

IL CONTROLLO DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE SULLA VESSATORIETA' DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI

Prime riflessioni sulla sentenza della Corte di Giustizia 29.2.2024, C-724/2022

1.- La sentenza della Corte di Giustizia UE 17 maggio 2022, C-639/19

1.1.- La costruzione teorica del giudicato implicito – e, cioè, l'assunto che la decisione giudiziaria non impugnata nei termini decadenziali previsti dal codice di rito faccia stato tra le parti non soltanto rispetto al diritto espressamente oggetto della pronuncia, ma anche rispetto all'esistenza ed alla validità del rapporto giuridico costitutivo del diritto – era già stata scardinata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte di Giustizia UE 17 maggio 2022, C-639/19) per quel che riguarda i rapporti contrattuali tra professionista e consumatore.

1.2.- La premessa della dirompente decisione della Corte di Giustizia è che, per porre rimedio allo squilibrio giuridico che esiste nei rapporti tra professionista e consumatore, il giudice nazionale non si possa sottrarre dall'obbligo di *“esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13”*.

1.3.1.- Ora, le disposizioni del diritto euro-unitario non disciplinano espressamente le modalità in cui tale sindacato deve avvenire perché, *“in linea di principio, il diritto dell'Unione non armonizza le procedure applicabili all'esame del carattere asseritamente abusivo di una clausola contrattuale ... tali procedure rientrano dunque nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi”* Tuttavia, dai principi di equivalenza e di effettività della tutela, discende che le procedure previste per l'esame d'ufficio della presenza nel contratto di clausole vessatorie non debbano essere *“meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza)”* e non essere tali da rendere *“in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione”*.

1.3.2.- Ebbene proprio questi principi (e, in particolare, quello dell'effettività della tutela del consumatore a non essere vincolato da clausole vessatorie) sono stati impiegati dal giudice euro-unitario per verificare la compatibilità delle regole processuali nazionali con il diritto europeo ed imporre, ai giudici nazionali, la disapplicazione delle disposizioni che sono state ritenute contrastanti.

1.4.- Di fatti, è stato affermato che le regole processuali degli stati membri *“non possono pregiudicare la sostanza del diritto spettante ai consumatori”*

... di non essere vincolati da una clausola reputata abusiva" discendente dal combinato disposto degli artt. 6, 1 e 7,1 della direttiva 93/13.

1.5.- Orbene, la sostanza di questo diritto del consumatore è stata ritenuta essere intaccata anche dall'interpretazione che la giurisprudenza italiana dà degli articoli 641, 647 e 650 cod. proc. civ. nella parte in cui il nostro diritto vivente considerava avvenuto e coperto dal giudicato *"un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali ... anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo"*. In questo modo, infatti, *"tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori"* si finisce per *"privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali."*

1.6.- Pertanto, in presenza di un decreto ingiuntivo che non contiene alcun punto di motivazione sulla natura non vessatoria delle clausole contrattuali che hanno inciso sull'esistenza e sull'ammontare del credito, *"l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione."*

1.7.- In estrema sintesi l'esigenza di un sindacato giurisdizionale effettivo di carattere officioso sulla non nullità delle clausole vessatorie del contratto (effettività che si traduce in un controllo esplicito e motivato delle clausole che vengono in rilievo ai fini della pronuncia del provvedimento di condanna) prevale sul principio dell'intangibilità del giudicato implicito sull'antecedente logico della decisione di condanna (e, cioè, sulla non nullità del contratto o delle clausole contrattuali in forza delle quali il creditore ha ottenuto la pronuncia del provvedimento di condanna). Ne consegue che, ove il sindacato giurisdizionale non sia stato effettuato in misura esplicita e motivata in sede di procedimento di cognizione, dovrà essere effettuato in sede di esecuzione forzata di quella decisione da parte di un altro giudice.

2.- La sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479

2.1.- Sulla questione pregiudiziale così risolta dal giudice euro-comunitario è intervenuto il giudice di legittimità che, con una pronuncia indubbiamente complessa e da molti autori commentata come un nuovo caso di nomopoiesi, ha individuato le forme con cui il giudice dell'esecuzione deve procedere al sindacato sulla vessatorietà delle clausole contrattuali in presenza di un decreto ingiuntivo non opposto che non contenga: -) alcun punto della motivazione sulla questione del carattere non abusivo delle clausole; -) l'avvertimento (richiesto dalla sentenza gemella della Corte di Giustizia 17 maggio 2022, C-600/19) che, in difetto di opposizione nel termine decadenziale di

cui all'art. 641 cod. proc. civ., il consumatore decadrà dalla facoltà di rimettere in discussione il giudizio di non nullità delle clausole vessatorie presenti nel contratto.

2.2.- La Corte di Cassazione, in particolare, ha individuato sia le modalità con cui il giudice dell'esecuzione deve procedere ad esaminare d'ufficio la natura non vessatoria delle clausole negoziali sia i rimedi a disposizione del debitore per farne accertare la natura vessatoria ed eliminare dal mondo giuridico, in tutto od in parte, il decreto ingiuntivo non rispettoso del principio di effettività della tutela del consumatore come declinato dal giudice euro-unitario.

2.3.- Non può essere ovviamente questa la sede per entrare nel merito della citata pronuncia. È sufficiente osservare, per quel che ci interessa ai fini di questa trattazione, come il giudice dell'esecuzione, ove non sia possibile procedere ad un sindacato sulla natura abusiva delle contrattuali sulla base degli elementi già in atti, dovrà procedere *“ad una sommaria istruttoria, rispetto alla quale si presenterà, sovente, la necessità di acquisire anzitutto il contratto fonte del credito ingiunto.”*

2.4.- *“In particolare, ove non sia adito prima dalle parti, il G.E. potrà dare atto, nel provvedimento di fissazione, rispettivamente, dell'udienza ex art. 530 c.p.c. (nel caso di vendita o assegnazione dei beni pignorati) o ex art. 543 c.p.c. (nel caso di espropriazione presso terzi), che il decreto ingiuntivo non è motivato e invitare il creditore procedente o intervenuto a produrre, in un certo termine prima dell'udienza, il contratto fonte del credito azionato in via monitoria, così da instaurare, nell'udienza stessa, il contraddittorio delle parti sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto.”*

2.5.- Nella sentenza della Corte di Cassazione, ferma restando la doverosità di un sindacato effettivo rispetto alla natura non vessatoria delle clausole contrattuali da parte del giudice dell'esecuzione ove questo controllo non sia stato fatto espressamente dal giudice che ha pronunciato il provvedimento di condanna, viene, però, mantenuta la distinzione tra sede esecutiva e processo di cognizione. Infatti, il giudice dell'esecuzione non può *sic et simpliciter* disapplicare il decreto ingiuntivo non opposto, perché è onere del debitore impugnare il decreto ingiuntivo per ottenerne la caducazione, sia pure nelle forme di cui all'art. 650 cod. proc. civ. e, cioè, con un'opposizione proposta dopo che il decreto ingiuntivo è diventato esecutivo e definitivo (con un termine che, tuttavia, viene stabilito in 40 giorni in modo da evitare che il consumatore abbia una tutela *minus* valente rispetto a quella ordinariamente prevista dall'ordinamento processuale italiano).

2.6.- La Suprema Corte precisa, infatti, come all'esito del sindacato sulla natura vessatoria o meno delle clausole, *“il G.E., se rileva il possibile carattere abusivo di una clausola contrattuale, ma anche se ritenga che ciò non sussista, ne informa le parti e avvisa il debitore consumatore (ciò che varrà*

come interpello sull'intenzione di avvalersi o meno della nullità di protezione) che entro 40 giorni da tale informazione – che nel caso di esecutato non comparso è da rendersi con comunicazione di cancelleria - può proporre opposizione a decreto ingiuntivo e così far valere (soltanto ed esclusivamente) il carattere abusivo delle clausole contrattuali incidenti sul riconoscimento del credito oggetto di ingiunzione. Prima della maturazione del predetto termine, il G.E. si asterrà dal procedere alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito.”

2.7.- La sentenza della Corte di Cassazione è importante anche perché individua le caratteristiche che deve avere il decreto ingiuntivo pronunciato a fronte di una domanda d'ingiunzione proposta da un professionista nei confronti di un consumatore, al fine di ritenere integrato un sindacato effettivo sulla natura non abusiva delle clausole contrattuali in sede di formazione del titolo esecutivo giudiziale e, quindi, evitare che questo controllo venga fatto, a valle, nel processo deputato all'esecuzione forzata di quel titolo esecutivo giudiziale non impugnato nei termini decadenziali previsti dal codice di rito (e, quindi, coperto dal giudicato formale).

2.8.- Partendo dalla premessa come l'obbligo di motivazione del decreto ingiuntivo sia *“funzionale a dare al consumatore l'informazione circa l'assolvimento, da parte del giudice adito in via monitoria, del controllo officioso sulla presenza di clausole vessatorie a fondamento del contratto fonte del credito azionato dal professionista e che siano rilevanti rispetto all'oggetto della domanda di ingiunzione”*, occorre che *“nel decreto sia individuata, con chiarezza, la clausola del contratto (o le clausole) che abbia(no) incidenza sull'accoglimento, integrale o parziale, della domanda del creditore e che se ne escluda, quindi, il carattere vessatorio.”* Al tal fine, precisa il giudice di legittimità, può essere sufficiente *“un apparato argomentativo estremamente sintetico (ad una sommaria motivazione, come detto, fa riferimento la CGUE), semmai strutturato anche per relationem al ricorso monitorio ove questo si presti allo scopo.”*

3.- La sentenza della Corte di Giustizia UE 29.2.2024, C-724/2022: il caso esaminato dal giudice del rinvio e le norme dell'ordinamento processuale spagnolo

In questo scenario, in cui alcuni istituti processual civilistici del nostro ordinamento stanno conoscendo una profonda evoluzione, è intervenuta la sentenza della Corte di Giustizia che qui si commenta che ha ad oggetto un rinvio pregiudiziale da parte di un giudice dell'esecuzione spagnolo con riferimento, anche in questo caso, ad un procedimento d'ingiunzione di pagamento.

Prima di entrare nel merito della fattispecie e dei principi espressi dal giudice europeo – che, come si anticipa sin d'ora, si pongono in linea di continuità con il formante della giurisprudenza euro-unitaria portando il ragionamento

sino alle sue naturali conseguenze e non paiono collimare con i principi espressi dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite – occorre descrivere la fattispecie da cui ha avuto origine il rinvio pregiudiziale del giudice nazionale alla Corte di Giustizia.

Nell'ambito di un procedimento di ingiunzione, il giudice di cognizione ha effettuato un sindacato esplicito sul carattere abusivo delle clausole di un contratto di finanziamento con un consumatore, invitando le parti (ivi incluso il consumatore) a formulare osservazioni su alcune clausole contrattuali (in particolare quelle relative agli interessi ed alle spese del contratto di finanziamento). Rispetto alla richiesta di chiarimenti avanzata dal giudice, il consumatore non ha mosso rilievi, mentre il creditore ha rinunciato ai capi della domanda d'ingiunzione relativi alle spese ed agli interessi. Il giudice allora ha pronunciato ordinanza, non appellata, nella quale ha rilevato l'assenza di clausole vessatorie rilevanti ai fini della determinazione del credito e il cancelliere ha pronunciato l'ingiunzione di pagamento.

Il provvedimento, quindi, è stato messo in esecuzione dal creditore nei confronti del consumatore.

Il Giudice dell'Esecuzione del titolo esecutivo giudiziale così formatosi, rilevando come la documentazione prodotta dal creditore nel giudizio di cognizione non sia sufficiente ad inferire che la minor somma oggetto della domanda d'ingiunzione sia effettivamente determinata al netto d'interessi e di spese, ovvero sia dell'applicazione di quelle clausole contrattuali sospette di vessatorietà, ha sottoposto due questioni di pregiudizialità euro-unitaria alla Corte di Giustizia.

La prima questione è se l'art. 7 della Direttiva 93/13/CEE osti a che nell'esecuzione di un titolo derivante da un procedimento d'ingiunzione di pagamento, nel cui contesto sia stato effettuato un controllo delle clausole abusive, si esegua un **secondo controllo d'ufficio (o su istanza di parte)** delle clausole abusive **qualora** il giudice dell'esecuzione si convinca che **il controllo svolto in sede di cognizione possa essere stato fallace o incompleto**.

La seconda questione è se l'art. 7 Direttiva 93/13/CEE sia o meno ostativo a che nell'esecuzione di un titolo derivante da un procedimento d'ingiunzione di pagamento, il giudice dell'esecuzione, laddove debba procedere al sindacato sulla natura abusiva o meno delle clausole contrattuali, possa richiedere tutti i documenti contrattuali rilevanti ai fini della determinazione del debito al fine di verificare se il credito sia o meno il precipitato anche dell'applicazione di clausole vessatorie ed esercitare tutti i poteri istruttori atti a tal fine.

4.- L'estensione della motivazione del decreto ingiuntivo nei rapporti B2C

Nel rispondere alla prima questione pregiudiziale sollevata dal giudice *a quo*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha individuato l'estensione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti di condanna pronunciati in base a

contratti conclusi tra professionista e consumatore, affinché sia assicurata l'effettività della tutela del consumatore al sindacato d'ufficio da parte del giudice investito della domanda di condanna sulla natura non abusiva delle clausole contrattuali.

Occorre, secondo la Corte di Giustizia, che la motivazione dell'ingiunzione di pagamento dia conto delle clausole che sono state esaminate ai fini della Direttiva 93/13 e delle ragioni, anche sommariamente esposte, per cui le clausole o le parti di clausole indicate nella parte motiva del provvedimento siano state ritenute non vessatorie.

Laddove la motivazione sia così strutturata e, dunque, laddove vi sia un sindacato esplicito e motivato su tutte le clausole del contratto rilevanti per l'esistenza del credito e per l'ammontare dell'importo e sempre che il consumatore sia avvertito che la mancata impugnazione del provvedimento di condanna comporta decadenza dal diritto di far valere la natura vessatoria delle clausole, può essere escluso dall'ordinamento processuale nazionale un secondo sindacato sulla natura vessatoria delle clausole negoziali nel procedimento di esecuzione del titolo esecutivo. In questo caso, infatti, da un lato è stato garantito un sindacato effettivo sulla natura non abusiva delle clausole contrattuali e, dall'altro lato, il consumatore è stato adeguatamente informato sulle conseguenze derivanti dalla sua inerzia nell'esercitare il diritto di impugnare il provvedimento di condanna emesso nei suoi confronti.

Invece, laddove il sindacato del provvedimento di condanna sia implicito (non menzioni cioè le clausole esaminate) o sia immotivato (non indichi cioè le ragioni per cui il giudice ne esclude il carattere abusivo) oppure qualora il provvedimento di condanna non rechi l'avvertimento al consumatore dell'onere di impugnazione tempestiva per non incorrere nella decadenza del suo diritto di far accertare la nullità delle clausole vessatorie, il principio di effettività della tutela enunciato nell'art. 7 della Direttiva 93/13 impone che in sede di esecuzione forzata della decisione avvenga, da parte del giudice, un controllo effettivo sull'assenza nel contratto di clausole vessatorie ponendo, così, rimedio a quella asimmetria giuridica tra professionista e consumatore e garantendo la sostanza del diritto del consumatore a non essere vincolato dalle clausole vessatorie.

Analogamente, in sede di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento, si impone un sindacato ufficioso se nel procedimento di cognizione è stato trascurato l'esame di una o più clausole negoziali rilevanti ai fini dell'esistenza e della determinazione del credito. In questo caso il controllo avrà ad oggetto precipuamente quelle clausole contrattuali che non sono indicate nella motivazione del provvedimento come oggetto d'esame da parte del giudice.

Tanto premesso, la Corte di Giustizia, nel caso scrutinato dal giudice spagnolo ed oggetto del rinvio pregiudiziale, ha, però, ritenuto che il sindacato fosse stato effettivo ed il consumatore adeguatamente informato rispetto alle

conseguenze della sua inerzia. A tal fine ha ritenuto sufficiente che la valutazione esplicita e motivata della natura non abusiva delle clausole fosse intervenuta nel corso del procedimento d'ingiunzione e che il provvedimento giudiziario che la conteneva fosse stato comunicato al consumatore (con l'avvertimento di quanto sarebbe derivato dall'omessa impugnativa del provvedimento) anche se, nella motivazione del provvedimento conclusivo, non vi era traccia di tale controllo.

Quel che rileva, quindi, ai fini del rispetto del principio di effettività della tutela del consumatore a non essere vincolato a clausole vessatorie, è soltanto che nel corso del procedimento avanti all'autorità giurisdizionale si proceda ad un esame espresso e motivato delle clausole contrattuali e che di tale motivata valutazione, così come delle conseguenze dell'inerzia nell'esercizio dei rimedi giurisdizionali avverso la decisione sfavorevole pronunciata dal giudice, sia informato il consumatore.

L'autonomia degli stati membri nell'individuazione delle regole processuali più idonee al raggiungimento dello scopo lascia, infatti, gli stessi liberi di collocare il controllo sulla natura non vessatoria delle clausole nel momento del procedimento di cognizione ritenuto più adeguato, a condizione che il **controllo venga effettuato da un giudice** e il consumatore sia informato sia degli esiti motivati di tale controllo sia delle conseguenze della sua inerzia nell'esercitare i rimedi giurisdizionali avverso il provvedimento che escluda la presenza di clausole vessatorie.

Se il controllo è rispettoso di questo paradigma, è legittimo che l'ordinamento processuale nazionale – in virtù del principio dell'autorità della cosa giudicata – escluda che possa essere effettuato nuovamente un sindacato giurisdizionale sulla non vessatorietà delle clausole anche se il giudice dell'esecuzione, d'ufficio o su istanza del consumatore, si dovesse convincere che quel controllo era stato erroneo.

5.- I poteri del giudice investito dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento nel sindacato sulle clausole vessatorie.

Laddove, però, nel procedimento di cognizione non via stato un sindacato effettivo sulla natura non vessatoria delle clausole contrattuali, il giudice dell'esecuzione è tenuto a procedere all'esame delle clausole negoziali, non essendo vincolato al giudicato formale formatosi a causa dell'infruttuoso spirare dei termini per l'impugnazione della decisione.

La Corte di Giustizia, rispetto ai poteri del giudice dell'esecuzione, precisa a che l'art. 7, p. 1, della Direttiva 93/13 è ostativo ad una legislazione nazionale che non consenta al giudice dell'esecuzione di esercitare, d'ufficio, quei poteri istruttori necessari accertare gli elementi di fatto rilevanti ai fini di un controllo effettivo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali che risultino rilevanti ai fini della determinazione del credito portato dal titolo esecutivo giudiziale.

Il giudice euro-comunitario sembra, quindi, presupporre che il giudice dell'esecuzione debba esercitare *ex officio* poteri istruttori quali l'ordine di esibizione di documenti (avente ad oggetto, ad esempio, il contratto, gli estratti conto corrente, nonché le dichiarazioni unilaterali recettizie con cui il creditore si è avvalso della facoltà di risolvere il contratto per un inadempimento qualificato come rilevante da una determinata clausola negoziale), nonché lo svolgimento di una consulenza tecnica d'ufficio (laddove, ad esempio, occorra verificare se e in che misura il credito sia il risultato dell'applicazione di clausole vessatorie quali quelle che eventualmente prevedono interessi moratori e penali o indennità per la risoluzione anticipata del contratto che siano eccessive o, ancora, il frutto dell'applicazione di una modifica unilaterale delle condizioni economiche contrattuali sulla base di una clausola abusiva ex art. 33, lett. o), cod. cons.).

Dalla decisione del giudice euro-comunitario, non conoscendo egli la distinzione tra cognizione ed esecuzione in ordine ai poteri cognitivi del giudice (o, forse, ritenendo implicitamente questa distinzione recessiva rispetto al preminente interesse di evitare che il consumatore sia vincolato a clausole abusive), sembra però che, all'occorrenza, il giudice dell'esecuzione debba anche disporre (eventualmente anche d'ufficio), lo svolgimento di prove orali laddove, ad esempio, non sia altrimenti dimostrabile che la clausola vessatoria sia stata oggetto di trattativa individuale oppure, a monte, che quella determinata persona fisica ha acquistato il bene o il servizio per finalità connesse (in tutto od anche solo in parte) con la propria attività professionale.

Pare, quindi, che l'ineffettività del sindacato sulle clausole vessatorie in sede di cognizione, trasformi il giudice dell'esecuzione del provvedimento d'ingiunzione in giudice della cognizione senza alcuna limitazione quanto ai poteri d'accertamento.

Non sembra essere questa, però, la scelta seguita dalle Sezioni Unite 9479/2023 che, pur riconoscendo la doverosità del sindacato del giudice del g.e. sulla natura non abusiva delle clausole, impongono poi al consumatore, all'esito della valutazione compiuta dal g.e., di attivare i rimedi tipici del processo di cognizione e, quindi, rinviano al giudizio di cognizione (*sub specie* di giudizio di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo *sui generis*) la sede in cui debba essere svolto, con pienezza di poteri di accertamento, il sindacato sulla natura vessatoria o meno delle clausole contrattuali per trarne le dovose conseguenze in ordine alla conferma o alla revoca, totale o parziale, del decreto ingiuntivo.

6.- Le ricadute della decisione della Corte di Giustizia sul nostro sistema processuale: la motivazione delle decisioni di condanna del consumatore.

Dalla decisione della Corte di Giustizia emerge che nei ricorsi per ingiunzione di pagamento (ma anche quantomeno nei processi di cognizione a contraddittorio pieno svoltisi in contumacia), il giudice, prima di emettere il

provvedimento di condanna, debba procedere ad un esame di tutte le clausole contrattuali che abbiano inciso sull'esistenza e sull'ammontare del credito per escluderne la vessatorietà e deve dare conto nella motivazione del provvedimento conclusivo delle ragioni per cui ciascuna clausola rilevante ai fini della determinazione del credito non sia vessatoria.

L'assenza di motivazione sulla natura non abusiva della clausola contrattuale equivale, infatti, all'assenza del giudicato sostanziale sulla questione e, conseguentemente, implica che quel controllo potrà essere fatto d'ufficio in ogni altro procedimento in cui quella decisione verrà messa in esecuzione dal giudice d'ufficio o su istanza del debitore oppure, su istanza del debitore, anche in un autonomo giudizio di cognizione (non v'è ragione, di fatti, per cui il debitore debba attendere che venga intrapresa nei suoi confronti un'esecuzione forzata per opporsi al decreto ingiuntivo pronunciato sulla base di un contratto affetto da clausole vessatorie).

Al fine di evitare che, nei rapporti B2C, le decisioni dell'autorità giudiziaria siano instabili (suscettibili di essere cioè riformate senza preclusioni temporali) e temporaneamente ineseguibili (dovendo il giudice dell'esecuzione astenersi dal disporre la vendita o l'assegnazione dei crediti pignorati sin tanto che non abbia effettuato il controllo sulla natura non vessatoria delle clausole e siano inutilmente decorsi i termini per l'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo da parte del consumatore), occorrerà, allora, che il ricorrente in sede monitoria (ma analogo discorso verosimilmente potrebbe valere per la parte che agisca nel procedimento di cognizione):

- ometta di chiedere la condanna del consumatore al pagamento di somme di denaro frutto dell'applicazione di clausole vessatorie o di adire un foro diverso da quello esclusivo del consumatore o del professionista;
- **indichi le clausole contrattuali che abbiano inciso sull'esistenza e sull'ammontare del credito e di tutte le circostanze di fatto rilevanti rispetto alla loro applicazione** (ad, esempio, specificherà se ed in che misura sono stati applicati gli interessi moratori convenzionalmente pattuiti o qual è il ritardato adempimento che ha portato il professionista ad avvalersi della clausola risolutiva espressa prevista nel contratto o in quali circostanze sono state unilateralmente variate le condizioni contrattuali se al consumatore non sia stato riconosciuto il diritto di recesso);
- **illustri nel ricorso le ragioni** per cui le anzidette clausole **non** devono considerarsi abusive;
- **chieda che il giudice emetta l'avvertimento specifico** che, qualora il consumatore non impugni la decisione entro il termine di cui all'art.

641 cod. proc. civ., decadrà dal diritto di far valere la natura vessatoria delle clausole negoziali.

Se il professionista ometta nel ricorso di indicare quali sono le clausole contrattuali che hanno inciso sul contenuto del diritto di credito fatto valere in giudizio e, in presenza di clausole vessatorie, le circostanze di fatto relative alla loro non applicazione in concreto – ovvero si astenga dall'indicare uno degli elementi del ricorso e, cioè, le ragioni della domanda (cfr. art. 125 cod. proc. civ.) – il giudice, ricorrendo in sede monitoria al potere di cui all'art. 640 cod. proc. civ., chiederà al ricorrente di indicare le clausole che vengono in rilievo al fine della decisione sul diritto dedotto nel procedimento.

L'inerzia del ricorrente dovrà inevitabilmente portare il giudice a respingere la domanda ai sensi dell'art. 640 c.p.c., mentre laddove il ricorrente, maliziosamente, dovesse omettere di riferire rispetto all'esistenza di una o più clausole che abbiano inciso sull'esistenza o l'ammontare del diritto di credito e il giudice, per tale ragione, dovesse omettere il sindacato esplicito e motivato sulle stesse, si formerà una decisione giudiziaria inidonea al giudicato sostanziale e, in sede processo esecutivo, d'ufficio o su istanza di parte, si dovrà procedere ad un esame della natura non vessatoria anche di quelle clausole vessatorie.

Si potrà anche verificare che, a seguito del provvedimento con cui il giudice chiede al creditore di indicare le clausole che abbiano inciso sull'esistenza del credito o rilevi la natura vessatoria di talune clausole del contratto, la parte rinunci, *in parte qua*, alla domanda di condanna e il giudice emetta il decreto ingiuntivo per la minor somma (è proprio la fattispecie che si è verificata, a ben guardare, avanti al giudice spagnolo nella questione pregiudiziale risolta dalla sentenza in commento della C.G.U.E). In questo caso, evidentemente, il sindacato sulla natura non vessatoria delle clausole si è reso superfluo. In presenza di un procedimento monitorio come quello disciplinato dall'ordinamento nazionale italiano – svoltosi cioè senza contraddittorio processuale con il debitore – è, però, necessario che unitamente al ricorso ed al decreto ingiuntivo vengano notificati al consumatore anche il provvedimento interlocutorio del giudice che ha rilevato la natura vessatoria di talune clausole contrattuali e il successivo atto di rinuncia parziale del creditore. Ciò affinché il consumatore sia messo al corrente che il sindacato giudiziario è stato svolto nel procedimento di ingiunzione e sia al contempo posto nelle condizioni di censurare l'eventuale decisione erronea del giudice in punto di irrilevanza delle clausole contrattuali in questione ai fini della determinazione dell'importo del credito e, quindi, contestarne la natura vessatoria.

Si potrà anche verificare la diversa situazione in cui il giudice sottopone al ricorrente d'ufficio la possibile vessatorietà di una o più clausole contrattuali e, a seguito della memoria scritta della parte, si convinca o della non vessatorietà delle clausole, oppure della loro irrilevanza ai fini della decisione del

diritto di credito oggetto della domanda d'ingiunzione. Anche in questo caso, laddove il decreto ingiuntivo non rechi traccia del sindacato svolto dal giudice, il creditore dovrà notificare al consumatore, unitamente al ricorso ed al decreto ingiuntivo, anche il provvedimento interlocutorio del giudice con cui rileva la possibile natura vessatoria di alcune clausole e la memoria del creditore, che, argomentando sul carattere non abusivo delle medesime clausole, sorregge la successiva decisione giudiziaria di accoglimento della domanda. Solo in questo modo, infatti, il consumatore potrà considerarsi informato del sindacato svolto dal giudice e dalle ragioni che lo hanno portato ad escludere il carattere abusivo delle clausole contrattuali, mediante rinvio alle allegazioni difensive del creditore.

7.- Segue. Le ricadute della decisione della Corte di Giustizia sul nostro sistema processuale: i poteri istruttori del giudice dell'esecuzione rispetto alla natura vessatoria delle clausole contrattuali.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea presuppone che quel sindacato officioso sulla assenza delle clausole non vessatorie che non è stato svolto in sede di giudizio di cognizione venga svolto con pienezza in sede di esecuzione e che, in quella sede, il giudice possa decidere sulla spettanza o meno del diritto del professionista e sulla misura di quel diritto, come se il provvedimento giudiziale di condanna non esistesse o non vincolasse in alcun modo il giudice dell'esecuzione.

Per questa ragione il giudice euro-comunitario ha deciso la seconda questione pregiudiziale affermando che l'art. 7, paragrafo 1, della Direttiva 93/13 è ostativo ad una legislazione nazionale che ponga dei limiti all'esercizio da parte del giudice dell'esecuzione dei poteri istruttori necessari accertare i fatti che vengono in rilievo ai fini di affermare od escludere la natura non vessatoria delle clausole contrattuali.

Il nostro sistema processuale, invece, come innovato dalla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 9479/2023, se, da un lato, ammette (o, più correttamente, prende atto) che in sede esecutiva debba essere svolto d'ufficio il sindacato sulla natura vessatoria o meno delle clausole contrattuali, dall'altro lato, colloca il rimedio avverso il decreto ingiuntivo pronunciato senza vaglio espresso e motivato della natura abusiva delle clausole contrattuali in sede di cognizione. Come anticipato, viene, di fatti, imposto al consumatore, dopo lo scrutinio del giudice dell'esecuzione, di impugnare, comunque, il decreto ingiuntivo non opposto tempestivamente e, al giudice dell'esecuzione, di astenersi dal porre in vendita il bene sin tanto che non siano spirati i termini per impugnare il decreto ingiuntivo e, ove lo stesso sia stato impugnato, sin tanto che il giudice della cognizione non abbia deciso sull'istanza sospensiva dell'efficacia esecutiva del titolo proposta dal consumatore ex art. 649 cod. proc. civ.

In questo contesto si possono aprire due possibili soluzioni interpretative: la prima è di tipo riduttivistica e impone al giudice dell'esecuzione un sindacato minimalista sulla natura vessatoria o non vessatoria delle clausole contrattuali perché la delibazione del giudice dell'esecuzione è, comunque, interinale e priva di carattere vincolante per le parti, dovendo il consumatore, quand'anche il giudice dell'esecuzione affermi la natura vessatoria delle clausole contrattuali sottostanti la pronuncia del decreto ingiuntivo non opposto, impugnare il provvedimento giudiziale di condanna se vuole arrestare il corso dell'azione esecutiva.

Stando così le cose non è necessario, ai fini della tutela del consumatore, che il giudice dell'esecuzione eserciti tutti i mezzi istruttori necessari, essendo sufficiente che acquisisca i documenti contrattuali rilevanti e, sulla base di una deliberazione sommaria, effettui quel sindacato sulla natura abusiva o meno delle clausole contrattuali che, comunque, dovrà essere svolto *funditus* nel giudizio di opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo (dove le parti nell'esercizio del potere dispositivo presenteranno le loro richieste istruttorie) per rimuovere, con efficacia di giudicato, il provvedimento di condanna.

Una seconda soluzione ermeneutica è, invece, per così dire di tipo massimalista. Il sindacato del giudice dell'esecuzione su quali siano le clausole contrattuali che abbiano inciso sull'ammontare del credito e se esse siano meno vessatorie deve essere pieno e il giudice dell'esecuzione deve esercitare, d'ufficio, tutti i mezzi istruttori del giudizio di cognizione in via ufficiosa.

Si potrebbe, infatti, ritenere che, comunque, la reazione del consumatore avverso il decreto ingiuntivo non opposto tempestivamente e pronunciato in assenza del sindacato sulla natura non vessatoria delle clausole contrattuali stimolata dal sindacato ufficioso svolto dal giudice dell'esecuzione sia un'opposizione recuperatoria di un controllo officioso che, a monte, è mancato e che doveva essere svolto con pienezza di cognizione e, dunque, anche senza limitazioni istruttorie. Pertanto, anche il sindacato del giudice dell'esecuzione a valle non deve conoscere limitazioni perché il consumatore deve essere avvertito della facoltà di proporre opposizione al decreto ingiuntivo non opposto e, al contempo, essere reso edotto della motivazione per cui il giudice ha ritenuto o non ha ritenuto che le clausole contrattuali siano abusive. Il percorso motivazionale del giudice dell'esecuzione deve, allora, non solo essere intellegibile, ma deve essere fatto sulla base di una cognizione piena e senza preclusioni istruttorie, in modo che il consumatore abbia tutti gli elementi di fatto e di diritto per decidere se proporre un'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo nelle modalità individuate dalla sentenza della Corte di Cassazione 9479/2023.

Questa soluzione interpretativa, seppure apparentemente più coerente con i principi espressi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pare, tuttavia, non fare adeguatamente i conti con il fatto che nel procedimento d'ingiunzione è ammissibile, sulla natura vessatoria o meno delle clausole negoziali,

un'istruttoria meramente cartolare e che, nei casi in cui all'esito di tale istruttoria permangano dei dubbi, il giudice deve rigettare la domanda di condanna in sede monitoria.

Sembra, quindi, coerente che anche il giudice dell'esecuzione, laddove all'esito dell'istruttoria documentale abbia dei dubbi sulla natura vessatoria di una o più clausole negoziali, si possa limitare a verificare la potenziale natura vessatoria delle clausole sospette, rimettendo al giudice della cognizione, sempre che questi sia adito dal consumatore nel rispetto delle forme e dei termini di cui alla sentenza Cass. Sez. Un. 9479/2023, l'istruttoria su tutti gli elementi rilevanti ai fini di affermare o escludere la natura abusiva delle clausole sospette. Se il consumatore resterà inerte, avrà colpevolmente omesso di attivare i rimedi processuali previsti dall'ordinamento nazionale per porre rimedio ad un provvedimento lesivo della sua sfera giuridica, pur essendo stato informato delle conseguenze della sua inerzia e dopo lo svolgimento di un controllo da parte di un organo terzo e imparziale allo stato degli atti sulla presenza o meno di clausole vessatorie.

L'antinomia delle due possibili interpretazioni deve però essere stemperata sul piano della rilevanza pratica della questione. Nella maggior parte dei casi, infatti, sarà sufficiente un'istruttoria documentale che può essere svolta nel processo esecutivo dove il g.e. ha poteri di acquisizione e verifica documentale (si pensi, nell'esecuzione forzata immobiliare, al potere di verificare la completezza della documentazione ipocatastale oppure, in sede di controversia distributiva, all'esercizio dei mezzi istruttori necessari al fine di risolvere le questioni attinenti all'esistenza, all'ammontare ed alla graduazione dei crediti che partecipano al riparto).

Non meno complesso invece è rispondere ad un altro interrogativo su una questione che non è scevra di verificarsi nella pratica del processo esecutivo.

Si tratta dell'eventualità – niente affatto remota in considerazione del fatto che il sindacato del g.e. può inerire anche decreti ingiuntivi non opposti pubblicati dieci o quindici anni prima all'abbrivio dell'azione esecutiva – che il creditore procedente non depositi i documenti contrattuali che consentano il controllo d'ufficio sulla presenza o meno di clausole vessatorie.

Anche in questo caso sono possibili due alternative. La prima è che il giudice dell'esecuzione prenda atto dell'impossibilità di effettuare il controllo ed informi il consumatore della possibilità di presentare opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e, sino allo spirare dei termini, si astenga dal disporre la vendita del bene o l'assegnazione dei crediti pignorati e, dopo l'eventuale opposizione, attenda a dare impulso all'azione esecutiva sino alla decisione del giudice sull'istanza ex art. 649 cod. proc. civ.

Questa opzione, tuttavia, presta il fianco alla critica di eludere la necessità di un sindacato officioso sulla non nullità delle clausole contrattuali, in quanto il controllo è rimesso in via esclusiva all'iniziativa del debitore che viene

soltanto informato dal giudice dell'esecuzione dell'esistenza di tale facoltà e che si trova costretto a proporre un'iniziativa giudiziaria "al buio" (senza cioè avere gli elementi di fatto e di diritto per sapere se sussistono o meno le clausole vessatorie) per porre rimedio ad un provvedimento di condanna che è stato indebitamente pronunciato senza alcuna verifica che il credito dipendesse dall'applicazione di clausole abusive e che, in difetto della produzione del contratto tra professionista e consumatore e della conseguente impossibilità per il giudice di svolgere il controllo officioso, non avrebbe dovuto neppure essere pronunciato.

La ricostruzione alternativa invece prevede che l'impossibilità per il giudice dell'esecuzione di svolgere quel controllo sulla non vessatorietà delle clausole negoziali che non è stato svolto a monte (in sede, cioè, di procedimento di cognizione) presupponga l'arresto dell'azione esecutiva. Si tratterebbe, volendo aderire a questa ricostruzione, di una chiusura anticipata del processo esecutivo *sui generis* che potrebbe essere fondata non tanto sull'assenza del titolo esecutivo giudiziale (il decreto ingiuntivo non opposto esiste ed è esecutivo seppure ancora suscettibile di caducazione), quanto piuttosto sulla consumazione, per violazione del combinato disposto degli artt. 152 e 154 cod. proc. civ., della facoltà del creditore del potere di produrre quei documenti contrattuali funzionali a consentire l'esercizio da parte del giudice dell'esecuzione del controllo doveroso sulla presenza di clausole contrattuali abusive. Senza questo controllo, infatti, l'azione esecutiva potrebbe proseguire solo frustando la sostanza del diritto del consumatore a non essere vincolato da clausole contrattuali abusive. Si imporrebbe, infatti, al consumatore di presentare un'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo in una situazione d'ignoranza e senza che, a monte della pronuncia del provvedimento di condanna e a valle nella fase della sua esecuzione, alcun giudice abbia valutato la natura non abusiva delle clausole del contratto che, per il tramite della decisione giudiziaria, viene messo in esecuzione.