prospettate dalla Corte di cassazione sul rafforzamento dell'istruttoria monitoria e sulla possibilità per il consumatore di far valere, anche oltre il termine per l'opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, l'abusività delle clausole presenti nel titolo negoziale posto a fondamento del credito. – 3. La portata eversiva del lento ma inesorabile movimento dei giudici del Kirchberg verso la consapevole fruizione delle nullità di protezione da parte del consumatore: scenari futuribili.

1. – Il presente contributo è tratto dalla relazione che ho avuto il piacere e l'onore di tenere, in dialogo con il Presidente di Sezione della Corte di cassazione, Franco De Stefano, durante un incontro di studio organizzato dalla Struttura decentrata della Corte di appello di Venezia della Scuola Superiore della Magistratura sul tema *La tutela del consumatore tra Corte di Giustizia e giudice nazionale*, tenutosi tra il 7 e l'8 marzo 2024 nella bella Aula d'assise di Rialto. Il dibattito che mi ha visto coinvolta concerne in particolare un problema di diritto processuale civile – quello del solerte controllo che il giudice deve d'ufficio operare sull'eventuale presenza di clausole vessatorie in seno ma anche a valle dei procedimenti ingiuntivi (e, come vedremo, in realtà anche in altre sedi) – che negli ultimi due anni ha assillato magistrati, accademici, avvocati, e rispetto al quale vorrei qui abbozzare alcune delle possibili future evoluzioni.

Una premessa è doverosa, ma appunto potrà essere assai breve grazie alle molte pagine scritte prima e dopo la pronuncia della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 17 maggio 2022 nelle cause riunite c-693/19 e c-831/19¹. Al riguardo concordo con le conclusioni che

¹ CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Giur. it.*, 2022, 485 ss.; FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *ibidem*, 526 ss.; CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, *ibidem*, 533 ss.; D'ALESSANDRO, *Una proposta per*

ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev, *ibidem*, 541 ss.; PARISI, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. esec. forz.*, 3, 2022, 686 ss.; DE STEFANO, *La Corte di giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande camera della CGUE*, in www.giustiziainsieme.it (22 settembre 2022); STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. It.*, 10, 2022, 2126; MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 ovvero quel che resta del brocardo "res judicata pro veritate habetur"*, in www.judicium.it, (17 maggio 2022); FEBBI, *La Corte di giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in www.judicium.it (10 luglio 2022); MINAFRA, *L'autorità del giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di Giustizia*, in www.giustiziacivile.com (17 agosto 2022); CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. It.*, 10, 2022, 2117 ss.; 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 www.judicium.it (2 novembre 2022); 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 (17 gennaio 2023); SOLDI-CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurolunitario e diritto interno*, in www.judicium.it (10 febbraio 2023); FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in www.questionegiustizia.it; 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); RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2023, 63 ss.; CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Rass. esec. forz.*, 2023, 126 ss.; GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 86 ss.; BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in *Riv. dir. bancario*, 2023, 65; CARRATTA, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. esec. forz.*, 2023, 357 ss.; CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurolunitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, *ibidem*, 384 ss.; 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); BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 946 ss.; CAPORUSSO, *Le sezioni unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1231 ss.; CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.*, 2023, 1054 ss.; D'ALESSANDRO, *Dir.*

buona parte della dogmatica processualcivile trae dall'oggetto e dai limiti strutturali del procedimento monitorio: di per sé il decreto ingiuntivo non può recare alcun accertamento sull'efficacia o sulla validità delle clausole inerenti il titolo negoziale, così come su altre questioni pregiudiziali, la cui fondatezza potrebbe condurre – in un giudizio ordinario a cognizione piena – all'accertamento dell'inesistenza del credito². In caso di mancata opposizione ex art. 645 c.p.c. la definitività che il provvedimento giudiziale emesso *inaudita altera parte* guadagna si concreta, infatti, in una preclusione *pro iudicato* che impedisce all'ingiunto di mettere in discussione la sola esistenza del credito con una successiva azione di accertamento negativo ovvero, in sede esecutiva, proponendo l'opposizione all'esecuzione³, mentre rimane del tutto impregiudicato (nel senso di non accertato...neppure implicitamente) l'antecedente logico da cui deriva il credito oggetto dell'ordine di pagamento.

Quello che risulta perciò direttamente impattato dalla sent. *Banco di Desio* non è (ancora) il vero e proprio giudicato, ma il procedimento monitorio sotto due diversi, ma correlati punti di vista. Innanzitutto, risulta mutata quasi geneticamente la delibazione che il giudice è chiamato a fare al cospetto del ricorso del creditore (non più limitata alla sussistenza di prove scritte del credito ex artt. 633-634 c.p.c., ma estesa al controllo officioso del contratto e della qualità di consumatore in capo al debitore), il che a sua volta rischia di circoscrivere l'ampio utilizzo del rimedio per come lo abbiamo conosciuto finora. L'effetto ultimo agognato dai giudici del Kirchberg è infatti di evitare – se non *in toto*, certo nella maniera più efficace possibile – l'emanazione e la circolazione di titoli esecutivi privi del doveroso scrutinio sulle clausole abusive. Per raggiungere tale *goal* si ammette – ed ecco il secondo vistoso aggiustamento apportato all'originario assetto del rito monitorio – la possibilità di una opposizione successiva alla consumazione del potere ordinario di impugnativa del decreto ingiuntivo ogni qualvolta la motivazione del provvedimento sommario taccia sul punto

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., ibidem, 1060 ss.; VINCRE, *La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1487 ss.

² V. VINCRE, *op. cit.*, 1495: «poiché, com'è indiscusso, nella procedura monitoria possono essere poste solo domande di condanna relative ad un diritto di credito o ad un diritto alla consegna di un determinato bene, la conclusione da trarre sul punto mi pare chiara: l'accertamento della non vessatorietà delle clausole contrattuali, in questo tipo di procedura non entra, né è mai entrat[o], nel deducibile e pertanto la questione non è coperta dal giudicato».

³ BACCAGLINI, *Nullità di protezione*, cit., 65.

relativo alla possibile inefficacia (totale o parziale) della pattuizione da cui discende il debito del consumatore.

Mi sembra inequivoco allora che di tal fatta si finisca per rendere attaccabile (in maniera sin qui inusitata) il vincolo che è proprio del decreto ingiuntivo definitivo. Non sarà la vera e propria *res judicata* ad essere menomata, perché l'irretrattabilità del decreto ingiuntivo è più "focalizzata" ossia cala sul solo diritto al pagamento o alla consegna oggetto di ingiunzione. Tuttavia, non si può non constatare che a valle della citata sentenza della Corte di Giustizia un provvedimento giudiziale di condanna che sino a poco tempo fa si considerava appunto idoneo ad attingere una forza simile a quella del giudicato, ove non tempestivamente impugnato ex art. 645 c.p.c., può ora essere caducato, pur decorsi inutilmente 40 giorni dalla sua valida notificazione, in forza di una ragione astrattamente deducibile in sede di opposizione monitoria ordinaria.

Per garantire l'effettività della tutela accordata al consumatore ingiunto, la preclusione *pro iudicato* del decreto ingiuntivo definitivo non è insomma più in grado di precludere la tarda deduzione di certe circostanze (quelle attinenti la vessatorietà della pattuizione a base della pretesa): il meccanismo su cui si regge *l'impositio silentii* risulta così incrinato o – se si preferisce – relativizzato, in quanto il silenzio ben può essere rotto dal debitore-consumatore, laddove il giudice dell'ingiunzione abbia ommesso di effettuare il rilievo ufficioso sul carattere abusivo del contratto da cui origina il credito.

2. – Ciò detto, meritano sicuro apprezzamento le soluzioni avallate dalla celeberrima sentenza del 6 aprile 2023, n. 9479, con cui la Cassazione, quale organo di vertice deputato a garantire l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, ha indicato gli adattamenti del sistema nazionale conseguenti all'*arrêt* pervenuto dal Lussemburgo⁴.

In particolare, si mostrano del tutto condivisibili gli insegnamenti rassegnati dalle Sezioni Unite sul potenziamento dell'istruttoria monitoria, sugli esiti della fase *inaudita altera parte* e sull'avvertimento da rivolgere all'ingiunto per provocarne l'opposizione ex art. 645 c.p.c. in ordine alla possibile vessatorietà delle clausole del contratto. Un'adesione più perplessa, ma nel complesso consentanea, va a mio avviso manifestata anche rispetto alla scelta delle S.U. di rendere esperibile l'opposizione tardiva dell'art. 650 c.p.c. da parte del consumatore "ignaro" (ossia non avvertito dal giudice dell'ingiunzione) circa la possibile presenza di clausole vessatorie. Come ben si sa, la Cassazione ha così allargato (oltre forse il limite di elasticità) la clausola della forza maggiore, considerando l'*error in procedendo* del mancato

⁴ In *Foro it.*, 2023, 5, I, 1452 ss.

rilievo dell'abusività del contratto⁵ quale *factum principis* in grado di giustificare l'intempestiva reazione dell'ingiunto⁶. In maniera altrettanto disinvolta i giudici di legittimità hanno operato l'innesto del termine dell'opposizione *ex art. 645 c.p.c.* nell'opposizione tardiva, rendendo inoperativo il limite temporale dell'art. 650, ultimo comma, c.p.c., che altrimenti avrebbe sbarrato l'esperibilità del rimedio decorsi 10 giorni dall'inizio dell'esecuzione. Ciò è stato fatto nella consapevolezza – suffragata da vari precedenti della CGUE – di dover garantire appunto un congruo lasso di tempo al consumatore dalla “scoperta” (*rectius*: segnalazione giudiziale) del vizio per articolare la sua opposizione ed altresì per evitare che il pignoramento siluri l'effettività dell'apparato di speciale protezione apprestato per tale soggetto dal diritto unionale. Le licenze ermeneutiche che la S.C. si è presa a tal riguardo appaiono così ragionevoli: nell'immobilità del legislatore serviva un prontuario per la gestione delle ricadute della sentenza *Banco di Desio* e, tutto sommato, l'*arcuaria fabrica* costruita dalla S.C. per conformare l'ordinamento italiano al consolidato indirizzo del Plateau Kirchberg sembra a tenuta.

Vi sono, pervero, delle incongruenze: ne indicherò un paio. Innanzitutto, discutibile appare la supposta necessità del rimedio dell'opposizione tardiva quale unica via per ottenere la caducazione del decreto ingiuntivo adottato senza il rilievo di abusività del contratto: in realtà non ci sono ragioni davvero persuasive per escludere in radice la possibilità di dichiarare la vessatorietà nell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* Com'è stato osservato, anzi, la soluzione di incanalare in maniera assorbente nell'art. 650 c.p.c. la tutela giurisdizionale del consumatore “poco avveduto” non solo non è richiesta dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, ma rischia di “tradire” uno dei cardini su cui essa si poggia⁷, sottraendo al giudice – che si trovi ad essere investito *ex art. 615 c.p.c.* del potere di giudicare in merito al diritto del creditore di agire *in executivis* – la facoltà di valutare e decidere immediatamente l'abusività delle clausole del sottostante contratto: la CGUE ha, infatti, più volte enfatizzato che la valutazione dell'autorità giurisdizionale sulla possibile violazione della dir. 93/13 deve avvenire «a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine»⁸. Non vi sono nemmeno motivi cogenti per imporre

⁵ CONSOLO, *op. cit.*, 1056; DE STEFANO, *La Corte di Giustizia*, cit.; ID., *Le sentenze di Chicxulub*, cit.

⁶ BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo*, cit., 950.

⁷ CARRATA, *op. cit.*, 372.

⁸ V. le sentenze della Corte di Giustizia adottate nelle cause: *Asturcom*, *Pannon*, *Eva Martin Martin*, *Profi Credit Polska*, *Kancelaria Medius*, *Lintner*.

alla causa che fosse proposta nelle forme dell'art. 615 c.p.c. la conversione in un'opposizione tardiva, ciò che comporta impegnative contorsioni per giustificare l'inedita *translatio*⁹ da un processo avente ad oggetto l'esercizio dell'azione esecutiva e che, oltretutto, potrebbe essere stato promosso per doglianze diverse dalla denuncia di vessatorietà, ad un giudizio riguardante la revoca del d.i. su tale motivo¹⁰.

L'altro inconveniente insito nella soluzione prospettata – autodenunciato dalle stesse S.U. – sta nel fatto che, radicandosi la causa di opposizione tardiva avanti al giudice dell'ingiunzione, risulta vanificata la previsione dell'art. 63 cod. cons. ogniquale volta appunto la vessatorietà riguardi la clausola di deroga alla competenza. Sul punto la Cassazione ritiene che la distrazione del consumatore dal proprio foro sia accettabile, stanti le virtù del processo civile telematico: la considerazione non è molto ficcante, ma soprattutto va respinta perché in realtà vi è la possibilità che la causa sulla validità del contratto e quindi sull'esistenza del credito si svolga dinanzi al giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore. A mio modesto avviso, infatti, il giudice, avanti al quale in ossequio al principio della competenza funzionale va proposta l'opposizione tardiva, una volta revocato il provvedimento sommario di condanna per vessatorietà della deroga al foro, dovrebbe declinare la propria competenza a favore del giudice *ex art. 63 c. cons.* proprio perché constata l'inefficacia della pattuizione che aveva fondato la competenza del giudice dell'ingiunzione. Analogamente a quanto accade quando il decreto ingiuntivo opposto *ex art. 645 c.p.c.* risulta emesso da un giudice incompetente.

De iure condendo sarebbe comunque preferibile che questo importante "adeguamento" dell'ordinamento italiano alla pronuncia *Banco di Desio* avvenisse mediante un'interpolazione all'art. 656 c.p.c. L'interpretazione estensiva offerta dalle S.U. circa l'ambito di operatività dell'opposizione tardiva, pur giustificata dall'impellenza di individuare una *exit strategy* "unidirezionale" rispetto ai vari problemi precipitati sugli uffici giudiziari all'esito della decisione della CGUE, rischia di assumere in effetti i contorni di una forzatura, che alla lunga potrebbe far implodere la stabilità del d.i. non opposto. L'art. 650 c.p.c. rappresenta una fattispecie di rimessione in termini che dovrebbe scattare laddove l'ingiunto, per ragioni obiettive – estranee alla sua minore o maggiore consapevolezza circa le deduzioni esperibili – non sia stato raggiunto da una valida notificazione del decreto o sia stato impossibilitato a proporre un'opposizione monitoria nei successivi

⁹ C'è infatti chi parla di una «riassunzione innovativa e talora trasformativa in radice dell'oggetto da decidere e degli effetti»: CONSOLO, *op. cit.*, 1057.

¹⁰ CRIVELLI, *op. cit.*, 402.

40 giorni. Consentire in via ermeneutica che tale espediente possa essere utilizzato anche per la mancata motivazione del d.i. sulla validità del titolo negoziale del credito, oltre che per la scarsa dimestichezza giuridica del debitore, potrebbe insomma rendere la preclusione *pro iudicato* permeabile anche ad altri tipi di *errores in procedendo* e ad altre situazioni di *ignorantia legis* da ritenersi scusabili, in quanto riferibili a parti deboli¹¹.

Mi sembra allora più soddisfacente, da un punto di vista sistematico, la soluzione, autorevolmente sostenuta¹² e veicolata anche in una proposta di legge¹³, volta ad integrare il catalogo dei motivi di revocazione esperibili contro il provvedimento monitorio definitivo al fine di includervi l'ipotesi del mancato rilievo ufficioso dell'abusività del contratto su cui si fonda la pretesa creditoria. In tal modo verrebbe ad essere configurato un nuovo sintomo di ingiustizia del d.i. non opposto. L'omessa valutazione sulla vessatorietà del titolo negoziale del credito è in effetti deducibile con l'opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, ma se ciò non avviene è perché con ogni probabilità il consumatore ha scarsa consapevolezza dei propri diritti. In considerazione di tale situazione (che la CGUE reputa evidentemente piuttosto diffusa) va ammessa l'esperibilità di un'impugnazione straordinaria, che consenta all'ingiunto di far valere il descritto vizio in un termine congruo a partire dalla sua effettiva scoperta (*recte*: dal momento in cui un qualsiasi giudice abbia rilevato la questione). Si tratta di un *error in procedendo* che può essere speso come gravame straordinario, in quanto appunto segnala la probabile, ma non certa, ingiustizia dell'ingiunzione. Non si può infatti dire a priori se la valutazione della questione condurrà ad un esito diverso dalla condanna contenuta nel d.i. Di tale ipotetica ingiustizia dovrebbe poter essere investito – in forza di una esplicita previsione normativa che aggiunga l'ipotesi a quella dei nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c. – il giudice della revocazione. Che sarebbe poi lo stesso giudice dell'ingiunzione, fermo restando che nell'eventualità di vessatorietà riguardante la deroga al foro, dopo la revoca del decreto ingiuntivo, dovrebbe aver luogo la *translatio iudicii* a favore del giudice del consumatore¹⁴.

La modifica all'art. 656 c.p.c. andrebbe accompagnata però ad un aggiustamento delle norme sul potere di inibitoria del giudice della revocazione, in quanto ai sensi dell'art. 401 c.p.c. la sospensione della

¹¹ SCARSELLI, *op. cit.*, 7; VINCRE, *op. cit.*, 1501.

¹² CONSOLO, *op. cit.*, 1057.

¹³ Proposta di legge n. 1301, presentata alla Camera dei Deputati il 13 luglio 2023.

¹⁴ V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, 643 ss.; FAZZALARI, voce *Revocazione*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 296.

pronuncia va concessa *ex art. 373 c.p.c.*, quindi: in camera di consiglio, su istanza di parte (da inserire nella citazione) e al ricorrere di un grave ed irreparabile danno. Occorrerebbe insomma mitigare il rigore dell'onere probatorio sul *periculum*, riportandolo a quello meno severo della dimostrazione dei gravi motivi di cui agli artt. 282 e 649 c.p.c.¹⁵, come del resto fa la cit. proposta di legge.

3. – L'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia non può comunque essere circoscritto al procedimento monitorio. A me sembra infatti che l'insieme delle pronunce che i giudici del Kirchberg hanno nel tempo stratificato sul rilievo della vessatorietà delle clausole in base alla dir. 93/13/CE formino ormai un aggregato abbastanza imponente e solido, che punta a garantire l'effettività della tutela dei consumatori, pur nel rispetto – che viene sempre ribadito, ma pare invece man mano assottigliarsi – dell'autonomia procedurale dei sistemi nazionali. Se la direzione è quella, il lento ma inesorabile cammino di questo massiccio ghiacciaio che dal Lussemburgo scende verso gli ordinamenti municipali credo porterà verosimilmente a breve a mettere in discussione anche l'accertamento incontrovertibile che si forma nei processi a cognizione piena.

Sia consentita una rapida disamina degli arresti della CGUE che ci sembrano supportare questa previsione:

¹⁵ Un corollario positivo di questo scenario è che verrebbe secondo me ad essere indubbia la possibilità dell'immediata restituzione a favore del consumatore che ottenga la revoca del provvedimento, anche nell'eventualità che sulla sua scorta in sede esecutiva sia già stata disposta la vendita o l'assegnazione: l'art. 402 c.p.c. prevede infatti espressamente ed in via generale che il giudice della revocazione provveda alla restituzione. Per vero anche in sede di opposizione monitoria si ritiene che sia implicita nella domanda di revoca del d.i. il *petitum* restitutorio; le S.U. 9479/2023 però sul punto sembrano inflessibili nell'escludere che il g.e. possa sollecitare l'esercizio di tale espediente dopo la vendita o l'assegnazione, costringendo così il debitore ad esperire azioni risarcitorie *ex post*, il che mi pare diseconomico non solo per il singolo, ma anche per il sistema. Riterrei pertanto opportuno ammettere la segnalazione della vessatorietà da parte del g.e. anche in sede di distribuzione del ricavato. Del resto, nell'esecuzione per espropriazione l'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.* è sì inammissibile dopo che sia disposta la vendita o l'assegnazione, ma viene fatta salva la successiva esperibilità dell'azione qualora fondata su fatti sopravvenuti oppure quando l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa a lui non imputabile (e che nel caso di specie sia da ritenersi integrata un'ipotesi di forza maggiore la Cassazione è convinta, come emerge dall'interpretazione estremamente lata data all'art. 650 c.p.c.).

- sent. *Oceano Grupo Editorial* del 27 giugno 2000, cause riunite c-240/98 e c-244/98: il sistema di tutela di cui alla dir. 93/13 «si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista, per quanto riguarda sia il potere nelle trattative, sia il grado di informazione, possa essere riequilibrata solo grazie ad un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale»;

- sent. *Eva Martin Martin* del 17 dicembre 2009, causa c-227/08: quando si tratta di procedimenti a cognizione piena l'obbligo del giudice riguarda la mera rilevazione, cui farà seguito la dichiarazione di nullità quante volte il consumatore, avuta contezza delle clausole abusive, abbia dichiarato di volersi avvalere della protezione offerta dalla Dir. 93/13;

- sent. *Banco Primus* del 26 gennaio 2017, causa c-421/14: non è contraria alla dir. 93/13 la normativa nazionale che vieta al giudice di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto qualora sia stato già statuito sulla legittimità di tutte le clausole con una decisione avente forza di giudicato; quindi, in presenza di una o più clausole contrattuali la cui abusività non sia stata ancora esaminata, il giudice nazionale in sede di opposizione incidentale all'esecuzione è tenuto a valutare la vessatorietà;

- sent. *Lintner* dell'11 marzo 2020, causa c-511/17: il giudice è tenuto a verificare d'ufficio la presenza di eventuali clausole abusive anche quando entrambi i contendenti siano assistiti in giudizio dal proprio rappresentante tecnico;

- sent. *Iberçãia Banco* del 17 maggio 2022, causa c-600/19: «il giudice, che agisce d'ufficio o su domanda del consumatore, non può più procedere a un esame del carattere abusivo di clausole contrattuali che condurrebbe all'annullamento degli atti di trasferimento della proprietà e a rimettere in discussione la certezza giuridica di trasferimento della proprietà già effettuato nei confronti di un terzo», tuttavia ciò non impedisce allo stesso debitore/consumatore «di far valere in un successivo procedimento distinto il carattere abusivo delle clausole del contratto [...] per ottenere il risarcimento del danno economico causato dall'applicazione delle clausole di cui trattasi».

Quel che appare davvero cruciale in tutte queste pronunce della CGUE è la necessità di inculcare nel consumatore, quale soggetto debole della contrattazione, la consapevolezza dei propri diritti e delle garanzie offerte dal diritto dell'UE. Nello specifico il principale assillo dei giudici del Lussemburgo è rendere edotto il consumatore, ove divenga parte di un processo, della possibilità di avvalersi delle nullità di protezione previste a suo favore. A tali fini non rileva e non può rilevare in sé la differenza tra

procedimenti a cognizione sommaria e a cognizione piena¹⁶, poiché si deve andare a vedere in concreto – riscontrandolo nella parte motiva del provvedimento di condanna – se la segnalazione o il rilievo ufficioso è stato fatto dal giudice e verificare così se effettivamente il destinatario delle nullità di protezione sia stato posto in grado di manifestare la volontà di avvalersene.

Ora, il nucleo di questo ragionamento, se svolto sino alle sue estreme conseguenze, potrebbe portare ad un cambiamento di alcune delle sequenze di base che caratterizzano anche i giudizi ordinari.

In particolare, nei processi contumaciali si potrebbe giungere alla conclusione che il giudice, di fronte alla mancata costituzione del consumatore, debba indicare alla parte interessata (con un'ordinanza soggetta a comunicazione personale, previa rilettura estensiva dell'art. 292 c.p.c.) la probabile presenza delle clausole vessatorie¹⁷. Ma *quid iuris* a fronte alla sua perdurante *indefensio*? Verrà ritenuto tale ostinato silenzio alla stregua di un rifiuto del contumace notiziato di avvalersi delle nullità di protezione? O il giudice dovrà procedere comunque alla valutazione della vessatorietà? Propenderei per la prima opzione, perché qui effettivamente non vi sono di fatto spese processuali cui il consumatore deve andare incontro e che potrebbero frenarlo dall'invocare la violazione della dir. 93/13/CE (a differenza di quanto accade quando è emanata nei suoi confronti un'ingiunzione, dato l'onere di iscrivere a ruolo l'opposizione monitoria)¹⁸. Tuttavia, occorre osservare che perché il titolo esecutivo non sia attaccabile serve una motivazione sull'abusività della contrattazione, sicché si potrebbe pure arrivare ad affermare che, a fronte della persistente *indefensio* del consumatore, il giudice debba comunque dire se riscontra o meno

¹⁶ CARRATTA, *op. cit.*, 360.

¹⁷ In questi termini RASIA, *op. cit.*, 82, il quale giustamente ricorda come dal Plateau Kirchberg si è, ad es., affermato che «la direttiva n. 93 del 2013 dev'essere interpretata nel senso che un giudice nazionale che si pronuncia in contumacia ed è competente, secondo le norme di procedura nazionali, ad esaminare d'ufficio se la clausola su cui si basa la domanda sia contraria alle norme nazionali di ordine pubblico è tenuto ad esaminare d'ufficio se il contratto contenente tale clausola rientri nell'ambito di applicazione della direttiva medesima e, se del caso, la natura eventualmente abusiva di detta clausola»: CGUE, sent. 17 maggio 2018, causa C-147/16, *Karel de Grote*, punto 37.

¹⁸ Per la rilevanza delle spese processuali quale “scusante” per la passività del consumatore v. sentt. CGUE 14 giugno 2012, *Banco Espanol de credito*, causa c-618/10, punto 54; 10 settembre 2018, *Danko e Dankova*, causa c-448/17, punto 46; 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, causa c-168/05, punto 29 e giurisprudenza ivi citata; nonché sent. 16 novembre 2010, *Pohotovost'*, causa c-76/10, punto 43.

l'inefficacia di una o più delle clausole rilevanti al fine di decidere l'esistenza o l'entità del credito. Va infatti ricordato che nella pronuncia del 4 giugno 2009, relativa al caso *Pannon*, causa c-243/08, la CGUE ha specificato che l'obbligo di esaminare d'ufficio l'abusività scatta non appena il giudice abbia gli elementi utili a compiere codesto scrutinio: ove consideri vessatoria la clausola, non deve applicarla, tranne il caso in cui il consumatore vi si opponga¹⁹. Stando al tenore di tale statuizione, per impedire la valutazione sulla vessatorietà sembrerebbe quindi necessaria una manifestazione di volontà contraria del consumatore. Ergo: in caso di sua contumacia, si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che il giudice sia comunque tenuto a pronunciarsi sulla presenza o meno di clausole abusive. Del resto, nella sentenza *Pénzügyi* del 31 marzo 2022, causa c-472/20, la Corte del Lussemburgo ha affermato che il giudice nazionale deve rimettere il consumatore nella situazione in cui si sarebbe trovato se la clausola giudicata abusiva non fosse mai esistita. Come si vede, allo stato è dato riscontrare qualche ambiguità e/o contraddizione tra le stesse pronunce del Kirchberg, per cui l'attualizzarsi dell'uno o dell'altro scenario dipende un po' dalla piega che il corso del descritto orientamento giurisprudenziale prenderà²⁰.

In generale si dovrà però probabilmente mettere in conto, salve repentine inversioni ad u della Corte di Giustizia, che nei processi ordinari (si sia o meno il consumatore costituito) andranno ammesse, a fronte di "patologici" punti ciechi delle pronunce, attenuazioni all'inveterato principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, nonché alla regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame di cui all'art. 161, comma 1, c.p.c.²¹. Qualora venga omesso completamente il

¹⁹ V. pure sentt. *Asbeek Brusse*, del 30 maggio 2013, causa c-488/11, punto 49; *Banco Español de Crédito*, del 14 giugno 2012, cit., punto 63; *Banif Plus Bank*, del 21 febbraio 2013, causa c-472/11, punto 27.

²⁰ Cfr. RASIA, *op. cit.*, 65, il quale ammonisce: «dalla giurisprudenza europea non emerge che la Corte abbia maturato un'analisi teorica del giudicato, ma piuttosto che si punti ad applicare sul piano pratico il principio c.d. dell'effetto utile del diritto europeo: il che rende alquanto difficile anche prevedere o razionalizzare futuri orientamenti del Kirchberg».

²¹ Cfr. CONSOLO, *op. cit.*, 1059, secondo cui il potere-dovere del giudice di rilevare la vessatorietà sarebbe «sempre liberamente esercitabile nell'ambito di un processo ordinario di cognizione, in cui il giudice è chiamato a giudicare *secuncum alligata e probata partium*, nel contraddittorio paritario. Ed è questa la ragione per cui il mancato rilievo officioso di una nullità di protezione non impedirà la formazione del giudicato sostanziale, se la sentenza non sia impugnata dal consumatore soccombente». In tale senso pure D'ALESSANDRO, *Una proposta*, cit., 544, e BACCAGLINI,

dovuto rilievo ufficioso sulla vessatorietà, *nulla quaestio* se l'*error* viene ovviamente dedotto per la prima volta in sede di impugnazione ordinaria, ma se si forma il giudicato senza alcuna specifica presa di posizione in motivazione, siamo sicuri che prima o poi dal Lussemburgo qualcuno non ci verrà a dire che, essendo stata totalmente omessa la verifica sull'abusività, il consumatore deve essere ammesso a far valere l'inesistenza del credito anche se la pronuncia gode dell'efficacia di accertamento *ex art.* 2909 c.c.?

Di qui l'opportunità di un intervento normativo che, inserendo intanto un nuovo motivo di revocazione straordinaria per il decreto ingiuntivo emesso senza il dovuto controllo sulle clausole abusive, prepari il terreno per una successiva estensione dell'esperibilità del rimedio anche nei riguardi dei giudicati formati in seno a giudizi a cognizione piena. Giusto per non trovarsi nuovamente a dover correre ai ripari dinanzi alla piena gittata degli insegnamenti della CGUE. Il che potrebbe poi preludere ad una revocabilità ancora più estesa – crediamo – delle pronunce che vulnerino norme imperative di derivazione eurounitaria ancorché estranee all'ambito della dir. 93/13 (ad es. in materia di antitrust, di protezione internazionale, di discriminazioni).

La prospettiva non troppo fantascientifica potrebbe essere insomma quella dell'introduzione di una nuova figura di revocazione straordinaria delle decisioni che risultino aver del tutto disatteso l'applicabilità inderogabile delle disposizioni comunitarie imposte a protezione delle parti deboli del rapporto processuale. Ciò auspicabilmente potrebbe andare a braccetto con una rivisitazione della previsione inspiegabilmente asfittica delle ipotesi introdotte all'art. 391-*bis* c.p.c. sulla revocabilità delle sentenze accertate come contrastanti con la CEDU²².

Il decreto ingiuntivo, cit., 953. In effetti, in passato la stessa Corte di Giustizia, nella sent. *Asturcom*, del 6 ottobre 2009, causa c-40/2008, ha enfatizzato la centralità del principio dell'autorità di cosa giudicata, rilevando come il rispetto del principio di effettività non può giungere fino al punto di esigere che un giudice nazionale debba supplire integralmente alla completa passività del consumatore. Al di là delle declamazioni, bisognerà vedere quanto intensamente i giudici del Lussemburgo riterranno di dover garantire effettività alla tutela del consumatore.

²² Su cui leggi, *si vis*, ZUFFI, *CEDU e giudizio di legittimità: il nuovo rimedio revocatorio esperibile ai sensi dell'art. 391-quater c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, 2023, 115 ss.

Non si tratta in fondo di una prospettiva spaurante, ma di una delle manifestazioni del mai sopito dibattito se sia meglio un diritto certo, ma ingiusto o un diritto giusto, ma incerto²³.

Abstract

**UNFAIR TERMS, COURT INTERVENTION AND THE PRINCIPLE
OF RES JUDICATA**

L'A. illustra i principali problemi interpretativi sorti a seguito della pronuncia della CGUE *Banco di Desio*, relativa alla possibilità per il consumatore di far valere la nullità di clausole abusive che non siano state scrutinate dal giudice in sede di emissione di un decreto ingiuntivo, mostrando tendenziale adesione alle soluzioni proposte a parte di essi dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 9479/2023 e sostenendo che l'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia non può comunque essere circoscritto al procedimento monitorio.

The A. illustrates the main interpretative problems that have arisen following the CJEU's Banco di Desio ruling on the possibility for consumers to assert the nullity of unfair terms that have not been scrutinized by the court in the issuance of a summary order (decreto ingiuntivo), approving the solutions proposed by the Court of Cassation in its judgment no. 9479/2023 and arguing that the impact of the CJEU's jurisprudence is not to be confined to the summary injunction proceedings.

²³ Secondo la celebre formula elaborata da Gustav Radbruch, per cui alle leggi estremamente ingiuste può essere negata validità, perché l'estrema ingiustizia non è e non può essere legge.