

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO

OMISSIS

nella procedura di espropriazione immobiliare *OMISSIS*

TRA

B.D.B. s.p.a., *OMISSIS*

CREDITORE PROCEDENTE

E

B.C.C. s.c., *OMISSIS*

CREDITORE INTERVENUTO

E

I.S. s.p.a., *OMISSIS*

CREDITORE INTERVENUTO

E

B.P.S. s.c.p.a., *OMISSIS*

CREDITORE INTERVENUTO

E

C.C.M. s.p.a., quale procuratore di C.V. s.c., *OMISSIS*

CREDITORE INTERVENUTO

E

YX e ZW, *OMISSIS*

DEBITORI ESECUTATI

I

OMISSIS ha adottato il seguente provvedimento.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. L'oggetto del procedimento principale ed i fatti rilevanti.

Il B.D.B. s.p.a. ha sottoposto a procedura di espropriazione immobiliare i beni in proprietà (per la metà ciascuno) di YX e ZW *OMISSIS*. L'espropriazione immobiliare risulta fondata sul decreto ingiuntivo non opposto *OMISSIS* emesso dal Tribunale di Monza il 20.12.2012 in favore della

Banca procedente nei confronti della debitrice principale B.T. s.r.l. e dei fideiussori YX , FP, GO ed e ZW.

Nella procedura sono altresì intervenuti: a) la B.C.C. s.c., creditrice, sulla base di decreto ingiuntivo non opposto emesso da questo Tribunale, di un credito nei confronti del solo YX (oltre che di FP); b) I.S. s.p.a., titolare, sulla base del decreto ingiuntivo non opposto *OMISSIS* emesso da questo Tribunale il 16.08.2013, di un credito nei confronti di YX e ZW (entrambi fideiussori di B.T. s.r.l., già A.M.H. s.r.l.); c) B.P.S. s.p.a., titolare, sulla base di decreto ingiuntivo non opposto emesso da questo Tribunale il giorno 11.06.2013, di un credito nei confronti di entrambi gli odierni eseguiti (fideiussori di B.T. s.r.l.); d) C.V. s.p.a., titolare, sulla base del decreto ingiuntivo non opposto *OMISSIS* emesso da questo Tribunale il 27.06.2013, di un credito nei confronti di YX e ZW (entrambi fideiussori di B.T. s.r.l.).

Costituitisi, il 27.03.2018, entrambi i debitori, il creditore procedente, a fronte della richiesta reiteratamente formulata dal giudice dell'esecuzione con Provv. del 6 marzo 2018 e Provv. del 18 ottobre 2018, ha, il 17.12.2018, depositato i contratti di fideiussione conclusi il 18.11.2005 con entrambi i debitori eseguiti (contratti che, tra l'altro, prevedono *OMISSIS* la competenza esclusiva del Foro di Monza pur risultando entrambi i fideiussori residenti in Liscate, comune rientrante nel circondario del Tribunale di Milano).

All'udienza del 18.10.2018 il giudice dell'esecuzione, esclusa la qualificabilità come consumatore di YX (legale rappresentante della debitrice principale B.T. s.r.l. e socio al 51% della stessa) ha tuttavia rilevato la possibile qualificabilità come consumatore del fideiussore ZW "la quale risulta socia al 22% della debitrice principale e non risulta aver mai assunto cariche sociali nell'ambito della debitrice principale" e, richiamata la giurisprudenza della Corte di giustizia nei procedimenti Asturcom, Finanzmadrid e B.P., ha invitato tutti gli ulteriori creditori della ZW a depositare i contratti di fideiussione conclusi con OR.3 tale debitrice (deposito avvenuto, quanto a I.S. s.p.a., il 19.03.2019, quanto a B.P.S. s.c.p.a., il 07.01.2019 e quanto a C.V. s.p.a., il 14.02.2019).

Nel documentare il proprio status di consumatore, ZW ha, il 13.03.2019, depositato nella presente procedura atto con il quale, il 29.01.2013, HN le ha ceduto la partecipazione in B.T. s.r.l. della quale la debitrice è attualmente proprietaria *OMISSIS*, nonché documentazione comprovante la titolarità, dal 01.04.1976 al gennaio 2015, di rapporto di lavoro alle dipendenze di A. s.r.l. *OMISSIS* e l'assunzione, dal 16.02.2015 alle dipendenze di residenza in L. s.r.l. *OMISSIS*, oltre alla propria residenza in L. sin dal 1965 *OMISSIS*. La ZW ha inoltre, con memoria depositata il 12.4.2019, elencato le numerose clausole (contenute nei contratti di fideiussione conclusi con tutti i creditori muniti di titolo esecutivo nei propri confronti) della cui vessatorietà (da valutare anche alla luce della citata decisione della Corte di giustizia, 14 marzo 2013, C-415/11, Aziz) ha dichiarato di volersi avvalere.

Il B.D.B. ha, con memoria depositata il 2.5.2019, contestato la qualificabilità della ZW come consumatrice in considerazione della propria qualità di socia della debitrice principale ed ha, in ogni caso, reiterato gli argomenti (già svolti con la memoria depositata il 13.03.2019) secondo i quali, così come precisato con la decisione del caso Asturcom, il principio di effettività non può comportare il superamento del giudicato formatosi a fronte dell'inerzia del consumatore.

Con memoria depositata il 23.4.2019, C.V. s.p.a. ha escluso la possibilità di qualificare la ZW come consumatore, avuto riguardo alla titolarità - da parte della stessa - di una partecipazione nella debitrice principale pari al 22% (dalla quale può discendere il diritto al percepimento di utili di impresa tali da costituire anche l'unico reddito della debitrice) ed al vincolo coniugale esistente tra tale fideiussore ed il legale rappresentante della debitrice principale. Tale creditore ha inoltre escluso la possibilità di superare il giudicato osservando che " I principi affermati dalla Corte di Giustizia debbono essere tenuti in considerazione dal Giudice nazionale degli stati membri, ma non possono certo stravolgere ed entrare in conflitto con i principi cardine dell'ordinamento interno dei singoli stati. Conseguentemente al Giudice dell'Esecuzione è impedito il sindacato su un titolo esecutivo formalmente corretto e definitivo, avente efficacia di giudicato, quale è un decreto ingiuntivo non opposto" (p. 2 della memoria da ultimo citata).

Anche la B.P.S. s.c.p.a., con memoria depositata il 3.5.2019, ha, tra l'altro, dedotto la titolarità di un credito risultante da titolo giudiziale passato in giudicato (con conseguente inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione formulata dalla ZW), ha escluso la qualificabilità di tale fideiussore come consumatore ed ha eccepito l'incompetenza di questo giudice con riferimento alla domanda formulata dalla ZW per asserita violazione delle norme antitrust.

2. Le norme e la giurisprudenza rilevanti ai fini della questione.

Ai sensi dell'art. 33, co. 1, D.Lgs. 6 settembre(c.d. "codice del consumo") che contiene la vigente disciplina nazionale di trasposizione dell'art. 3.1 della direttiva 93/13/CEE: "1. Nel OR.4 contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

Il secondo comma di tale articolo così dispone: "Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: (...)

t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi;

u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore" (cfr. art. 3.3 della direttiva 93/13/CEE e la lett. q) dell'allegato

alla medesima direttiva).

L'art. 36 del codice del consumo (conformemente all'art. 6 della direttiva 93/13/CEE), al primo comma, così dispone: "Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto". Il comma 3 del medesimo articolo prevede inoltre che la nullità delle clausole vessatorie "opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice".

Ai sensi dell'art. 7.1 della direttiva 93/13/CEE "Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori"

L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede che "Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare (...)"

Ai sensi dell'art. 19.1 secondo periodo TUE: "Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione."

Il codice di procedura civile italiano disciplina il procedimento di ingiunzione al libro IV, titolo I, capo I. L'art. 633, co. 1, c.p.c., prima norma del capo I, così dispone: "Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna: 1) se del credito fatto valere si dà prova scritta; (...)". Delineata, all'art. 634 c.p.c., la nozione di "prova scritta" e disciplinata l'ipotesi del rigetto della domanda all'art. 640, il codice di procedura civile, all'art. 641, co. 1, così dispone: "Se esistono le OR.5 condizioni previste nell'art. 633, il giudice, con decreto motivato da emettere entro trenta giorni dal deposito del ricorso, ingiunge all'altra parte di pagare la somma o di consegnare la cosa o la quantità di cose chieste o invece di queste la somma di cui all'art. 639 nel termine di quaranta giorni, con l'espreso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione a norma degli articoli seguenti e che, in mancanza di opposizione, si procederà a esecuzione forzata". Il ricorso ed il decreto ingiuntivo devono essere notificati al debitore (art. 643, co. 2, c.p.c.) il quale può (art. 645 c.p.c.) proporre opposizione "davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto, con atto di citazione notificato al ricorrente nei luoghi di cui all'art. 638 (...) In seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito (...)".

Ai sensi dell'art. 647 c.p.c. "Se non è stata fatta opposizione nel termine stabilito, oppure l'opponente non si è costituito, il giudice che ha pronunciato il decreto, su istanza anche verbale del ricorrente lo dichiara esecutivo. (...)

Quando il decreto è stato dichiarato esecutivo a norma del presente articolo, l'opposizione non può essere più proposta né proseguita, salvo il disposto dell'art. 650, e la cauzione eventualmente prestata è liberata".

OMISSIS Disposizioni processuali

Ai sensi dell'art. 2909 c.c. (che non chiarisce l'oggetto dell'accertamento giudiziale) "L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa". L'art. 324 c.p.c., invece, dispone che "S'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai nn. 4 e 5 dell'art. 395".

Secondo la giurisprudenza di legittimità assolutamente maggioritaria "l'autorità del giudicato spiega i suoi effetti non solo sulla pronuncia esplicita della decisione, ma anche sulle ragioni che ne costituiscono, sia pure implicitamente, il presupposto logico-giuridico", tale orientamento "trova applicazione anche in riferimento al decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di una somma di denaro, il quale, ove non sia proposta opposizione, acquista efficacia di giudicato non solo in ordine al credito azionato, ma anche in relazione al titolo posto a fondamento dello stesso, precludendo in tal modo ogni ulteriore esame delle ragioni addotte a giustificazione della relativa domanda" (Cass., 28 novembre 2017, n. 28318, che richiama anche le conformi decisioni Cass. 28 agosto 2009, n. 18791 e Cass. 06 settembre 2007, n. 18725; nello stesso senso, tra le altre, Cass. 24 settembre 2018, n. 22465, Cass. 26 giugno 2015, n. 13207). Risulta quindi accolto, con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto, il principio -di creazione giurisprudenziale- del c.d. "giudicato OR.6 implicito", fondato sull'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa (tra le altre, Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242).

Così precisata la portata del giudicato conseguente alla mancata proposizione di opposizione al decreto ingiuntivo, risulta indispensabile, ai fini della migliore comprensione della vicenda con riferimento alla quale si chiede la pronuncia della Corte di giustizia, osservare come, una volta conseguito il titolo esecutivo giudiziale, il creditore, previa notifica dell'atto di precetto, possa, notificando il pignoramento, instaurare un procedimento di espropriazione forzata; procedimento disciplinato sulla base di regole generali (contenute nel titolo II, capo I del libro III del codice di procedura civile) e di regole specifiche relative al particolare bene oggetto del pignoramento.

Con l'espropriazione immobiliare (disciplinata a partire dall'art. 555 c.p.c.), in particolare, il

creditore, sulla base di un titolo esecutivo, sottopone ad espropriazione forzata (mediante notifica del pignoramento) il diritto reale su un bene immobile del quale il proprio debitore è titolare.

Pur se con delle differenze derivanti dalla natura del bene pignorato, il procedimento di espropriazione (unitariamente inteso) si distingue, sotto il profilo strutturale, da quello di cognizione perché il primo "non si presenta come una sequenza continua di atti preordinati ad un unico provvedimento finale, bensì come una successione di subprocedimenti, e cioè come una serie autonoma di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi" (Cass., 16 gennaio 2007, n. 837). Nell'ambito di tale peculiare procedimento il giudice dell'esecuzione esercita poteri ordinatori, "limitati alla direzione del processo esecutivo al fine del regolare compimento degli atti che lo compongono secondo criteri di celerità ed opportunità; con esclusione, quindi, di potestas decidendi" (Cass., 12 giugno 1971, n. 1819).

Le particolarità della funzione e della struttura del processo esecutivo comportano inoltre un peculiare atteggiarsi del principio del contraddittorio; principio destinato pur sempre a trovare applicazione (prevalentemente attraverso l'art. 485 c.p.c.) anche se (fatta eccezione per i casi di instaurazione di incidenti di cognizione per effetto di iniziative di natura oppositiva) secondo modalità non necessariamente coincidenti con quelle che caratterizzano il processo di cognizione.

Con riferimento ai poteri esercitabili d'ufficio dal giudice dell'esecuzione occorre rilevare come, secondo quanto costantemente affermato dalla Suprema Corte, l'esistenza di un valido titolo esecutivo costituisca condizione dell'azione esecutiva (tra le tante, Cass., S.U., 28 novembre 2012, n. 21110); il titolo esecutivo deve pertanto permanere per l'intera durata dell'espropriazione, destinata altrimenti a divenire improcedibile (tra le tante, Cass., S.U., 28 novembre 2012, n. 21110, Cass. 6 agosto 2002, n. 11769, Cass. 24 maggio 2002, n. 7631). In conseguenza del principio espresso dal brocardo "nulla executio sine titulo" il giudice dell'esecuzione è quindi titolare del potere-dovere di verificare l'esistenza del titolo esecutivo all'inizio e per l'intera durata del processo esecutivo, dovendo, ove tale titolo difetti, arrestare il processo (tra le tante, Cass. 16 aprile 2013, n. 9161, Cass. 28 luglio 2011, n. 16541, Cass. 6 agosto 2002, n. 11769). Il potere officioso del giudice dell'esecuzione è tuttavia limitato alla sola esistenza del titolo esecutivo e non può estendersi anche al "contenuto intrinseco" dello stesso, sì da invalidarne l'efficacia in base ad eccezioni che possono e devono essere dedotte nel giudizio di cognizione (in caso di decreto ingiuntivo, mediante proposizione dell'opposizione allo stesso decreto). Un simile controllo "intrinseco" del titolo giudiziale è precluso anche in caso di opposizione proposta, ai sensi dell'art. 615, co. 2, c.p.c., dal debitore; secondo costante giurisprudenza della Suprema Corte, infatti, "nel giudizio di opposizione all'esecuzione promossa in base a titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata può essere fondata su vizi di formazione del provvedimento solo quando questi ne determinino l'inesistenza giuridica, atteso che gli altri vizi e le

ragioni di ingiustizia della decisione possono essere fatti valere, ove ancora possibile, solo nel corso del processo in cui il titolo è stato emesso, spettando la cognizione di ogni questione di merito al giudice naturale della causa in cui la controversia tra le parti ha avuto (o sta avendo) pieno sviluppo ed è stata (od è tuttora) in esame" (Cass. 18 febbraio 2015, n. 3277, conforme, tra le tante, Cass. 21 aprile 2011, n. 9205).

Da ultimo, pare opportuno precisare che, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, la proposizione di un'opposizione all'esecuzione non richiede particolari forme, potendo la stessa essere formulata anche oralmente nell'udienza avanti al giudice dell'esecuzione ovvero mediante deposito, in tale udienza, di una comparsa di risposta; entrambe tali forme devono infatti ritenersi idonee al raggiungimento dello scopo (costituzione del rapporto processuale cognitivo) proprio dell'opposizione (tra le tante, Cass. 19 dicembre 2006, n. 27162).

Con la decisione 17 marzo 1998, C-45/96, Dietzinger, la Corte di giustizia ha affermato che " l'art. 2, primo trattino, della direttiva 85/577 va interpretato nel senso che un contratto di fideiussione stipulato da una persona fisica, la quale non agisca nell'ambito di un'attività professionale, è escluso dalla sfera di applicazione della direttiva quando esso garantisca il rimborso di un debito contratto da un'altra persona la quale agisce, per quanto la concerne, nell'ambito della propria attività professionale".

La stessa Corte (Corte di giustizia, 14 settembre 2016, C-534/15, Dumitras; Corte di giustizia, 19 novembre 2015, C-74/15, Tarcau) ha successivamente ritenuto che "Gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva si applica a un contratto di garanzia immobiliare stipulato tra persone fisiche e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tali persone fisiche hanno agito per scopi che esulano dalla loro attività professionale e non hanno alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società, circostanze queste che spetta al giudice del rinvio verificare".

Un simile orientamento è stato di recente accolto anche dalla Corte di cassazione italiana; con la sentenza 13 dicembre 2018, n. 32225 la Suprema Corte ha infatti ritenuto che i "requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo - alla stregua della giurisprudenza comunitaria - all'entità della partecipazione al capitale sociale nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore"). Occorre tuttavia sottolineare che, prima della decisione da ultimo citata, la giurisprudenza di legittimità, in modo costante, aveva ritenuto che, in presenza di un contratto di fideiussione, il requisito soggettivo della

qualità di consumatore andasse riferito all'obbligazione garantita, considerata l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita; in questo senso, tra le altre, Cass. 09.08.2016, n. 16827, Cass. 29.11.2011, n. 25212, Cass. 13.05.2005, n. 10107.

3.I limiti all'autonomia procedurale degli Stati membri.

La disciplina dei mezzi di tutela giudiziaria dei quali devono avvalersi i singoli in caso di lesione delle situazioni giuridiche soggettive di origine comunitaria è tradizionalmente rimessa all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro, difettando, in proposito, una specifica competenza (già) della Comunità. Tale circostanza non ha tuttavia precluso alla Corte di giustizia (si veda, già, la decisione 16 dicembre 1976, C-33/76, Rewe) di affermare che le regole nazionali in materia di tutela processuale delle situazioni soggettive di origine comunitaria non possono essere meno favorevoli di quelle preposte alla tutela di analoghe situazioni soggettive fondate su norme nazionali (c.d. "principio di equivalenza") e non possono rendere, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare (c.d. "principio di effettività").

Con la decisione 15 maggio 1986, C-222/84, J., la Corte di giustizia ha ravvisato nel principio di effettività, sancito anche dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, un "principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri". Tale principio, successivamente anche codificato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 47), è stato progressivamente ampliato nella OR.9 propria portata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Se, con la citata sentenza Rewe, era stato affermato che le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non possono rendere "in pratica, impossibile l'esercizio di diritti" conferiti dall'ordinamento comunitario, successivamente la stessa Corte ha ripetutamente affermato che le modalità procedurali dei ricorsi interni non possono "rendere impossibile o eccessivamente difficile" l'esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione europea (tra le tante, Corte di giustizia, 16 marzo 2006, C-234/04, K., Corte di giustizia, 3 settembre 2009, C-2/08, Fallimento O., Corte di giustizia, 5 giugno 2014, C-557/12, Kone).

Risulta così delineato un obbligo di funzionalizzazione del diritto processuale interno al fine di garantire piena effettività al diritto sostanziale dell'Unione che ha trovato frequente affermazione anche nella materia consumeristica.

4. La giurisprudenza della Corte di giustizia sui doveri del giudice in materia di tutela del consumatore.

Sin dalla sentenza 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, E.G.E. e S.E., la Corte di giustizia ha affermato che "il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato sull'idea che il

consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse" (in termini, tra le tante, Corte di giustizia, 14 giugno 2012, C- 618/10, B.E.C. SA, Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, C-40/08, Asturcom, Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, C-168/05, M.C.) e che l'"obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole abusive non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi l'illiceità di tali clausole. In controversie di valore spesso limitato, gli onorari dei legali possono essere superiori agli interessi in gioco, il che può dissuadere il consumatore dall'opporvi all'applicazione di una clausola abusiva. Sebbene in controversie del genere le norme processuali di molti Stati membri consentano ai singoli di difendersi da soli, esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere l'illiceità della clausola oppostagli. Ne discende che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola". Quella che, nella citata sentenza del 2000, era, per il giudice, una mera facoltà è divenuta, con la sentenza della Corte del 4 giugno 2009, C-243/08, Pannon GSM Zrt, un vero e proprio dovere di esame officioso della abusività della clausola a partire dal momento in cui il giudice disponga "degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine" (e ferma la necessità di acquisire la manifestazione di volontà del consumatore di avvalersi della natura abusiva e non vincolante della clausola). Dovere che risulta coerente con il compito del giudice di garantire l'"effetto utile" della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva 93/13/CEE la quale 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" (Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, C-168/05, M.C.). Del resto, la decisione da ultimo citata ha anche osservato che l'art. 6, n. 1 della direttiva è "una norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio OR.10 formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse" e che "La natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori giustificano inoltre che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, in tal modo ponendo un argine allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista" (nello stesso senso, tra le altre, Corte di giustizia, 14 marzo 2013, C-415/11, Aziz). La rilevanza dell'interesse alla base della tutela assicurata dalla direttiva 93/13/CEE al consumatore è stata del resto ulteriormente e ripetutamente confermata anche da quelle decisioni con le quali la Corte, nella prospettiva del principio di equivalenza, ha assimilato l'art. 6 della direttiva 93/13/CEE alle norme nazionali d'ordine pubblico (tra le tante, Corte di

giustizia, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, F.G.N., Corte di giustizia, 30 maggio 2013, C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito, Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, C-40/08, Asturcom).

La consapevolezza dello stretto rapporto esistente tra effettività delle disposizioni a tutela del consumatore ed idoneità delle procedure a prevenire -dissuadendole-le violazioni ha comportato un progressivo ampliamento di quell'"attivismo giudiziale" dalla Corte delineato nella consapevolezza che la disuguaglianza esistente tra consumatore e professionista può essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale (tra le tante, Corte di giustizia, 14 giugno 2012, C-618/10, B.E.D.C. SA; Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, C-40/08 Asturcom; Corte di giustizia, 9 novembre 2010, C-137/08, V.P.L.; Corte di giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, O.G.E. e S.E.).

In questo senso si collocano quelle decisioni che, in applicazione ora del principio dell'equivalenza, ora del principio di effettività della tutela, hanno attribuito al giudice nazionale poteri istruttori officiosi (Corte di giustizia, 4 giugno 2015, C-497/13, F.F.; Corte di giustizia, 9 novembre 2010, C-137/08, V.P.L.) e quelle decisioni (sulle quali a breve si tornerà) che, a determinate condizioni, hanno previsto la superabilità del giudicato.

5. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla superabilità del giudicato.

Già con la decisione 1 giugno 1999, C-126/97, Eco Swiss, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto comunitario non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme (poste a presidio del principio della certezza del diritto) disciplinanti la formazione della cosa giudicata anche ove una simile disapplicazione consentirebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con tale diritto (in senso analogo, più di recente, anche Corte di giustizia, 10 luglio 2014, C-213/13, Impresa P.C. SpA; Corte di giustizia, 3 settembre 2009, C-2/08, Fallimento O.). La rilevanza del giudicato nella prospettiva tanto della stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, quanto della buona amministrazione della giustizia è del resto stata in più occasioni ribadita dalla Corte (tra le altre, Corte di giustizia, 10 luglio 2014, C-213/13, Impresa P.C. SpA; Corte di giustizia, 16 marzo 2006, C-234/04, K.). Nello stesso senso, in modo assai efficace, l'Avvocato Generale nei procedimenti riuniti C-392/04, i-21 G. GmbH e C-422/04, A.O.A. KG, ha osservato che " il diritto aborre il disordine e che per questo si è dotato di strumenti per lottare contro la sua principale causa: l'instabilità".

Con riferimento alla tutela del consumatore la Corte di giustizia ha peraltro adottato decisioni che, sia pure a determinate condizioni, hanno ammesso la superabilità del giudicato.

Nella decisione del 6 ottobre 2009, C-40/08, Asturcom la Corte ha escluso che, in applicazione del principio di effettività della tutela, il giudice spagnolo, investito di una domanda di esecuzione forzata di un lodo arbitrale non impugnato e formatosi all'esito di procedimento al quale il

consumatore non ha partecipato, possa rilevare d'ufficio la vessatorietà di una clausola contrattuale (nella specie, la clausola con la quale era individuata la sede dell'ente arbitrale). Ciò perché " il rispetto del principio di effettività non può, in circostanze come quelle della causa principale, giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'*omissione* procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti, come nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza M.C., ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo". Tale decisione è stata adottata nonostante l'Avvocato Generale Trstenjak (pp. 59 ss. delle Conclusioni) avesse ritenuto che il rilievo officioso da parte del giudice nazionale fosse la soluzione maggiormente conforme all'obiettivo di tutela del consumatore perseguito dalla direttiva 93/13 e che all'inerzia del consumatore nel procedimento all'esito del quale si è formato il titolo esecutivo (procedimento, tra l'altro, in concreto non svolto innanzi ad un giudice) potesse porsi rimedio in sede di esecuzione di quello stesso titolo.

Peraltro, nella stessa sentenza, la Corte ha comunque ritenuto superabile il giudicato sulla base del principio di equivalenza ed ha quindi affermato che "qualora un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo debba, secondo le norme procedurali interne, valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, egli è parimenti tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6 della direttiva 93/13".

Con la sentenza 18 febbraio 2016, C-49/14, F.E. SA, la Corte (chiamata a decidere sulla domanda formulata dal giudice richiesto di emettere l'ordine di esecuzione relativamente ad una ingiunzione di pagamento emessa - sulla base di un contratto contenente clausole vessatorie- dal "Secretano judicial" -ed in assenza di intervento di un giudice- secondo la disciplina al tempo vigente in Spagna), ha invece ritenuto in contrasto con il principio di effettività della tutela prevista dalla direttiva 93/13/CEE la disciplina processuale nazionale che non consenta, nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento o di quello di esecuzione dell'ingiunzione di pagamento, un controllo d'ufficio della potenziale natura abusiva delle clausole inserite nel contratto dal quale deriva il credito portato dall'ingiunzione.

Con la sentenza 26 gennaio 2017, C-421/14, B.P. SA la Corte di giustizia ha escluso che, sulla base della direttiva 93/13/CEE, il giudice nazionale possa riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto qualora la legittimità (sulla base della citata direttiva) di tutte le clausole contrattuali sia già stata accertata con decisione passata in giudicato ed ha invece affermato che "in presenza di una o di più clausole contrattuali la cui eventuale abusività non sia OR.12 stata ancora esaminata nell'ambito di un precedente controllo giurisdizionale del contratto controverso terminato

con una decisione munita di autorità di cosa giudicata, la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che il giudice nazionale, regolarmente adito dal consumatore mediante un'opposizione incidentale, è tenuto a valutare, su istanza delle parti o d'ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l'eventuale abusività di tali clausole". Ove risultasse precluso un simile controllo, infatti, la tutela del consumatore sarebbe "incompleta ed insufficiente e costituirebbe un mezzo inadeguato ed inefficace per far cessare l'utilizzo di questo tipo di clausole, contrariamente a quanto disposto all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13" (così la decisione da ultimo citata).

6.I motivi del rinvio pregiudiziale.

Il giudice rimettente, premessa la qualificabilità, allo stato, di ZW come consumatore, dubita, innanzi tutto, della conformità dell'art. 16 del contratto di fideiussione concluso tra il B.D.B. s.p.a. e ZW all'art. 33, co. 2, lett. u) del codice del consumo (cfr. art. 3.3 della direttiva 93/13/CEE e la lett. q) dell'allegato alla medesima direttiva). Lo scrivente rileva inoltre che la debitrice ha, nella citata memoria depositata il 12.04.2019 (cui in questa sede si rinvia), dedotto la vessatorietà di una pluralità di ulteriori clausole contenute nei contratti di fideiussione conclusi con tutti i creditori muniti di titolo esecutivo nei propri confronti.

La mancata vessatorietà di tali clausole deve, alla luce delle regole nazionali sopra brevemente illustrate, ritenersi oggetto di giudicato implicito in conseguenza della emissione dei decreti ingiuntivi non opposti vantati dai creditori.

Proprio la mancata proposizione dell'opposizione da parte della debitrice preclude, secondo i creditori, la possibilità di valutare in questa sede la vessatorietà delle clausole contrattuali; tanto alla luce della decisione della Corte di giustizia con riferimento al caso Asturcom.

Questo giudice dubita tuttavia in ordine alla diretta applicabilità del precedente giurisprudenziale da ultimo citato avuto riguardo tanto alle differenze esistenti tra l'ordinamento giuridico italiano e quello spagnolo, quanto alle peculiarità del caso concreto.

Con riferimento al primo profilo, secondo quanto questo magistrato comprende, il procedimento instaurato dalla Asturcom Telecomunicaciones SL era un procedimento privo di contraddittorio, all'esito del quale il giudice nella (fisiologica) assenza del debitore (già inerte in sede di formazione del titolo esecutivo) avrebbe potuto solo emettere o non emettere l'ordine generale di esecuzione (v., in particolare, p. 28 della sentenza sul caso Asturcom). Nel presente procedimento, invece, la debitrice, già costituita, ha, a fronte della giurisprudenza sovranazionale indicata nel Provv. del 20 dicembre 2018, dedotto di avere concluso il contratto di fideiussione in qualità di consumatore ed ha elencato numerose clausole della cui vessatorietà ha dichiarato di volersi valere. Risulta pertanto cessata l'inerzia pur protratta sino alla formazione del giudicato; la debitrice, rivendicato il proprio status di consumatore, ha, anzi, assunto (pur dopo la formazione del giudicato) un ruolo attivo,

indicando numerose clausole della cui vessatorietà ha dichiarato di volersi valere.

Fermo quanto appena osservato, preme a questo giudice sottolineare le peculiarità del caso concreto.

Come infatti sopra riferito, al tempo della emissione dei decreti ingiuntivi, non solo non v'erano ancora state le decisioni con le quali la Corte di Lussemburgo ha indicato i parametri alla stregua dei quali anche il fideiussore può essere considerato consumatore (Corte di giustizia, 14 settembre 2016, C-534/15, Dumitraș e 19 novembre 2015, C-74/15, Tarcău), ma, anche e soprattutto, la costante giurisprudenza di legittimità escludeva la qualificabilità del fideiussore, garante di una persona giuridica, quale consumatore. Pertanto, pur essendo in astratto prevista la possibilità per un (qualsiasi) consumatore di far valere, anche in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, la vessatorietà delle clausole contenute nel contratto concluso con il professionista, una simile possibilità era, stante il diritto vivente in vigore, di fatto preclusa alla ZW, la quale (proprio alla luce del costante orientamento della giurisprudenza di legittimità) neppure ha avuto la possibilità di valutare il proprio status di consumatore. In una simile situazione, a dispetto di quanto sostenuto dai creditori, più che di (colpevole) inerzia, potrebbe a ben vedere parlarsi di incolpevole ignoranza del proprio status di consumatore; incolpevole ignoranza che ha precluso alla ZW di scegliere in modo consapevole se avvalersi o meno della tutela accordatale in quanto persona fisica contraente per uno scopo estraneo all'attività professionale eventualmente svolta. Una simile, consapevole scelta è, invece, stata possibile solo dopo l'instaurazione della presente procedura di espropriazione in un momento nel quale, stando al diritto nazionale, risulta tuttavia preclusa la superabilità delle decisioni contenute nei decreti ingiuntivi.

Questo giudice si chiede pertanto se, nella situazione in concreto ricorrente, un diritto vivente quale quello descritto (relativo alla -non- qualificabilità del fideiussore come consumatore e vigente al momento della formazione del titolo esecutivo) possa costituire un elemento idoneo a rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti al consumatore attribuiti dalla disciplina nazionale di recepimento della direttiva 93/13/CEE e se l'esigenza di assicurare una tutela effettiva al debitore consenta, sulla base degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di effettuare un sindacato sulla vessatorietà delle clausole di un contratto in base al quale è stato ottenuto un decreto ingiuntivo, pur avendo il decreto ingiuntivo ormai acquisito efficacia di giudicato per mancata opposizione.

Indipendentemente dalla soluzione che sarà resa con riferimento alla questione sopra indicata, questo giudice ritiene utile, ai fini della decisione del procedimento innanzi a sé pendente, formulare alla Corte anche un ulteriore quesito sempre relativo alla sindacabilità di clausole vessatorie nonostante la formazione del giudicato.

La domanda formulata dalla ZW potrebbe, infatti, alla luce delle regole nazionali, essere qualificata

come opposizione all'esecuzione.

Avuto riguardo ai principi processuali nazionali sopra citati deve ritenersi che la mancata vessatorietà delle clausole pattuite nel contratto di fideiussione sia, in conseguenza della mancata opposizione al decreto ingiuntivo, oggetto di giudicato implicito; ne discenderebbe, tra l'altro, per un verso, la mancata possibilità di far valere la vessatorietà delle clausole in un giudizio di merito e, per altro verso, l'inammissibilità (alla stregua del principio di equivalenza quale corollario del principio di autonomia processuale degli Stati) dell'opposizione all'esecuzione in quanto fondata su motivi che la parte avrebbe dovuto proporre in sede di formazione del titolo esecutivo giudiziale (e, pertanto, con riferimento al caso concreto, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo).

Questo giudice, avuto anche riguardo alle peculiarità del caso concreto, ha tuttavia alcune perplessità in ordine alla compatibilità di un simile risultato con il diritto dell'Unione.

Nel decidere sulla richiesta di rinvio pregiudiziale formulata nel procedimento B.P. (nel quale l'esecuzione era stata instaurata sulla base di un titolo negoziale, e non -come nel presente caso-giudiziale), la Corte di giustizia ha escluso la contrarietà della disciplina nazionale in concreto rilevante nel procedimento con la direttiva 93/13/CEE nella parte in cui la norma spagnola "vieta al giudice nazionale di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto, qualora sia stato già statuito sulla legittimità di tutte le clausole di tale contratto alla luce di detta direttiva con una decisione munita di autorità di cosa giudicata". Con la stessa decisione la Corte ha tuttavia anche affermato che "in presenza di una o di più clausole contrattuali la cui eventuale abusività non sia ancora stata esaminata nell'ambito di un precedente controllo giurisdizionale del contratto controverso terminato con una decisione munita di autorità di cosa giudicata, la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che il giudice nazionale, regolarmente adito dal consumatore mediante un'opposizione incidentale, è tenuto a valutare, su istanza delle parti o d'ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l'eventuale abusività di tali clausole" e che "nell'ipotesi in cui, nell'ambito di un precedente esame di un contratto controverso che abbia portato all'adozione di una decisione munita di autorità di cosa giudicata, il giudice nazionale si sia limitato ad esaminare d'ufficio, alla luce della direttiva 93/13, una sola o talune delle clausole di tale contratto, detta direttiva impone a un giudice nazionale, quale quello di cui al procedimento principale, regolarmente adito dal consumatore mediante un'opposizione incidentale, di valutare, su istanza delle parti o d'ufficio qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, l'eventuale carattere abusivo delle altre clausole di detto contratto.

Infatti, in assenza di un siffatto controllo, la tutela del consumatore si rivelerebbe incompleta ed insufficiente e costituirebbe un mezzo inadeguato ed inefficace per far cessare l'utilizzo di questo tipo di clausole, contrariamente a quanto disposto all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13".

Dalle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale nel medesimo procedimento B.P. risulta inoltre

che (pp. 38 -40 delle conclusioni), nel caso concreto, il giudice investito delle precedenti opposizioni all'esecuzione aveva rilevato la vessatorietà della clausola relativa agli interessi moratori "senza pronunciarsi sulle altre clausole del contratto e senza neppure menzionarle" (pronuncia che, secondo quanto risulta dalla nota 14 alle conclusioni da ultimo citate, era, al tempo, preclusa al giudice dell'esecuzione spagnolo).

Secondo quanto questo giudice comprende, la decisione dalla Corte resa nel procedimento B.P. ha escluso la superabilità del giudicato esplicito, ma non ha esaminato la compatibilità degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con un istituto quale quello del giudicato implicito sopra descritto.

Il Tribunale rimettente si chiede, in altri termini, se le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche che sono alla base del giudicato siano tali da produrre medesimi effetti, in termini di stabilità della decisione, tanto in caso di giudicato esplicito, quanto in caso di giudicato implicito, ovvero se gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE, letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, consentano il superamento del giudicato implicito allorquando la decisione passata in giudicato (implicito) sia manifestamente in contrasto con il diritto ad un rimedio effettivo.

Come si è detto, il giudicato implicito trova fondamento nell'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su una determinata questione ha, evidentemente, risolto in senso non ostativo tutte le altre questioni da considerare preliminari rispetto a quella esplicitamente decisa (in questo senso, v. Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242). Non necessariamente, tuttavia, un simile argomento logico corrisponde all'iter decisionale concretamente percorso dal giudice e, in ogni caso, per definizione, un simile iter logico non è mai manifestato, non potendo quindi escludersi taluni possibili profili di incertezza in ordine all'effettivo oggetto della decisione.

A ben vedere, proprio il caso alla base del presente provvedimento è, con elevata probabilità, indice di una simile mancata coincidenza tra il modello astratto di iter logico alla base della decisione e l'iter logico effettivamente percorso dal giudice; avuto riguardo al diritto vivente al tempo in vigore, è infatti assai verosimile che, nell'emettere il decreto ingiuntivo richiesto, il giudice non abbia in alcun modo svolto l'indagine relativa alla vessatorietà delle clausole (così non esercitando la fondamentale funzione di riequilibrio -anche- processuale dei rapporti tra imprenditore e consumatore sopra citata), escludendo a priori la possibilità di qualificare il fideiussore come consumatore.

Del resto proprio il carattere non manifesto dell'iter logico concretamente fatto proprio dal giudice ed i possibili profili di incertezza in ordine all'oggetto di una decisione comunque suscettibile di acquisire la forza del giudicato possono comportare un pregiudizio al diritto alla tutela effettiva del debitore cui (anche nella prospettiva dell'impugnazione) potrebbe essere preclusa la percezione

dell'effettiva portata della decisione.

Ebbene, in un caso del genere, il giudice si chiede se il diritto ad una tutela effettiva derivante dagli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE letti in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea consenta al consumatore di contestare, mediante un'opposizione all'esecuzione, il contenuto intrinseco di una decisione giudiziale che, pur non avendo OR.16 esplicitamente statuito sulla natura vessatoria delle clausole contenute in un contratto, sia ormai passata in giudicato.

P.Q.M.

Il Tribunale così provvede:

1) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione europea le seguenti questioni pregiudiziali:

a) "Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento nazionale, come quello delineato, che preclude al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato, allorquando il consumatore, avuta consapevolezza del proprio status (consapevolezza precedentemente preclusa dal diritto vivente), richieda di effettuare un simile sindacato";

b) "Se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento come quello nazionale che, a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice dell'esecuzione, chiamato a decidere su un'opposizione all'esecuzione proposta dal consumatore, di rilevare una simile vessatorietà e se una simile preclusione possa ritenersi esistente anche ove, in relazione al diritto vivente vigente al momento della formazione del giudicato, la valutazione della vessatorietà della clausola era preclusa dalla non qualificabilità del fideiussore come consumatore

OMISSIS Istruzioni alla cancelleria

Così deciso in Milano, il 31 ottobre 2019.

Depositata in Cancelleria il 31 ottobre 2019.

