

IL DECRETO INGIUNTIVO NON OPPOSTO PRIVO DI MOTIVAZIONE EMESSO NEI CONFRONTI DEL CONSUMATORE: ALLA RICERCA DEL RIMEDIO EFFETTIVO.

Giuseppe Fiengo. Magistrato presso il Tribunale di Napoli

1. Premessa. – 2. Le tesi emerse. 3. – Il principio di effettività quale parametro per individuare la sede della dichiarazione di vessatorietà. – 4. Il principio di effettività nella dimensione eurounitaria. – 5. I profili dell'effettività di maggior rilievo ai fini della questione in esame. – 6. Scissione e concentrazione del rilievo e della dichiarazione di vessatorietà alla luce dei richiamati profili dell'effettività. 7. La dimensione costituzionale. 8. La dimensione convenzionale. 9. Lo strumento mediante il quale realizzare la tutela effettiva dei diritti previsti dalla direttiva 93/13/CEE. 10. Conclusioni.

1. Premessa.

La sentenza pronunciata il 17 maggio 2022 dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nei procedimenti riuniti C-693/19 e C-831/19, *SPVProject e Banco di Desio e della Brianza* ha sin qui suscitato sovente stupore, talvolta sgomento, non infrequentemente un diffuso senso di incertezza¹.

Per la verità, le conclusioni alle quali è giunta la Corte di giustizia non risultano sorprendenti: la decisione si presenta, infatti, solo come una delle ultime tappe di un percorso intrapreso dai giudici del Kirchberg da oltre venti anni; percorso che, già in passato, è approdato al superamento, a determinate condizioni, del giudicato².

* Il presente scritto costituisce testo della relazione dal titolo "*Judicial activism, giudicato e tutela del consumatore*" tenuta il 15 novembre 2022 presso l'Università degli Studi di Camerino, aggiornato con i contributi elaborati sino al giorno 11.2.2023 ed integrato con minimi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

¹ Come noto, lo stesso giorno la Grande Sezione della Corte ha pronunciato anche altre tre, importanti decisioni relative al rapporto tra la disciplina processuale nazionale e la direttiva 93/13/CEE (si tratta delle sentenze rese nei procedimenti C-600/19 *Ibercaja Banco*, C-725/19 *Impuls Leasing România* e C-869/19 *Unicaja Banco*). Pur esistendo tra tali decisioni importanti punti di contatto (secondo quanto del resto emerge chiaramente dalle conclusioni presentate dall'AG Tanchev), in questa sede l'attenzione sarà rivolta alla sola sentenza resa nei procedimenti riuniti C-693/19 e C-831/19 che è relativa -in via immediata- allo specifico tema qui in esame. Peraltro, a conferma delle interferenze esistenti tra tali decisioni, è qui appena il caso di osservare come, anche in assenza della sentenza resa nei procedimenti riuniti *SPVProject e Banco di Desio e della Brianza*, l'ordinamento italiano avrebbe comunque dovuto far fronte alla questione della superabilità del giudicato da decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione sulla non abusività della clausola per effetto (almeno) della decisione (dalla portata applicativa peraltro potenzialmente assai più ampia di quella relativa al solo decreto ingiuntivo non opposto) 17 maggio 2022, C-600/19 *Ibercaja Banco* (si vedano, in particolare, i pp. 48 – 52).

² La continuità tra la decisione qui in esame e la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia è sottolineata pure da 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. Una simile continuità ben emerge anche dalle conclusioni presentate nei procedimenti riuniti C-693/19 e C-831/19 dall'AG Tanchev il quale osserva che la contrarietà alla direttiva 93/13/CEE

Se, quindi, la decisione della Corte non è stupefacente, ben più interessante si presenta la fase discendente dei due rinvii pregiudiziali proposti dal Tribunale di Milano.

Le norme processuali vigenti appaiono infatti non in grado di individuare lo strumento mediante il quale far fronte alla mancanza, nel decreto ingiuntivo non opposto, della motivazione in ordine alla non vessatorietà della clausola, sì che l'interprete è chiamato, nella delicata attività di integrazione di ordinamenti³, a percorrere nuove rotte che comportano la rivisitazione di consolidate (e perciò rassicuranti) categorie. Lo sforzo da approfondire nella prospettiva dell'integrazione è intenso e, tuttavia, ineludibile.

Un punto di partenza in grado di orientare l'interprete sembrerebbe rinvenibile nel dato lessicale prescelto dalla Corte tanto nel dispositivo, quanto nella motivazione.

Nel dispositivo la sentenza del 17 maggio 2022 dichiara la mancata compatibilità con gli artt. 6.1 e 7.1 della direttiva 93/13/CEE di una normativa che, in caso di omessa motivazione -nel decreto ingiuntivo non opposto- in ordine alla non vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice dell'esecuzione di "controllare" ("review" nella versione inglese, "contrôler" nella versione francese) l'eventuale carattere abusivo della clausola. Ebbene, se controllare significa "verificare una cosa per accertarne la regolarità e l'esattezza"⁴, parrebbe che il controllo dalla Corte demandato al giudice dell'esecuzione non possa non comprendere (oltre al rilievo) anche la dichiarazione della possibile vessatorietà.

Ancora più esplicita sembra la motivazione della sentenza nella quale si legge (p. 66) che, in caso di mancata motivazione sulla (non) vessatorietà della clausola, "l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone" che il giudice dell'esecuzione (e non "un" giudice) possa "valutare" ("assess" -e non "determine of its own motion" o "raise on its own motion"- nella versione inglese, "apprécier" -e non "relever d'office"- nella versione francese) e non solo rilevare l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto in forza del quale è stato emesso il decreto ingiuntivo non opposto.

La scelta lessicale adottata il 17 maggio 2022 appare inoltre coerente con quelle decisioni nelle quali la Corte di giustizia ha affermato che una tutela effettiva dei diritti attribuiti al consumatore dalla direttiva 93/13/CEE può essere garantita "solo a condizione che" la disciplina processuale nazionale consenta un controllo d'ufficio del potenziale carattere abusivo delle clausole inserite nel contratto "nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento o di quello di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento"⁵.

di una disciplina quale quella italiana relativa al decreto ingiuntivo non opposto è desumibile pure dalla sentenza *Banco Primus* (non a caso citata per ben tre volte nelle conclusioni) con la quale "la Corte ha ritenuto incompatibile con la direttiva 93/13 una normativa nazionale che estendeva gli effetti del giudicato a clausole su cui il giudice nazionale non aveva statuito con una decisione definitiva. La Corte presume quindi che se il giudice nazionale non ha controllato il carattere abusivo delle specifiche clausole contrattuali in questione, sia difficile ritenere pregiudicato il principio dell'autorità di cosa giudicata" (p. 81).

³ La necessità di affrontare il problema posto dalla citata sentenza della Corte di giustizia in una prospettiva di integrazione di ordinamenti è sottolineata pure da 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 *Questione Giustizia*.

⁴ Questa è la definizione del vocabolario online Treccani (<https://www.treccani.it/vocabolario/controllare/>).

⁵ In termini, di recente, Corte di giustizia, 17 maggio 2022, C-725/19, *Impuls Leasing România IFN SA*, p. 49). Si tratta di un principio che la Corte ha affermato in sede di esame tanto delle discipline nazionali relative al procedimento

A fronte delle richiamate indicazioni provenienti dalla Corte non sono mancate posizioni tese ad affermare la titolarità in capo al giudice dell'esecuzione del solo potere-dovere di rilievo della vessatorietà della clausola, spettando invece la dichiarazione della medesima vessatorietà ad un giudice della cognizione diversamente individuato a seconda delle tesi emerse. Simili posizioni trovano fondamento nella necessità di preservare quella autonomia processuale degli Stati membri che, pure, è tradizionalmente riconosciuta dai giudici del Kirchberg⁶.

Chi scrive -è bene precisare sin dalla premessa- ritiene tali soluzioni non agevolmente praticabili in una dimensione eurounitaria. L'esplicita attribuzione al giudice dell'esecuzione di un "controllo" della abusività della clausola non pare, infatti, conseguenza di una poco attenta scelta lessicale, ma espressione di una ben precisa dimensione di quel principio di effettività che costituisce un limite all'autonomia processuale degli Stati membri e che è strumento essenziale per l'individuazione del rimedio del quale si è qui alla ricerca.

Prima di procedere oltre appare tuttavia opportuno richiamare molto brevemente le tesi sin qui emerse.

2. Le tesi emerse.

Allo stato risultano elaborate diversificate soluzioni tese ad individuare il rimedio da adottare a fronte della mancata motivazione, nel decreto ingiuntivo non opposto, in ordine alla non vessatorietà della clausola. Tali soluzioni appaiono riconducibili a due indirizzi che, per comodità, si distingueranno in funzione della sede cui è rimessa la dichiarazione della vessatorietà della clausola. Pacifica, all'indomani della decisione della Corte di giustizia del 17 maggio 2022, la titolarità, in capo al giudice dell'esecuzione, del potere-dovere di rilevare la questione relativa alla possibile vessatorietà della clausola, si è infatti ritenuto sia che la dichiarazione della vessatorietà vada rimessa al giudice della cognizione, sia che (anche) la dichiarazione della vessatorietà spetti al giudice dell'esecuzione.

La scissione tra rilievo e dichiarazione della vessatorietà della clausola è stata prospettata alla luce di distinte ricostruzioni.

Una dottrina attenta al ruolo assegnato dalla Corte di giustizia al giudice nazionale delle controversie individuali coinvolgenti il consumatore ha proposto una lettura estensiva dell'art. 650 c.p.c. tale da consentire (anche attraverso la valorizzazione dell'art. 153, co. 2, c.p.c.) di individuare nell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo lo strumento

monitorio (tra le altre, Corte di giustizia, 13 settembre 2018, C-176/17, *Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Białej*, p. 44), quanto delle discipline nazionali in materia di processo esecutivo (tra le altre, Corte di giustizia, 18 febbraio 2016, C-49/16, *Finanmadrid EFC SA*, p. 46). Il medesimo principio è stato, quanto alla portata, precisato dall'AG Tanchev il quale (si veda il p. 83 delle conclusioni depositate nei procedimenti riuniti CC-693/19 e 831/19), con argomento fatto nella sostanza proprio dalla Corte, ha osservato che non è sufficiente la mera previsione dell'astratta sindacabilità della clausola in sede monitoria o esecutiva, occorrendo, invece, che tale sindacato sia stato pure svolto in concreto.

⁶ L'esistenza di una simile autonomia è ribadita, tra le altre, da tutte le sentenze pronunciate il 17 maggio 2022. Si vedano, in particolare, Corte di giustizia, C-600/19 *Ibercaja Banco*, p. 39, C-693 e C-831/19, *SPVProject e Banco di Desio e della Brianza*, p. 55, C-725/19 *Impuls Leasing România*, p. 43 e C-869/19 *Unicaja Banco*, p. 22.

utilizzabile per far fronte ad una mancata proposizione dell'opposizione che non sarebbe imputabile al consumatore nella misura in cui sia mancata, nel decreto ingiuntivo, quella motivazione sulla non vessatorietà della clausola deputata a colmare l'asimmetria processuale esistente tra professionista e consumatore⁷.

In una differente prospettiva si è osservato invece che, pur facendo la decisione dei procedimenti riuniti C-693/19 e C-831/19 riferimento al giudice dell'esecuzione quale giudice chiamato a controllare l'eventuale carattere abusivo delle clausole contenute nel contratto alla base del decreto ingiuntivo non opposto (privo di motivazione quanto alla non abusività della clausola), il principio di autonomia processuale consentirebbe (fermi i limiti dell'equivalenza e dell'effettività) di articolare i rimedi processuali dell'ordinamento nazionale secondo modalità idonee a preservare quella separazione tra esecuzione e cognizione che, quanto all'Italia, sarebbe espressione di un principio di ordine pubblico processuale⁸. In questa prospettiva, fermo il doveroso rilievo, da parte del giudice dell'esecuzione, della abusività della clausola, la dichiarazione della medesima abusività potrebbe aversi solo all'esito di un ordinario giudizio di cognizione, di un'*actio nullitatis* da proporre avanti al giudice ordinariamente competente per territorio, materia e valore. Tale giudice sarebbe pure competente alla adozione di un provvedimento cautelare di sospensione (esterna) dell'efficacia esecutiva del titolo giudiziale (destinato a produrre effetti sull'esecuzione ai sensi dell'art. 623 c.p.c.); provvedimento cautelare che (in assenza di previsione di legge) non potrebbe essere adottato dal giudice dell'esecuzione il quale potrebbe solo, nell'esercizio del potere teso ad assicurare il sollecito e leale svolgimento dell'espropriazione (art. 484 c.p.c.), sospendere di fatto l'esecuzione mediante differimento della vendita a data successiva alla statuizione cautelare da parte del giudice della cognizione.

Alle tesi che prospettano una scissione tra rilievo e dichiarazione della vessatorietà della clausola si contrappongono le ricostruzioni che predicano la concentrazione in sede esecutiva del rilievo e della dichiarazione.

In questo senso si è ritenuto che il giudice dell'esecuzione possa procedere alla dichiarazione di vessatorietà con un provvedimento avente efficacia endoesecutiva, suscettibile tuttavia di stabilizzazione mediante opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. secondo uno schema già noto all'ordinamento interno⁹.

⁷ CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in Giur. it., 2022, 10, 2117 ss.; CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in NLCC, 2020, 5, 1265 ss. Nel senso della praticabilità dell'art. 650 c.p.c. v. pure CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in Giur. it., 2022, 2, 487.

⁸ Così le conclusioni depositate dalla Procura generale della Corte di cassazione il 6 luglio 2022, causa n. 1, r. g. n. 24533/2021

⁹ D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto*, cit. secondo la quale "La decisione del giudice dell'esecuzione, da rendersi con ordinanza, potrebbe essere censurata dalla parte interessata, in caso di vizi di regolarità formale, ai sensi dell'art. 617 c.p.c. In tal caso, su impulso di parte, si aprirà un giudizio dichiarativo, avanti ad un giudice diverso da quello

Nella prospettiva della concentrazione si muovono anche quelle posizioni che individuano il rimedio alla delicata questione qui in esame nell'opposizione all'esecuzione. Per effetto di una conformazione del decreto ingiuntivo non opposto e privo di motivazione quale titolo "misto" (in parte giudiziale e -quanto al profilo inciso dalla clausola vessatoria non espressamente esaminata- in parte stragiudiziale)¹⁰ si è ritenuto (in modo del tutto innovativo) che l'esecutato-consumatore possa, mediante l'opposizione all'esecuzione, veicolare l'esistenza di un fatto impeditivo non coperto da giudicato ed ottenere una sentenza destinata (con efficacia di giudicato esterno) a dichiarare l'inesistenza (*in toto o in parte*) del diritto di procedere ad esecuzione¹¹ o, secondo una ricostruzione parzialmente differente, a dichiarare l'esistenza e l'entità del credito¹².

3. Il principio di effettività quale parametro per individuare la sede della dichiarazione di vessatorietà.

Le diversificate soluzioni sin qui emerse appaiono convergere su un aspetto: i vigenti istituti processualcivilistici non sono in grado di individuare un rimedio idoneo a far fronte alla omessa motivazione, nel decreto ingiuntivo non opposto, della mancata vessatorietà della clausola senza incorrere in significative aporie. In verità, la soluzione al problema non può essere offerta guardando al solo diritto interno¹³, ma richiede l'impiego di strumenti idonei ad assicurare la necessaria integrazione tra ordinamenti (quello eurounitario e quello nazionale), nella consapevolezza che il risultato di una simile integrazione può portare (come inevitabilmente porta, quanto al caso concreto - a prescindere dalla specifica soluzione accolta) anche alla rimeditazione di sistemazioni consolidate.

Con riferimento al caso qui in esame il necessario percorso verso l'integrazione non può non passare per la valorizzazione del principio di effettività. Non v'è dubbio che tale principio non sia, in astratto, idoneo a prospettare una soluzione rimediale necessariamente univoca. Quello di effettività è, infatti, un principio multiforme; un principio che: i) può assumere contorni non necessariamente sovrapponibili a seconda del livello nel quale l'interprete (sempre più chiamato ormai ad operare in un sistema

dell'esecuzione, in cui sarà possibile dar luogo all'accertamento con efficacia di giudicato della presenza (ovvero della assenza) di eventuali clausole abusive". Esclude, invece, la possibilità che la decisione resa all'esito della fase di merito dell'opposizione agli atti esecutivi, possa avere efficacia di giudicato esterno con riferimento alla vessatorietà della clausola, SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit.

¹⁰ CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Judicium*. In termini, SOLDI – CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Judicium*..

¹¹ SOLDI – CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., ove si osserva pure che l'opposizione all'esecuzione ammette la domanda riconvenzionale (che potrebbe essere funzionale alla "ricostituzione" di un titolo).

¹² SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit.

¹³ Per tale motivo si prescinde, in questa sede, dall'esame delle criticità sussistenti (in una prospettiva eminentemente interna) con riferimento alle tesi sopra richiamate. In proposito si rinvia a SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit., SOLDI – CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit., CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione*, cit. e D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto*, cit.

multilivello di tutela dei diritti) si muova; ii) può assumere una diversa consistenza anche nel singolo livello considerato a seconda dello specifico settore nel quale lo si esamini; iii) è suscettibile di una differenziata graduazione anche nell'ambito del medesimo livello e dello stesso settore considerato.

Posta tale premessa, di seguito si tenterà di esaminare, sia pur in modo estremamente sintetico, la dimensione che il principio di effettività della tutela dei diritti derivanti dalla direttiva 93/13/CEE ha sin qui assunto nella giurisprudenza della Corte di giustizia e si proverà a verificare se tale principio è in grado di orientare l'interprete verso la scissione ovvero la concentrazione del rilievo e della dichiarazione della abusività della clausola. Successivamente si tenterà di valutare se la dimensione eurounitaria dell'effettività dei diritti derivanti dalla citata direttiva sia compatibile con la dimensione costituzionale e convenzionale dell'effettività e, infine, si proverà ad individuare il rimedio da adottare a fronte della mancata motivazione del decreto ingiuntivo non opposto.

4. Il principio di effettività nella dimensione eurounitaria.

Il principio di effettività, che trova fondamento nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, è stato, a partire dalla sentenza *Rewe*¹⁴, impiegato dalla Corte di giustizia per precisare la portata del principio di autonomia processuale¹⁵. In particolare, secondo la Corte, risulta preclusa agli Stati membri, in nome della pur esistente autonomia processuale, l'adozione di modalità procedurali di garanzia dei diritti di origine sovranazionale tali da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei medesimi diritti¹⁶.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia ogni caso in cui si pone la questione se una disposizione processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione deve essere esaminato *“tenendo conto del ruolo di detta disposizione nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali”*¹⁷. La stessa Corte ha pure precisato che *“Tuttavia, le caratteristiche specifiche dei procedimenti giurisdizionali non possono costituire un elemento atto a pregiudicare la tutela giuridica di cui devono godere i consumatori in forza delle*

¹⁴ Corte di giustizia, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG*.

¹⁵ Per una bibliografia minima in ordine al principio di autonomia processuale sia consentito il rinvio a FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2022, 2, 526 ss.

¹⁶ ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, 72 osserva che il principio di effettività è teso ad assicurare che lo standard di tutela offerto dall'ordinamento nazionale sia conforme allo standard minimo di tutela che, in modo uniforme, deve essere garantito a livello europeo.

¹⁷ Corte di giustizia, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA*, P. 49, conformi, tra le tantissime, Corte di giustizia, 4 giugno 2020, C-495/19, *Kancelaria Medius SA*, P. 34, Corte di giustizia, 30 maggio 2013, C-397/11, *Erika Jörös*, p. 32, Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, p. 39.

*disposizioni della direttiva 93/13*¹⁸ e che il “*giudice nazionale deve interpretare e applicare il complesso delle disposizioni nazionali di cui trattasi quanto più possibile al fine di assicurare l’attuazione effettiva dei diritti garantiti dalle disposizioni del diritto dell’Unione*”¹⁹.

Raffinate ed autorevoli letture della giurisprudenza del Kirchberg²⁰ hanno pure sottolineato come il principio di effettività abbia una connotazione non solo negativa (di limite, cioè, alla autonomia procedurale), ma, anche, positiva (di principio, cioè, che, nella prospettiva della c.d. “*effective judicial protection*”, è deputato alla individuazione di uno strumento adeguato di tutela del diritto di origine eurounitaria). Senza indulgere nell’esame delle differenze pur talvolta esistenti tra tali ricostruzioni, ai fini delle presenti riflessioni appare utile sottolineare come, per un verso, la dimensione negativa e quella positiva dell’effettività sovente si fondano con una intensità tale da risultare non più facilmente distinguibili²¹ e come, per altro verso, proprio la tutela individuale del consumatore sia stata una delle aree nelle quali la dimensione positiva dell’effettività ha trovato massima affermazione²².

Tale ultima circostanza non stupisce ove si consideri che la direttiva 93/13/CEE costituisce un “*provvedimento indispensabile per l’adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per l’innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno*”²³ e che la garanzia di un elevato livello di protezione dei consumatori è prevista anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 38). La rilevanza degli obiettivi perseguiti, unita alla debolezza (anche processuale) del consumatore (debolezza derivante dalla possibile lontananza del consumatore dal giudice competente e/o dalle spese da sostenere per il giudizio, a maggior ragione considerato il frequente, basso valore dello stesso e/o dalla mancata disponibilità di informazioni adeguate e/o, dal contenuto succinto della domanda d’ingiunzione introdotta dai professionisti e, quindi, dall’incompletezza delle informazioni

¹⁸ Corte di giustizia, 21 aprile 2016, C-377/14, *Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerová*, p. 50; conf., tra le altre, Corte di giustizia, 17 maggio 2022, C-725/19, *Impuls Leasing România IFN SA*, p. 45, Corte di giustizia, 4 giugno 2020, C-495/19, *Kancelaria Medius SA*, p. 34 e Corte di giustizia, 10 settembre 2014, C-34/13, *Monika Kušionová*, p. 53.

¹⁹ Corte di giustizia, 30 maggio 2013, C-397/11, *Erika Jörös*, p. 32; conforme, tra le tante, Corte di giustizia, 4 giugno 2020, C-495/19, *Kancelaria Medius SA*, p. 47.

²⁰ In proposito si rinvia, per indicazioni bibliografiche a BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts’ Own Motion*, Cambridge, 2018, pp. 31 ss.

²¹ Tra le altre, v. Corte di giustizia, 18 marzo 2010, C-317/08-C-320/08, *Rosalba Alassini*.

²² Si veda, *ex plurimis*, Corte di giustizia, 7 giugno 2007, C-222/05-C-225/05, *J. van der Weerd*, in particolare, p. 40.

²³ Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro*, p. 37; conformi, tra le altre, Corte giust. 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, p. 51 e Corte giust. 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt.*, p. 26.

disponibili)²⁴, è alla base della configurazione, da parte della Corte del Kirchberg, di un modello di giudice chiamato, “*non appena*”²⁵ disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, ad esaminare d’ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale rientrante nell’ambito di applicazione della direttiva 93/13; un modello di giudice non inquisitore, non parziale, non autoritario e non paternalista²⁶, chiamato, in definitiva, a colmare l’asimmetria processuale esistente tra le parti così da realizzare tanto un contrasto a fenomeni di (altrimenti ineludibile) darwinismo giudiziario (art. 6 della direttiva 93/13/CEE), quanto un contrasto molecolare ai piccoli fallimenti del mercato (art. 7 della direttiva da ultimo citata). Un simile giudice (artefice dell’*effective judicial protection*) è tenuto (e la questione assume rilievo anche ai fini che qui interessano in via più immediata) a svolgere pure una funzione di informazione che consenta al consumatore di valutare in modo consapevole se avvalersi o meno della tutela accordatagli dalla più volte citata direttiva²⁷.

5. I profili dell’effettività di maggior rilievo ai fini della questione in esame.

Si è precedentemente rilevato che il principio di effettività opera (anche) quale limite all’autonomia processuale degli Stati membri e presenta una portata variabile in funzione (pure) dello specifico settore cui si abbia riguardo.

Al fine di valutare la compatibilità con il diritto eurounitario delle tesi cui s’è fatto sopra riferimento appare allora necessario esaminare i profili dell’effettività che la giurisprudenza del Kirchberg ha maggiormente valorizzato nella materia della tutela individuale del consumatore.

Ribadito che le dimensioni negativa e positiva dell’effettività sono sovente tra loro indissolubilmente avvinte (sì che solo per comodità ad esse si farà riferimento in modo separato), ai fini che qui rilevano, nella prospettiva negativa, vengono in particolare rilievo i seguenti tre profili.

In primis, la Corte di giustizia ha affermato la necessità (per il caso -è bene sottolineare- in cui la valutazione della vessatorietà della clausola non sia rimessa in via diretta al giudice dell’esecuzione) dell’esistenza di un meccanismo processuale idoneo ad

²⁴ Sul punto, tra le altre, v. Corte di giustizia, 18 febbraio 2016, C-49/14, *Finanmadrid EFC SA*, Corte di giustizia, 14 giugno 2012, C-618/19, *Banco Español de Crédito SA*, Corte di giustizia, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt.*, Corte di giustizia, 27 giugno 2000, C-240/98, C- 244/98, *Océano Grupo Editorial SA*.

²⁵ Corte di giustizia, 4 giugno 2020, C-495/19, *Kancelaria medius SA*, p. 37, Corte di giustizia, 11 marzo 2020, C-511/17, *Györgyné Lintner*, p. 26. L’inciso è opportunamente richiamato pure dalla recentissima sentenza T. Milano, 17 gennaio 2023, n. 298 reperibile al seguente indirizzo web: <https://www.lanuovaproceduracivile.com/decreto-ingiuntivo-non-opposto-e-giudicato-implicito-milano-applica-il-dictum-della-corte-di-giustizia-unione-europea/>

²⁶ Beka, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts’Own Motion*, Cambridge, 2018, 190.

²⁷ Esplicita sul punto, da ultimo, Corte di giustizia, 17 maggio 2022, C-600/19, *Ibercaja Banco SA*, pp. 48-52.

assicurare la sospensione del procedimento esecutivo. In proposito, con riferimento a titoli stragiudiziali, la Corte ha ritenuto non in contrasto con la direttiva 93/13 tanto discipline nazionali che attribuiscono al giudice dell'esecuzione il potere di sospendere la procedura così da preservare la piena efficacia della decisione sulla vessatorietà della clausola rimessa al giudice del merito²⁸, quanto discipline nazionali che rimettono il potere di sospensione al giudice del merito²⁹.

Ancora, la Corte ha in più occasioni ribadito che il principio della tutela giurisdizionale effettiva opera “*sia sul piano della designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni fondate sul diritto dell'Unione, sia per quanto riguarda la definizione delle modalità procedurali relative a siffatte azioni*”³⁰; modalità procedurali che devono esser tali da non far sorgere il rischio non trascurabile che il consumatore interessato non si avvalga degli strumenti di tutela pur in astratto disponibili³¹. Un simile rischio è stato dalla Corte ravvisato con riferimento tanto alla disciplina slovacca che prevede un termine di quindici giorni per proporre una motivata opposizione avverso il decreto ingiuntivo (emesso da un funzionario amministrativo)³², quanto con riferimento alla disciplina polacca che pone a carico del consumatore l'onere di proporre una motivata opposizione a decreto ingiuntivo entro il termine di quattordici giorni dalla notificazione³³.

Infine, la Corte di giustizia ha pure osservato che la tutela del consumatore non è assoluta³⁴, sì che è possibile prevedere norme che impongono al consumatore uno “*sforzo supplementare*” allorquando tali norme siano tese a far fronte ad una situazione eccezionale e perseguano un interesse generale di buona amministrazione della

²⁸ Corte di giustizia, 17 luglio 2014, C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo*; conf., Corte di giustizia, 14 novembre 2013, C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español SA*, p. 60.

²⁹ Tra le altre, Corte di giustizia, 17 maggio 2022, C-725/19, *Impuls Leasing România IFN SA* -che ha tuttavia ritenuto in contrasto con la più volte menzionata direttiva la disciplina rumena nella parte in cui subordina(va) la concessione del provvedimento di sospensione al deposito di una cauzione idonea a scoraggiare l'esercizio del diritto da parte del consumatore- e Corte di giustizia, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*.

³⁰ Corte di giustizia, 31 maggio 2018, C-483/16, *Zsolt Sziber*, p. 49; conforme, tra le tante, Corte di giustizia, 17 luglio 2014, C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo*, *María del Carmen Abril García*, p. 35, Corte di giustizia, 18 marzo 2010, C-317/08-C-320/08, *Rosalba Alassini*, p. 49. Non pare fuori luogo rilevare pure che, in relazione all'applicazione di una disciplina lavoristica, i giudici del Kirchberg hanno, con specifico riferimento alle regole di competenza, anche precisato che l'obbligo di scindere le domande tese a far valere il medesimo diritto davanti a due giudici diversi risulta in contrasto con il principio di effettività ove comporti “*inconvenienti procedurali in termini, segnatamente, di costo, durata e regole di rappresentanza, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti fondati sulla suddetta direttiva*” (Corte di giustizia, 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, p. 51).

³¹ Tra le tante, Corte di giustizia, 13 settembre 2018, C-178/17, *Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Białej*, p. 61.

³² Corte di giustizia, 20 settembre 2018, C-448/17, *EOS KSI Slovensko s.r.o.*, p. 51 – 53.

³³ Corte di giustizia, 28 novembre 2018, C-632/17, *Powszechna Kasa Oszczędności (PKO) Bank Polski S.A. w Warszawie*, p. 46, Corte di giustizia, 13 settembre 2018, C-178/17, *Profi Credit Polska S.A. w Bielsku Białej*, in particolare, pp. 64 – 66,

³⁴ Corte di giustizia, 31 maggio 2018, C-483/16, *Zsolt Sziber*, Corte di giustizia, 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus SA*.

giustizia “*purché esse non vadano oltre quanto necessario per conseguire il loro obiettivo*”³⁵.

6. Scissione e concentrazione del rilievo e della dichiarazione di vessatorietà alla luce dei richiamati profili dell’effettività.

I profili dell’effettività sopra richiamati rendono dubbia, in astratto, la compatibilità con il diritto dell’Unione delle tesi che prospettano una scissione tra rilievo e dichiarazione della vessatorietà della clausola.

Confermando, per comodità, la distinzione tra dimensione negativa e dimensione positiva dell’effettività e partendo dalla prima, la scissione tra rilievo e dichiarazione presenta un profilo di dubbia eurocompatibilità già con riferimento alla tutela cautelare. Infatti, pacifica l’inesistenza di una norma idonea ad assicurare la sospensione dell’esecuzione, la tesi che maggiormente si è preoccupata di preservare la tutela cautelare del consumatore attribuisce al giudice dell’esecuzione un (non poco problematico già in termini di mero diritto interno) potere di sospensione di fatto dell’espropriazione in attesa dell’adozione di un provvedimento conseguibile ai sensi dell’art. 700 c.p.c.; sospensione di fatto che sarebbe espressione del potere teso ad assicurare il sollecito e leale svolgimento del procedimento esecutivo (art. 484 c.p.c.). Ebbene, della eurocompatibilità di una simile sospensione “di fatto” potrebbe dubitarsi sia perché l’assenza di una norma regolante la sospensione rischia di creare soluzioni in concreto assai disparate, sia perché la sospensione conseguibile ai sensi dell’art. 700 c.p.c. rischia di comportare un non insignificante aggravio (anche) in termini di spese per il consumatore³⁶.

La scissione del rilievo e della dichiarazione suscita perplessità anche con riferimento ai profili relativi sia alla competenza territoriale, sia alle regole di assistenza tecnica, sia, infine, ai tempi entro i quali deve essere radicato il giudizio di cognizione.

Con riferimento al profilo della competenza territoriale non può non osservarsi che, secondo quanto ribadito da Corte di giustizia, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, SPV Project 1503 s.r.l. e Banco di Desio e della Brianza s.p.a., “*il rispetto del principio di effettività non può tuttavia supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato*”. Al fine del superamento del giudicato il consumatore deve quindi (almeno) comparire (si veda quanto, in proposito, di seguito si dirà) nel corso della procedura di espropriazione e dichiarare di volersi avvalere della tutela conferitagli dalla disciplina di origine eurounitaria. Un simile onere (per la verità non sussistente a fronte di un controllo esercitato d’ufficio -ed esternato- in sede monitoria)

³⁵ Corte di giustizia, 31 maggio 2018, C-483/16, *Zsolt Sziber*, p. 51.

³⁶ cfr. art. 669septies, co. 2, c.p.c., nonché, tra le tante, Cass., sez. 2, ord. 25 marzo 2022, n. 9785 e Cass., sez. 3, ord. 13 maggio 2021, n. 12898.

è suscettibile di ulteriore aggravamento ove la dichiarazione di vessatorietà debba essere compiuta in un processo diverso da quello di esecuzione.

Si pensi, quanto alla tesi che propone di individuare il rimedio qui ricercato nell'opposizione ex art. 650 c.p.c., al caso in cui il decreto ingiuntivo sia emesso sulla base di una clausola vessatoria ai sensi dell'art. 33, co. 2, lett. t) del codice del consumo da un tribunale diverso da quello di residenza del consumatore ed il titolo esecutivo formato in assenza di opposizione sia portato ad esecuzione innanzi ad altro tribunale pure diverso da quello nel cui circondario sia la residenza del consumatore. Ebbene, in un caso del genere, al fine di conseguire la tutela dei diritti derivanti dalla direttiva 93/13 il consumatore dovrebbe: i) comparire avanti al giudice dell'espropriazione; ii) instaurare, a fronte del rilievo officioso del giudice dell'esecuzione, l'opposizione ai sensi dell'art. 650 c.p.c. innanzi ad un giudice (diverso da quello del proprio foro) il quale, dichiarata la clausola vessatoria dovrebbe pure dichiarare l'invalidità del decreto ed assegnare un termine per la riassunzione del giudizio avente ad oggetto l'accertamento del credito già oggetto del ricorso monitorio³⁷; iii) costituirsi nel giudizio riassunto, finalmente, innanzi al giudice del foro del consumatore.

Non v'è dubbio che un simile onere sia meno intenso nella prospettiva dell'*actio nullitatis* (che, proponibile alla luce degli ordinari criteri di competenza, dovrebbe essere conosciuta dal giudice del foro del consumatore) e, tuttavia, pur sempre esistente e non necessariamente insignificante (specie ove si consideri che la Corte di giustizia ha ripetutamente individuato tra le ragioni dell'intervento officioso la possibile distanza del giudice competente dalla residenza del consumatore) ogni volta che l'espropriazione sia instaurata innanzi ad un ufficio giudiziario diverso da quello competente in ordine alla medesima *actio nullitatis*.

Ancora, tanto l'opposizione tardiva quanto l'*actio nullitatis* sono strumenti che richiedono l'assistenza di un difensore (con quanto ne consegue sotto il profilo delle spese); assistenza invece non necessaria (secondo quanto si dirà) per il caso di dichiarazione rimessa al giudice dell'esecuzione.

Quanto, infine, ai tempi per l'instaurazione del giudizio di cognizione, le maggiori perplessità sorgono con riferimento all'opposizione da proporre ai sensi dell'art. 650 c.p.c.³⁸. La necessità di assicurare una tutela effettiva dei diritti derivanti dalla direttiva 93/13/CEE comporta infatti, inevitabilmente, una sostanziale disapplicazione del terzo comma di tale articolo³⁹, rimanendo tuttavia incerta l'individuazione del termine entro il quale la (rinnovata) opposizione tardiva andrebbe proposta. La lettera della disposizione attualmente in vigore potrebbe indurre a confermare il termine di dieci

³⁷ Tra le tantissime, Cass., sez. 6-1, ord. 14 gennaio 2022, n. 1121.

³⁸ Quanto all'*actio nullitatis* non può non rilevarsi, invece (ma la questione qualche problema pure lo pone), che non è previsto un termine per l'instaurazione di tale giudizio.

³⁹ Il rilievo officioso, infatti, non potrebbe certo essere esercitato entro dieci giorni dalla notificazione del pignoramento.

giorni (decorrente, per il caso in esame, dal rilievo officioso). Sarebbe questa, tuttavia, una tentazione assai insidiosa perché, come osservato, la Corte di giustizia ha già ritenuto in contrasto con il principio di effettività discipline che prevedevano un termine per la proposizione dell'opposizione superiore a quello dell'art. 650, co. 3, c.p.c.⁴⁰ e perché, in un caso del genere, la dimensione dell'effettività andrebbe rapportata ad un parametro oggettivo (il termine per la proposizione dell'opposizione, appunto) la cui esigua entità difficilmente potrebbe peraltro trovare giustificazione in esigenze di buona amministrazione della giustizia⁴¹.

Da ultimo, gli “sforzi supplementari” imposti al consumatore dai fautori delle tesi qui in esame non sembrano trovare giustificazione in proporzionali esigenze di buona amministrazione della giustizia⁴² e, in particolare, nella necessità di preservare la separazione tra esecuzione e cognizione.

Tale separazione, nella prospettiva dell'*actio nullitatis*, sarebbe espressione di un principio di ordine pubblico processuale. Senza evocare l'ordine pubblico la Suprema Corte ha, invece, quanto ai titoli giudiziali definitivi, sin qui ritenuto di poter “ricavare” la necessaria separazione tra esecuzione e cognizione dall'applicazione del principio della preclusione da giudicato e dalla continuità funzionale del processo esecutivo rispetto a quello di cognizione⁴³

Tuttavia, la nozione di ordine pubblico non è, in quanto tale, immutabile e, del resto, non si è mancato di osservare come anche l'ordine pubblico non possa prescindere dal rispetto degli obblighi internazionali e di diritto dell'Unione⁴⁴. Ancora, in dottrina si è sottolineato che la separazione tra processo di cognizione e processo di esecuzione non trova fondamento in principi costituzionali, ma è conseguenza (opportuna e, tuttavia, non necessaria) di differenze strutturali tra i due processi⁴⁵. Tali differenze non hanno peraltro precluso l'attribuzione al giudice dell'esecuzione di poteri di cognizione ed istruttori destinati ad assicurare una più rapida realizzazione del credito mediante l'adozione di provvedimenti pur destinati (almeno in prima battuta) ad avere efficacia

⁴⁰ Si vedano le note 32 e 33.

⁴¹ Meglio sarebbe, in una prospettiva di effettività declinata in senso eurounitario, ricorrere al termine previsto dall'art. 641 c.p.c. e, tuttavia, una simile scelta renderebbe probabilmente non peregrino il chiedersi se resti davvero qualcosa dell'opposizione tardiva o se non si sia così costruito un rimedio del tutto nuovo (destinato, peraltro, a conservare le criticità ulteriori sopra sottolineate).

⁴² Corte di giustizia, 31 maggio 2018, C-483/16, *Zsolt Sziber*.

⁴³ Tra le altre, Cass., sez. 3 sent. 17 febbraio 2011, n. 3850 (cui si rinvia pure per ulteriori riferimenti giurisprudenziali) secondo la quale il processo esecutivo è “*totalmente funzionale all'attuazione forzata del diritto come consacrato nel titolo esecutivo*” il quale, al tempo stesso, fonda la legittimità dell'esecuzione e ne delimita -in modo insuperabile- l'ambito.

⁴⁴ RUOTOLO, *L'impatto del diritto “europeo” sul giudicato interno: una lettura EU-Oriented di autonomia procedurale e ordine pubblico processuale*, consultabile al seguente indirizzo web: <http://www.sidiblog.org/2022/10/10/limpatto-del-diritto-europeo-sul-giudicato-interno-una-lettura-eu-oriented-di-autonomia-procedurale-e-ordine-pubblico-processuale/>

⁴⁵ FORNACIARI, *Esecuzione forzata e attività valutativa. Introduzione sistematica*. Torino, 2009, 29 ss.

endoesecutiva⁴⁶. Si pensi, ad esempio, agli artt. 512 e 549 c.p.c., nonché, secondo alcune ricostruzioni, alla peculiare non contestazione regolata all'art. 548 c.p.c. o, ancora, all'art. 2929*bis* c.c.

L'attribuzione al giudice dell'esecuzione di compiti (e poteri) ulteriori rispetto a quelli allo stesso tradizionalmente assegnati è del resto diretta conseguenza della sentenza della Corte di giustizia, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 s.r.l. e Banco di Desio e della Brianza s.p.a.* Quale che sia la soluzione prescelta in ordine alla sede deputata alla dichiarazione della vessatorietà della clausola, non è infatti dubitabile che tale sentenza attribuisca al giudice dell'esecuzione il potere-dovere di rilevare la vessatorietà della clausola. Parimenti, non è dubitabile che l'adempimento di un tale dovere non è conseguenza di un'iniziativa estemporanea del giudice dell'esecuzione, ma l'esito di attività istruttorie, di sollecitazione del contraddittorio⁴⁷ e valutative⁴⁸ che, come è facile immaginare, possono presentare anche un grado di complessità non trascurabile. Ferme le norme interne sopra richiamate, non pare allora possa ormai dubitarsi del fatto che, in caso di esecuzione instaurata nei confronti di un consumatore, la distinzione strutturale tradizionalmente riconosciuta nell'ordinamento interno tra cognizione ed esecuzione sia destinata ad esser in buona parte superata già solo per effetto del doveroso rilievo della vessatorietà della clausola rimesso al giudice dell'esecuzione da parte della più volte richiamata sentenza del 17 maggio 2022.

Infine, la peculiare esigenza di assicurare, (anche) tramite l'intervento del giudice, una tutela effettiva del consumatore destinata a realizzare (pure) l'obiettivo dell'art. 6 della direttiva⁴⁹ pare (alla luce della sentenza resa nei procedimenti riuniti C-693/19 e C-831/19) idonea, nel mutato contesto, a superare quel rigido nesso funzionale tra esecuzione e cognizione valorizzato dalla sopra richiamata giurisprudenza di legittimità.

Le considerazioni sin qui svolte inducono a ritenere che il principio di effettività (quale declinato nella dimensione eurounitaria e già nella sola accezione negativa) richieda

⁴⁶ Simili poteri di cognizione ed istruttori accentuano la difficoltà di rinvenire, alla base della distinzione tra cognizione ed esecuzione, un principio di ordine pubblico processuale e confermano invece la tendenza a fare sempre più del giudice dell'esecuzione un giudice che non si limita ad eseguire, ma che conosce al fine di eseguire (sul punto, tra gli altri, CAPPONI, *Il giudice dell'esecuzione e la tutela del debitore*, in RDP, 2015, 6, 1447 ss.

⁴⁷ Non v'è dubbio che, con riferimento ad espropriazioni instaurate nei confronti di un consumatore, la sentenza della Corte di giustizia da ultimo citata sia destinata a modificare sensibilmente pure la portata che il principio del contraddittorio ha tradizionalmente assunto nel processo esecutivo.

⁴⁸ Il rilievo deve infatti ritenersi conseguenza di un ritenuto *fumus* (senza dubbio superabile a fronte degli elementi prospettati dalle parti) quanto alla vessatorietà della clausola, perché in assenza di *fumus* neppure dovrebbe poter esservi rilievo (altra questione afferendo alla necessità che, in assenza di rilievo, il giudice dell'esecuzione espliciti la mancata sussistenza degli elementi di fatto e di diritto necessari a far sorgere il dubbio quanto alla vessatorietà della clausola, ovvero -a fronte dell'eventuale esercizio di poteri istruttori- l'inesistenza del *fumus* quanto alla vessatorietà).

⁴⁹ Articolo 6 che, si ribadisce, è "una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico" (Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, p. 52; conf. Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro*, p. 35).

l'individuazione di un rimedio in grado di rimettere al giudice dell'esecuzione tanto il rilievo, quanto, eventualmente, la dichiarazione della vessatorietà della clausola non espressamente scrutinata in sede monitoria.

Una simile concentrazione, infatti: i) consente di superare i problemi derivanti dalla segnalata necessità (in caso di scissione) di una tutela cautelare⁵⁰; ii) non espone il consumatore al rischio di onerose iniziative da intraprendere, con la necessaria assistenza di un difensore⁵¹ (e, quindi, con un significativo aggravio economico), innanzi a giudici potenzialmente distanti sotto il profilo territoriale e, a seconda dell'opzione prescelta, magari pure nel rispetto di angusti termini difficilmente compatibili con la giurisprudenza del Kirchberg; iii) non risulta preclusa da un principio di ordine pubblico processuale e si presenta, anzi, come svolgimento ulteriore di un'attività istruttoria e valutativa che il giudice dell'esecuzione è già, all'indomani del 17 maggio 2022, tenuto a compiere al fine del rilievo officioso della vessatorietà della clausola.

Nel senso della concentrazione in sede esecutiva del rilievo e della dichiarazione della vessatorietà della clausola depone pure la dimensione positiva dell'effettività.

La dichiarazione della vessatorietà da parte del giudice dell'esecuzione risulta infatti il rimedio meglio in grado (a fronte della mancanza, nel decreto ingiuntivo non opposto, di motivazione in ordine alla non abusività della clausola) di assicurare una piena esplicazione di quella funzione riequilibratrice dell'asimmetria esistente tra professionista/imprenditore e consumatore che, come detto, la Corte vuole sia esercitata in modo "immediato" dal giudice nazionale⁵². A fronte di un omesso (esplicito) sindacato in sede monitoria, la dichiarazione della vessatorietà resa dal giudice dell'esecuzione pare infatti non solo in grado di superare le criticità rilevate esaminando la dimensione negativa dell'effettività, ma pure il rimedio meglio in grado di recuperare, in via immediata e per effetto dell'iniziativa del giudice, l'omissione integrata in sede monitoria (in una sede nella quale, come noto, alla dichiarazione di vessatorietà si sarebbe dovuti pervenire senza alcun coinvolgimento del consumatore).

⁵⁰ Cfr. Corte di giustizia, 17 luglio 2014, C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo* e Corte di giustizia, 14 novembre 2013, C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español SA*.

⁵¹ Il giudice dell'esecuzione è infatti chiamato semplicemente a ricevere la dichiarazione del consumatore di volersi avvalere della tutela accordatagli dalla disciplina di recepimento della direttiva, non sussistendo del resto dubbi quanto alla possibilità, per l'esecutato, di compiere talune attività pur senza l'assistenza di un legale (si pensi, ad esempio, all'ammissione della conversione del pignoramento, a quanto previsto dall'art. 499, co. 6, c.p.c. o al deposito di una decisione di riforma del titolo giudiziale in forza del quale è stata intrapresa l'espropriazione si da consentire al giudice di adottare le conseguenti statuizioni).

⁵² Non a caso, stando alla giurisprudenza sovranazionale citata già in premessa, la tutela effettiva dei diritti attribuiti al consumatore dalla direttiva 93/13/CEE può essere garantita "solo a condizione che" la disciplina processuale nazionale consenta un controllo d'ufficio del potenziale carattere abusivo delle clausole inserite nel contratto "nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento o di quello di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento".

Né, in senso contrario, pare valorizzabile la sentenza della Corte di giustizia 17 maggio 2022, C-725/19, *Impuls Leasing România* da attenta dottrina indicata come possibile fondamento della tesi dell'*actio nullitatis*⁵³.

Tale sentenza (che, relativa ad un titolo stragiudiziale, ha, con riferimento ad una ingiunzione di pagamento, pur sempre ribadito la necessità di un controllo della vessatorietà rimesso al giudice dell'ingiunzione o dell'esecuzione -p. 49), infatti, prevalentemente incentrata sulla dimensione negativa dell'effettività, è stata resa con riferimento ad un titolo di natura diversa (stragiudiziale) da quella del titolo che viene qui in considerazione. La differenza non appare di poco conto solo che si consideri come, ad esempio, con riferimento ai titoli stragiudiziali non dovrebbe ritenersi richiesta, al fine della dichiarazione della vessatorietà della clausola, la partecipazione del consumatore all'esecuzione⁵⁴; partecipazione invece necessaria (in caso di esecuzione fondata su decreto ingiuntivo non opposto) al fine di porre termine a quella completa passività che preclude il superamento del giudicato (sì che, con riferimento ai titoli stragiudiziali, non sussiste il rischio -insito nelle tesi che predicano la scissione- della necessità, per il consumatore, di intraprendere plurime iniziative al fine di veder tutelati i propri diritti). Ancora, per i titoli stragiudiziali non è dato ravvisare quella omissione del controllo destinato -in prima battuta- ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva che si ravvisa, invece, nel caso di decreto ingiuntivo non opposto.

7. La dimensione costituzionale.

La concentrazione in sede esecutiva del rilievo e della dichiarazione della vessatorietà della clausola che, per quanto detto, pare essere il portato non solo della lettera della sentenza resa nei procedimenti riuniti C-693/19 e C-831/19, ma, anche, della dimensione eurounitaria dell'effettività, sembra la soluzione preferibile anche alla luce degli artt. 24 e 111 della Costituzione.

In relazione al primo parametro da ultimo richiamato non pare peregrino il riferimento a quella giurisprudenza costituzionale che ha ravvisato, quale limite della pur esistente, ampia discrezionalità del legislatore in ordine alla conformazione degli istituti processuali, la manifesta irragionevolezza delle scelte compiute⁵⁵; irragionevolezza

⁵³ D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto*, cit.

⁵⁴ L'assenza di un giudicato induce infatti a ritenere che, con riferimento a tali titoli esecutivi, il giudice dell'esecuzione possa dichiarare la vessatorietà della clausola anche in assenza di partecipazione del consumatore all'espropriazione, così come, nel processo di cognizione, il giudice può dichiarare la vessatorietà della clausola in caso di contumacia del consumatore. Per un sintetico esame del ruolo riservato al giudice nazionale nei diversi procedimenti che vedono coinvolto il singolo consumatore sia consentito il rinvio a FIENGO, *La completa passività del consumatore quale limite alla superabilità del giudicato da decreto ingiuntivo non opposto*, in LONGO (a cura di), *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea. Riflessioni trasversali e transfrontaliere su titolo esecutivo e giudicato* (Atti del Convegno), Bari, in corso di pubblicazione.

⁵⁵ Tra le tante, Corte costituzionale, sent. 7 maggio 2012, n. 117.

che si manifesta “*ogniquale volta emerge un’ingiustificabile compressione del diritto di agire (sentenza n. 335 del 2004)*”⁵⁶. Proprio la sentenza 44/2016 (nonostante l’evidente differenza della materia esaminata) appare significativa ai fini che qui interessano poiché, nel ritenere (con riferimento all’art. 4, co. 1, d. lgs. n. 546/92 nel testo al tempo in vigore) introdotta una regola di competenza idonea a “*rendere impossibile o estremamente difficile l’esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell’attività processuale*”, ha valorizzato due elementi (la necessità di uno spostamento al fine del conseguimento della tutela giurisdizionale e la frequente, esigua entità del valore della controversia) che, come sopra osservato, sono alla base della tutela effettiva dei diritti derivanti dalla direttiva 93/13/CEE secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia.

In assenza -allo stato- di una previsione legislativa, l’individuazione del rimedio qui ricercato deve ritenersi rimessa all’elaborazione giurisprudenziale; elaborazione che non può, tuttavia, superare i limiti posti al legislatore dall’art. 24 Cost.

Tanto premesso, le tesi che predicano la scissione tra rilievo e dichiarazione della vessatorietà comportano inconvenienti (quelli sopra indicati) che, anche nella prospettiva dell’art. 24 Cost., paiono rendere preferibili le soluzioni collocabili nell’alveo della concentrazione. Né, per quanto osservato, gli oneri così imposti al consumatore sembrano giustificabili alla luce della necessità di preservare una distinzione tra processo di cognizione e processo di esecuzione che, già (sia pur per limitati profili) posta parzialmente in discussione da recenti interventi legislativi, appare ormai (come sopra osservato) destinata ad esser profondamente rivisitata per effetto della sentenza della Corte di giustizia, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 s.r.l. e Banco di Desio e della Brianza s.p.a.*⁵⁷

Nella dimensione costituzionale una rilevanza almeno equivalente a quella assunta dall’art. 24 va, ai fini della risoluzione della questione qui in esame, attribuita al principio di ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2). Principio da tempo ormai valorizzato dalla Suprema Corte quale strumento idoneo a delineare una interpretazione e ricostruzione di istituti e disposizioni di diritto processuale in grado di mettere in risalto quella dimensione dell’efficienza che, come sottolineato pure da autorevole dottrina⁵⁸, presenta indubbi rapporti con l’effettività della tutela giurisdizionale.

Nei limiti di quanto strettamente necessario al fine delle presenti riflessioni è appena il caso di osservare che il principio della ragionevole durata ha quale primario destinatario il giudice, chiamato sia ad impedire comportamenti delle parti idonei ad

⁵⁶ Corte costituzionale, sent. 3 marzo 2016, n. 44.

⁵⁷ Ma, anche, da ulteriori decisioni della medesima Corte (si veda, tra le altre, la più volte citata sentenza del 17 maggio 2022, C-600/19 *Ibercaja Banco*).

⁵⁸ PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, Enc. Dir., Annali X, 2017, 357.

ostacolare una sollecita definizione del processo⁵⁹, sia (ciò che qui maggiormente rileva) a “*non limitarsi alla meccanica e formalistica applicazione di regole processuali astratte*”, ma a “*verificare sempre (e quindi ogni volta) se l'interpretazione adottata sia necessaria ad assicurare nel caso concreto le garanzie fondamentali in funzione delle quali le norme oggetto di interpretazione sono state poste, evitando che, in mancanza di tale necessità, il rispetto di una ermeneutica tralatticia sottratta alla necessaria verifica in rapporto al caso concreto si traduca in un inutile complessivo allungamento dei tempi di giustizia ed in uno spreco di risorse, con correlativa riduzione di effettività della tutela giurisdizionale*”⁶⁰.

Ebbene, anche in questa prospettiva, a maggior ragione considerata la segnalata, rinnovata portata che (per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia) il principio del contraddittorio è destinato ad assumere nell'espropriazione radicata nei confronti del consumatore, la concentrazione in sede esecutiva del rilievo e della dichiarazione della vessatorietà della clausola appare lo strumento meglio in grado di assicurare la ragionevole durata del processo.

Tanto per un duplice motivo.

Per un verso, le tesi che prospettano una scissione tra rilevazione e dichiarazione impongono l'instaurazione di un processo di cognizione (come si dirà, solo eventuale, invece, nella prospettiva della concentrazione) destinato a pervenire ad una dichiarazione di vessatorietà (o mancata vessatorietà) all'esito di un'attività procedimentalizzata assai più rigida e complessa (con le conseguenti ricadute anche in relazione ai tempi di definizione) di quella esercitabile (eventualmente avendo quale modello di riferimento l'art. 549 c.p.c.)⁶¹ in sede di espropriazione.

Per altro verso, la scissione tra rilevazione e dichiarazione comporta pure un (non necessario) allungamento del tempo di definizione del processo esecutivo. Al fine di limitare la durata di tale processo si è proposto (per il caso in cui non venga in rilievo una clausola idonea -ove vessatoria- a caducare integralmente il titolo esecutivo) di disporre la prosecuzione della fase liquidatoria, differendo la valutazione degli effetti dell'accertamento *aliunde* compiuto alla fase distributiva. Tale soluzione non risulta tuttavia praticabile (oltre che nei casi in cui venga in rilievo una clausola idonea a caducare del tutto il titolo esecutivo o in cui il rilievo officioso sia compiuto solo in sede distributiva) in quelle espropriazioni (segnatamente, quelle disciplinate a partire dall'art. 543 c.p.c. -nelle quali, peraltro, il problema in esame è destinato a porsi con maggior frequenza) che sono tendenzialmente prive di una fase liquidatoria. Per tali

⁵⁹ Tra le tante, Cass., S. U., ord. 30 marzo 2021, n. 8774, Cass., S. U., sent. 3 novembre 2008, n. 26373.

⁶⁰ Cass., S. U., sent. 15 giugno 2015, n. 12310.

⁶¹ Nel senso della possibile valorizzazione dell'art. 549 c.p.c. quale modello per i momenti di cognizione svolta dal giudice dell'esecuzione, sia consentito il rinvio a FIENGO, *Prime riflessioni sui poteri istruttori ex officio del giudice dell'esecuzione e tutela del consumatore*, in IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Trento, 2020, 255 ss. (in part., 280).

espropriazioni la rimessione della dichiarazione della vessatorietà (o mancata vessatorietà) della clausola al giudice della cognizione comporterebbe un complessivo arresto del processo con pregiudizio tanto per il creditore (che non potrebbe vedersi assegnate le somme), quanto per il debitore (a carico del quale permarrebbe pur sempre integro il vincolo derivante dal pignoramento), quanto, infine, per la complessiva durata del processo esecutivo.

Di contro, la dichiarazione resa direttamente dal giudice dell'esecuzione, senza violazione degli artt. 24 e 111 Cost., consentirebbe di pervenire ad una definizione assai più rapida dell'espropriazione con evidenti, positivi riflessi in relazione tanto alla tutela del creditore, quanto alla tutela del debitore, quanto, in generale, al più efficiente impiego della giurisdizione che, come noto, è risorsa sempre più limitata.

8. La dimensione convenzionale.

L'inevitabile allungamento (rispetto alla concentrazione) del tempo occorrente per la realizzazione del credito potrebbe prospettare un contrasto delle soluzioni ascrivibili alla scissione anche con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Tanto è a dirsi con riferimento all'art. 1 del Protocollo 1 alla Convenzione (applicabile pure ad un credito risultante da un titolo esecutivo quale quello che viene qui in rilievo)⁶² *in primis* nella prospettiva del creditore. Anche con riferimento ad esecuzioni intraprese nei confronti di privati la Corte di Strasburgo ha infatti affermato che la disposizione da ultimo citata pone a carico degli Stati un obbligo positivo avente ad oggetto l'organizzazione di un sistema di esecuzione delle sentenze definitive che sia effettivo non solo sul piano pratico, ma, anche, sul piano giuridico⁶³. Le difficoltà derivanti dalla proposta scissione (difficilmente valutabili -per quanto detto- come proporzionate in relazione ad esigenze di rilievo pubblicistico) con riferimento alla realizzazione del credito sono tali da suscitare il dubbio che un simile sistema di esecuzione sia effettivo "sul piano giuridico". D'altro canto (ferma la portata innovativa che la sentenza del 17 maggio 2022 è suscettibile di assumere anche nella dimensione convenzionale) pare non implausibile immaginare (in caso di scissione tra rilievo e dichiarazione) una violazione della citata norma del Protocollo 1 anche dal lato del debitore il quale, privato di una doverosa tutela (officiosa) in sede monitoria, si vedrebbe costretto ad intraprendere un percorso giurisdizionale potenzialmente defatigante (con possibile violazione -in concreto- pure del diritto previsto dall'art. 6 della Convenzione) durante il quale i propri beni resterebbero pur sempre assoggettati al vincolo di indisponibilità derivante dal pignoramento.

⁶² Tra le tante, Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, *Burdov c. Russia* n. 59498/00, § 40 e giurisprudenza ivi citata.

⁶³ Tra le tante, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, *Kotov c. Russia*, no. 54522/00, §§ 113-114, Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, *Fuklev c. Ucraina*, no. 71186/01, § 84.

Ancora, premesso che -come noto- anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo tutela l'esecuzione delle decisioni giudiziarie quale parte integrante del diritto ad un tribunale sancito dall'art. 6.1⁶⁴, la scissione tra rilievo e dichiarazione della vessatorietà pare in potenziale contrasto pure con la disposizione da ultimo citata. La Corte di Strasburgo ha infatti affermato sia che un ritardo irragionevolmente lungo nell'esecuzione di una sentenza può integrare violazione della Convenzione⁶⁵, sia che la ragionevolezza del ritardo deve essere valutata tenendo in considerazione la complessità del procedimento di esecuzione, il comportamento del creditore e quello delle autorità competenti, nonché l'importo e la natura della decisione giudiziaria⁶⁶, sia che il diritto all'esecuzione della decisione giudiziaria entro un termine ragionevole non può essere pregiudicato per effetto della complessità della procedura interna, spettando agli Stati contraenti di organizzare i propri ordinamenti giuridici in modo tale che le competenti autorità possano definire i procedimenti giudiziari in un tempo ragionevole⁶⁷.

9. Lo strumento mediante il quale realizzare la tutela effettiva dei diritti previsti dalla direttiva 93/13/CEE.

Le considerazioni che precedono paiono confermare il dato letterale della sentenza pronunciata dalla Grande Sezione nei procedimenti riuniti C-693/19 e C-831/19, *SPVProject e Banco di Desio e della Brianza*: il "controllo" che viene demandato al giudice dell'esecuzione comprende tanto il rilievo, quanto la (eventuale) dichiarazione della vessatorietà della clausola non espressamente esaminata nel decreto ingiuntivo non opposto. Ancora: la concentrazione (non facilmente obliterabile ove si intenda adottare un rimedio rispettoso del diritto eurounitario) appare conforme pure al principio di effettività nella dimensione costituzionale ed in quella convenzionale.

Così individuata la sede della dichiarazione della vessatorietà, resta da rinvenire lo strumento concreto mediante il quale realizzare la tutela effettiva dei diritti previsti dalla direttiva 93/13/CEE.

Entrambi gli strumenti in proposito evocati (controllo diretto da parte del giudice dell'esecuzione da esercitare mediante provvedimento opponibile ex art. 617 c.p.c. ed opposizione ex art. 615 c.p.c.), per come sin qui elaborati, presentano una ridotta duttilità a causa del limitato potere di controllo del titolo tradizionalmente riservato al giudice dell'esecuzione. Secondo la Suprema Corte, infatti, tale giudice è munito del potere-dovere di verificare d'ufficio l'esistenza del titolo esecutivo e la corrispondenza degli importi pretesi dal creditore con quelli dovuti in base al titolo stesso (ben potendo

⁶⁴ Tra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, *Scordino c. Italia*, n. 36813/97, § 196, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, *Hornsby c. Grecia*, n. 18357/91, § 40.

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, *Burdov c. Russia* n. 59498/00, § 35.

⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, *Burdov c. Russia*, no 2, n. 33509/04, § 66.

⁶⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, *Burdov c. Russia*, no 2, n. 33509/04, § 70.

-e dovendo- tale giudice procedere all'assegnazione dei soli importi effettivamente dovuti)⁶⁸, ma non, anche, del potere di controllo intrinseco del titolo. La mancanza di un simile potere (fondata sia sulla preclusione da giudicato -ormai in diretto contrasto, quanto al caso qui in esame, con il diritto eurounitario- sia sulla continuità funzionale del processo esecutivo rispetto a quello di cognizione)⁶⁹ pare tuttavia destinata ad esser superata alla luce della necessità di integrazione dell'ordinamento interno e di quello eurounitario.

In conseguenza della sentenza della Corte di giustizia, in altri termini, si impone una rivisitazione di alcuni principi fondanti il processo esecutivo che, senza dubbio, richiede un intenso sforzo (*in primis* culturale). Tale sforzo appare tuttavia ineludibile ove si consideri che gli stessi giudici del Kirchberg hanno ripetutamente affermato come, nell'interpretare il diritto interno in modo da assicurare la realizzazione del risultato perseguito dalla disciplina eurounitaria, il giudice nazionale, nel rispetto dei metodi di interpretazione riconosciuti dal proprio ordinamento, sia anche tenuto a “*modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva*”⁷⁰.

Ebbene, la necessità di assicurare la tutela effettiva dei diritti derivanti dalla direttiva 93/13/CEE passa -secondo chi scrive- per la valorizzazione di uno spunto offerto da quella giurisprudenza che, abbandonata la rigida identificazione del titolo esecutivo con il documento nel quale è consacrato l'obbligo da eseguire, ha valorizzato la portata dell'accertamento del diritto risultante dal titolo esecutivo giudiziale⁷¹. È vero che un simile orientamento (ampiamente criticato in dottrina -tra l'altro- per la sovrapposizione di accertamento e condanna)⁷² è stato oggetto di precisazioni da parte della successiva giurisprudenza di legittimità⁷³ ed è stato elaborato per consentire la precisazione di un accertamento pur sempre compiuto e non, invece, per compiere un accertamento che è mancato⁷⁴. Tuttavia, quella valorizzazione del rapporto tra titolo esecutivo giudiziale e sottostante accertamento diviene ora (sia pur in una direzione diversa rispetto a quella in funzione della quale è stata elaborata) elemento centrale per apprezzare la metamorfosi del processo esecutivo all'indomani del 17 maggio 2022.

⁶⁸ tra le tante, Cass., sez. 6-3, ord. 22 giugno 2017, n. 15607, cui si rinvia anche per i numerosi precedenti giurisprudenziali citati.

⁶⁹ Tra le tante, v. Cass., sez. 3 sent. 17 febbraio 2011, n. 3850, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁷⁰ Corte di giustizia, 4 giugno 2020, C-495/19, *Kancelaria Medius SA*, p. 50; conforme, con riferimento ad una disciplina diversa da quella qui in esame, Corte di giustizia, 17 aprile 2018, C-414/16, *Vera Egenberger*, pp. 72 e 73).

⁷¹ Cass., S. U., sent. 2 luglio 2012, n. 11066. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit.

⁷² CAVUOTO, *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata. Contributo allo studio dei rapporti tra esecuzione e accertamento*. Napoli, 2017, 244, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici relativi alla citata sentenza delle Sezioni Unite.

⁷³ tra le altre, Cass., sez. 3 sent. 27 aprile 2014, n. 8480, Cass., sez. 3 sent. 31 ottobre 2014, n. 23159 e Cass., sez. 3 sent. 17 gennaio 2013, n. 1027.

⁷⁴ Esplicita, in questo senso, già Cass., S. U., sent. 2 luglio 2012, n. 11066.

Nella dimensione eurounitaria il difetto di motivazione è indice tanto del mancato esercizio della doverosa funzione giudiziale di riequilibrio dell'asimmetria processuale esistente tra le parti, quanto del mancato accertamento in ordine alla possibile vessatorietà della clausola. L'importanza degli obiettivi perseguiti dagli artt. 6 (che, come detto, ha valore equivalente a quello delle norme interne di ordine pubblico) e 7 della direttiva 93/13/CEE comporta tuttavia la possibilità di rinvenire un titolo esecutivo nei confronti del consumatore solo se e nella misura in cui un sindacato sulla vessatorietà della clausola vi sia stato (irrilevante risultando invece la correttezza o meno di tale sindacato). In difetto di un simile accertamento, come è stato osservato⁷⁵, si sarà in presenza di un titolo giudiziale che (nella parte dipendente dalla clausola - potenzialmente- vessatoria) non è titolo esecutivo, perché è suscettibile di esser portato ad esecuzione solo all'esito della valutazione di non vessatorietà compiuta dal giudice dell'esecuzione.

In sostanza, il mancato esercizio, in concreto, della funzione riequilibratrice dell'asimmetria processuale attribuita al giudice (anche) del monitorio comporta (ogni qualvolta vengano in rilievo clausole vessatorie) il superamento della tradizionale, rigida continuità funzionale del processo esecutivo rispetto a quello di cognizione. Emerge così un "*controllo eurounitario del titolo esecutivo*" che, fondato su una dimensione non di separazione assoluta, ma di (eventuale) progressione tra cognizione ed esecuzione, giunge sino al punto di avere ad oggetto l'intrinseco del titolo, così da assicurare la necessaria tutela effettiva dei diritti derivanti dalla direttiva 93/13/CEE.

Un simile controllo eurounitario (espressione dell'integrazione tra ordinamenti) consente, in astratto, di individuare il rimedio del quale si è qui alla ricerca tanto nell'esercizio di un sindacato rimesso in prima battuta al giudice dell'esecuzione e destinato a sfociare in un provvedimento opponibile ai sensi dell'art. 617 c.p.c., quanto nell'opposizione all'esecuzione.

Il primo rimedio, a fronte della comparizione dell'esecutato-consumatore e della dichiarazione, da parte dello stesso, di volersi avvalere della tutela accordatagli dalla citata direttiva, consente al giudice (a seconda della clausola che venga in concreto in rilievo) di dichiarare l'espropriazione improseguibile o di procedere all'assegnazione di somme per importi inferiori rispetto a quelli pur formalmente risultanti dal titolo. In tal senso il giudice provvederà con un atto impugnabile ai sensi dell'art. 617 c.p.c., destinato ad avere efficacia limitata alla singola espropriazione e non suscettibile (anche all'esito della definizione della fase di merito dell'opposizione) di formare giudicato esterno in ordine alla vessatorietà/mancata vessatorietà della clausola⁷⁶.

⁷⁵ SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit.

⁷⁶ In termini SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit. In senso contrario pare D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit. la quale sembra evocare quegli orientamenti (allo stato, per la verità, non accolti dalla giurisprudenza di legittimità) che, lungi dall'assegnare all'opposizione agli atti

Il secondo rimedio consente all'esecutato-consumatore di richiedere la sospensione dell'esecuzione (con piena applicazione dell'art. 624 c.p.c.) ed alle parti di ottenere (a fronte della instaurazione della eventuale fase di merito) una statuizione passibile di formare cosa giudicata in ordine alla vessatorietà/mancata vessatorietà della clausola⁷⁷.

Le modalità mediante le quali tali rimedi sono destinati ad operare e gli effetti delle decisioni che ne costituiscono l'esito sono indice di una non integrale equivalenza di questi strumenti nella prospettiva dell'effettività.

Se, infatti, ciascuno dei rimedi esaminati non pone problemi quanto alla tutela cautelare⁷⁸ e, tendenzialmente, consente di evitare una peregrinazione (da compiere magari pure nel rispetto di rigorosi termini di decadenza) del consumatore innanzi a giudici differentemente dislocati sul territorio, il sindacato diretto da parte del giudice dell'esecuzione consente al consumatore di ottenere la tutela spettantegli senza necessità di sostenere oneri economici, ma, allo stato, non consente di ottenere una statuizione passibile di giudicato in ordine alla vessatorietà/mancata vessatorietà della clausola. Lo strumento dell'opposizione all'esecuzione consente invece la formazione di un giudicato sulla vessatorietà/mancata vessatorietà della clausola, ma, imponendo il ricorso alla difesa tecnica, risulta strumento più oneroso.

Complessivamente tali strumenti sembrano presentare comunque oneri non insostenibili per il consumatore e, pertanto, paiono entrambi annoverabili tra i rimedi idonei ad assicurare una tutela effettiva dei diritti previsti dalla direttiva 93/13/CEE⁷⁹.

Né è necessario compiere una scelta che escluda in astratto la praticabilità di uno di tali rimedi. Così come sino al 17 maggio 2022 è accaduto con riferimento al (solo) contenuto estrinseco, ormai anche per l'intrinseco deve infatti ritenersi che il controllo (eurounitario) del titolo esecutivo possa avvenire secondo quel sistema potenzialmente binario che è già conosciuto dall'ordinamento⁸⁰.

Il carattere binario, a ben vedere, rafforza ulteriormente la dimensione effettiva di un sistema rimediale fondato tanto sul sindacato diretto del giudice dell'esecuzione, quanto sull'opposizione ex art. 615 c.p.c., poiché rimette al consumatore una

esecutivi un oggetto solo processuale, valorizzano l'esistenza di un sempre più labile confine tra opposizioni ex art. 617 c.p.c. ed opposizioni "di merito" che è conseguenza della ormai frequente previsione di spazi cognitivi nell'ambito del processo esecutivo (sul punto, v. CAPPONI, *Il giudice dell'esecuzione*, cit., 1446 ss.).

⁷⁷SOLDI – CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo*, cit.; SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti*, cit.

⁷⁸ La stessa è, infatti, rimessa al giudice dell'esecuzione in caso di opposizione all'esecuzione, mentre l'esercizio diretto del potere di controllo da parte del giudice dell'esecuzione prescinde dalla tutela cautelare, atteso che tale giudice adotta in via immediata un provvedimento idoneo a definire l'attività valutativa in ordine alla clausola vessatoria (ferma la proponibilità di opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c.).

⁷⁹ Si è, in altri termini, in presenza di uno di quei casi (cui si è fatto sopra riferimento al paragrafo 3, sub iii) in cui il principio di effettività è suscettibile di una differenziata graduazione anche nell'ambito del medesimo livello di tutela e dello stesso settore considerato.

⁸⁰ CAPPONI, *Ordinanze decisorie "abnormi" del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, in REF, 2017, 317 ss. rileva che, in passato, un simile controllo binario ha generato oggettive difficoltà.

valutazione dei costi/benefici che è strumentale alla scelta del rimedio del quale avvalersi in concreto.

10. Conclusioni.

Pur costituendo lineare sviluppo di una giurisprudenza consolidata, la sentenza pronunciata dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nei procedimenti riuniti C-693/19 e C-831/19, *SPVProject e Banco di Desio e della Brianza* è una decisione significativa perché destinata ad imporre una rivisitazione (dagli esiti non necessariamente scontati) di categorie elaborate a livello nazionale nel corso di decenni. Una simile rivisitazione deve avvenire nell'ottica non del contrasto, ma della integrazione tra ordinamenti; integrazione che passa per un'attenta ponderazione dei parametri deputati a dare concreta consistenza a quel principio di effettività dal quale, pur nel rispetto dell'autonomia processuale, non è possibile prescindere.

Il percorso che si è tentato di tracciare sulla base della dimensione dell'effettività della tutela dei diritti derivanti dalla direttiva 93/13/CEE quale delineata dalla Corte di giustizia porta, come si è visto, alla individuazione di una soluzione rimediale interna all'esecuzione. In questo senso militano i segnalati profili relativi alla tutela cautelare ed alle modalità procedurali mediante le quali la tutela del consumatore è destinata ad estrinsecarsi nell'ordinamento interno.

Non sfugge che un percorso differente potrebbe esser delineato mediante la valorizzazione di quelle esigenze di buona amministrazione della giustizia (intese in senso lato) che, come detto, anche nella prospettiva della Corte del Kirchberg possono giustificare uno sforzo supplementare del consumatore e che, senza dubbio, valgono ad integrare uno dei parametri più sfuggenti (anche a causa della pluralità di profili che in esso convergono) con i quali occorre misurarsi.

Un simile percorso argomentativo dovrebbe tuttavia confrontarsi: i) con una distinzione rigida tra cognizione ed esecuzione che, priva di un fondamento costituzionale, risulta almeno in parte superata sia dal legislatore (anche se in casi eccezionali), sia, per quanto sopra detto, dalla decisione della Corte di giustizia del 17 maggio 2022 (pur se si voglia intendere tale sentenza come destinata ad assegnare al giudice dell'esecuzione il solo potere di rilievo della vessatorietà della clausola); ii) con la reale rispondenza a complessive esigenze di buona amministrazione della giustizia di un sistema che, inevitabilmente, comporta un allungamento dei tempi sia del processo esecutivo, sia del processo di cognizione, con quanto ne consegue sotto il profilo tanto dell'adeguato impiego della risorsa giustizia, quanto dei tempi di realizzazione del credito; iii) (superati i profili appena indicati) con la possibilità di ritenere le esigenze di buona amministrazione della giustizia (alla base della proposta

scissione tra rilievo e dichiarazione) non eccedenti “*quanto necessario per conseguire il loro obiettivo*”⁸¹.

A breve le Sezioni Unite della Corte di cassazione indicheranno la strada da seguire nella prospettiva dell'integrazione. Il compito cui la Suprema Corte è chiamata è sicuramente complesso e per quanto convincente potrà essere la decisione non è esclusa l'opportunità di un tempestivo intervento del legislatore. Il vigente quadro ordinamentale è, infatti, tanto sprovvisto di strumenti idonei a far fronte alle sfide derivanti dalla sentenza resa nei procedimenti riuniti C-693/19 e C-831/19, *SPVProject e Banco di Desio e della Brianza* da rendere difficile immaginare che tutte le questioni da affrontare possano essere compiutamente risolte solo in via interpretativa⁸².

In attesa dei prossimi interventi, non resta che auspicare che la sentenza promuova il confronto con principi e tecniche interpretative che sino ad oggi hanno lambito il processo civile (e, ancor più, quello esecutivo) in modo probabilmente marginale. L'applicazione di tali principi e tecniche (che deve essere coraggiosa, ma non improvvisata) richiederà tempo, molto impegno ed il confronto tra professionalità diversificate. Non v'è dubbio che il cammino innanzi al quale ci si trova si presenta lungo e periglioso, ma occorre mettersi in marcia e procedere nella consapevolezza che la tutela effettiva (e multilivello) dei diritti costituisce una delle più complesse e, allo stesso tempo, affascinanti sfide dell'attività giurisdizionale all'alba del terzo millennio.

⁸¹ Corte di giustizia, 31 maggio 2018, C-483/16, *Zsolt Sziber*, p. 51.

⁸² Così, a mero titolo esemplificativo, l'intervento del legislatore appare auspicabile al fine di sciogliere taluni dubbi che, nel quadro normativo vigente, possono sorgere quanto al concreto esercizio, da parte del giudice dell'esecuzione, delle doverose attività strumentali al rilievo della possibile vessatorietà della clausola. Sarebbe pertanto opportuna la espressa disciplina (possibilmente ispirata al modello deformalizzato previsto dall'art. 549 c.p.c.) dei poteri istruttori esercitabili nell'ambito delle espropriazioni radicate nei confronti del consumatore e la espressa previsione delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto delle disposizioni impartite dal giudice dell'esecuzione al fine della valutazione della possibile vessatorietà della clausola.