

Causa C-600/19**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

6 agosto 2019

Giudice del rinvio:

Audiencia Provincial de Zaragoza (Spagna)

Data della decisione di rinvio:

12 luglio 2019

Appellante:

MA

Appellata:

Ibercaja Banco, S.A.

Oggetto del procedimento principale

Impugnazione dell'ordinanza che, nell'ambito di un procedimento di esecuzione, approva la liquidazione degli interessi in assenza di tempestiva opposizione, con conseguente impossibilità di valutare il carattere abusivo di determinate clausole contrattuali, in applicazione dell'effetto di cosa giudicata.

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Il giudice del rinvio solleva quattro questioni pregiudiziali. La prima questione pregiudiziale è volta ad accertare se sia conforme all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio una normativa nazionale dalla quale risulta che se il giudice competente, nella fase in cui ha disposto l'esecuzione, non ha rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola, esso non può nuovamente esaminare detta clausola d'ufficio, nemmeno quando nell'ambito del controllo svolto inizialmente non sia stata espressa alcuna considerazione quanto alla validità delle clausole esaminate.

Con la seconda questione pregiudiziale si chiede se, nel caso in cui l'esecutato non faccia valere il carattere abusivo delle clausole nell'incidente processuale previsto a tal fine dalla legge, egli possa successivamente, dopo la definizione di tale incidente di opposizione, proporre un nuovo incidente, anche quando non sussistano nuovi elementi di fatto o di diritto.

Con la terza questione pregiudiziale si chiede se, qualora si risponda in senso negativo alla seconda questione, in quanto si ritenga che ricorra un effetto preclusivo tale da impedire al debitore di far nuovamente valere il carattere abusivo delle clausole, il giudice possa esercitare d'ufficio il controllo in discussione.

Con l'ultima questione pregiudiziale si chiede se, in seguito all'accettazione della migliore offerta e all'aggiudicazione dell'immobile, si possa ritenere concluso il procedimento di esecuzione e sia quindi possibile esaminare, d'ufficio o su istanza di parte, la nullità di una clausola abusiva che potrebbe influire su tale procedimento.

Questioni pregiudiziali

- 1) Se sia conforme al principio di efficacia di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, nell'interpretazione datane dalla CGUE, una normativa interna dalla quale risulta che, qualora una determinata clausola abusiva abbia superato il controllo giurisdizionale d'ufficio iniziale nel momento in cui è stata disposta l'esecuzione [– controllo negativo di validità delle clausole –], tale controllo osta a che successivamente il medesimo giudice possa rilevare d'ufficio detta clausola abusiva quando già dal primo momento ne sussistevano i presupposti di fatto e di diritto, benché in detto controllo iniziale non sia stata espressa, né nel dispositivo né nella motivazione, alcuna considerazione sulla validità delle clausole.
- 2) Se l'esecutato, sussistendo già gli elementi di fatto e di diritto che determinano il carattere abusivo di una clausola di un contratto concluso con i consumatori non eccepisce detta abusività nell'incidente di opposizione previsto a tal fine dalla legge, possa successivamente, dopo la definizione di siffatto incidente di opposizione, riproporre un nuovo incidente processuale, volto a far dichiarare il carattere abusivo di un'altra o di altre clausole, quando questi già poteva opporlo inizialmente nel procedimento ordinario previsto dalla legge. In definitiva, se ricorra un effetto preclusivo che impedisce al consumatore di eccepire successivamente il carattere abusivo di un'altra clausola nel medesimo procedimento di esecuzione e perfino in un successivo giudizio di cognizione.
- 3) Se, nel caso in cui sia ritenuta conforme alla direttiva 93/13 (...) la conclusione secondo cui la parte non può proporre un secondo o ulteriore incidente di opposizione per eccepire il carattere abusivo di una clausola che

poteva far valere in precedenza poiché sussistevano già i necessari elementi di fatto e di diritto, tale circostanza possa essere addotta come fondamento affinché il giudice, informato di detto carattere abusivo, possa esercitare il suo potere di controllo d'ufficio.

- 4) Se, in seguito all'accettazione della migliore offerta e all'aggiudicazione dell'immobile, potenzialmente a favore del creditore stesso, e una volta spiegatosi l'effetto traslativo della proprietà dell'immobile offerto in garanzia e già escusso, se sia conforme al diritto dell'Unione (...) un'interpretazione secondo la quale, dopo la conclusione del procedimento ed essendo stato raggiunto l'effetto con esso perseguito, vale a dire l'escussione della garanzia, il debitore possa proporre nuovi incidenti per far dichiarare la nullità di una clausola abusiva, con ripercussioni sul procedimento di esecuzione, oppure sia possibile disporre, una volta prodottosi il menzionato effetto traslativo – eventualmente in favore del creditore –, e in seguito all'iscrizione nel registro immobiliare, un riesame d'ufficio che comporti l'annullamento dell'intero procedimento di esecuzione o che, in definitiva, incida sugli importi coperti dall'ipoteca, con possibili effetti sui termini ai quali sono avvenute le offerte.

Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Sentenza del 26 gennaio 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60), punti 51 e 52.

Sentenza del 14 marzo 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), punti 27 e 28 e da 37 a 39.

Sentenza del 29 ottobre 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), punti 37, 38 e 39.

Sentenza del 7 dicembre 2017, Santander (C-598/15, EU:C:2017:945), punti 59 e 60.

Disposizioni di diritto nazionale fatte valere

Disposizioni di diritto nazionale

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (legge del 7 gennaio 2000, n. 1, recante il codice di procedura civile), in particolare articoli 136, 222, 447, paragrafo 2, 517, 552, paragrafo 1, 557, 571 e 695.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (legge del 14 maggio 2013, n. 1, relativa alle misure volte a rafforzare la tutela dei debitori ipotecari, la ristrutturazione del debito e le locazioni abitative a canone sociale).

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (legge del 15 marzo 2019, n. 5, recante disciplina dei contratti di credito immobiliare), in particolare terza disposizione transitoria.

Código Civil (Codice civile), in particolare articolo 1129.

Giurisprudenza nazionale

STS 462/2014 (ECLI: ES:TS:2014:4617)

STS 463/2014 (ECLI:ES:TS:2014:4972)

STS 526/2017 (ECLI: ES:TS:2017:3373)

STS 576/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3553)

STS 628/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3734)

STS 484/2010 (ECLI:ES:TS:2010:4294)

STC 31/2019 (ECLI:ES:TC:2019:31)

Breve esposizione dei fatti e del procedimento principale

- 1 PO e MA concludevano con la Ibercaja Banco, S.A. un contratto di mutuo per l'importo di EUR 198 400 assistito da garanzia ipotecaria. Poiché cinque rate rimanevano insolute, la Ibercaja Banco chiedeva che fosse disposta l'esecuzione su un immobile unifamiliare (dal valore stimato in EUR 299 290) per il recupero del capitale e degli interessi scaduti e non versati, fatta salva la successiva liquidazione degli interessi moratori.
- 2 Il tasso di interesse fissato per il prestito ammontava al 2,750 per cento nominale fino alla fine del 2005 e, successivamente, a una percentuale variabile stabilita dalla clausola 3 bis; il differenziale minimo applicabile al tasso di interesse non poteva essere inferiore allo 0,5%. L'interesse di mora era fissato al 19% nominale annuo.
- 3 Il 26 gennaio 2015 veniva disposta con ordinanza l'esecuzione nei confronti dei mutuatari (PO e MA), ai quali veniva intimato di procedere al pagamento e concesso un termine di dieci giorni per opporsi all'esecuzione. In pari data la cancelleria ordinava al Registro de la Propiedad (Registro immobiliare) di inviarle la documentazione relativa alla proprietà e ad altri diritti reali sull'immobile nonché all'iscrizione dell'ipoteca in favore dell'esecutante.
- 4 In seguito al decesso dell'esecutato PO, il procedimento proseguiva nei confronti di SP e JK, in qualità di possibili eredi legittimi.

- 5 Al termine dell'asta, andata deserta, la Ibercaja chiedeva di potersi aggiudicare l'immobile per EUR 179 574, precisando che avrebbe ceduto il bene aggiudicato alla Residencial Murillo, S.A., società che accettava la cessione e produceva ricevuta di pagamento per tale importo.
- 6 Il 25 ottobre 2016 si procedeva alla liquidazione delle spese, quantificate in EUR 2 886,19, e veniva chiesta la liquidazione di interessi pari a EUR 32 538,28, risultato dell'applicazione del tasso di interesse del 12% ai sensi della legge 1/2013, richiesta che veniva notificata alla parte esecutata. Con provvedimento del 13 dicembre 2016 veniva approvata la liquidazione delle spese per l'importo sopra indicato.
- 7 Con atto del 9 novembre 2016 MA impugnava la liquidazione degli interessi facendo valere il carattere abusivo della clausola 6 del contratto di mutuo relativa all'interesse di mora del 19% nonché della clausola di tasso minimo.
- 8 Il procedimento veniva sospeso al fine di esaminare eventuali clausole abusive del titolo esecutivo, ritenendo che, tra altre, potesse essere abusiva quella riguardante la scadenza anticipata del prestito; tale provvedimento veniva notificato alle parti. La Ibercaja si opponeva alla sospensione del procedimento sostenendo che in tale fase non era possibile dichiarare l'abusività delle clausole contrattuali, in quanto il bene aggiudicato era stato ceduto ed erano state liquidate le spese.
- 9 Lo Juzgado (Tribunale di primo grado) disponeva con ordinanza la sospensione del procedimento fino alla soluzione di una questione pregiudiziale sollevata dal Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna) in relazione alla scadenza anticipata e agli interessi di mora. La Ibercaja impugnava tale ordinanza e la Audiencia Provincial (Corte provinciale) annullava la sospensione, ordinando la prosecuzione del procedimento.
- 10 Con ordinanza del 20 novembre 2017, lo Juzgado (Tribunale di primo grado) rilevava il carattere abusivo della clausola di scadenza anticipata e dichiarava l'improcedibilità dell'esecuzione. La Ibercaja proponeva appello, cui si opponeva MA. Con ordinanza del 28 marzo 2018, l'Audiencia Provincial (Corte provinciale) annullava l'ordinanza appellata e ordinava la prosecuzione del procedimento, ritenendo che non vi fosse luogo all'esame del carattere abusivo di determinate clausole (come quella relativa alla scadenza anticipata), in quanto il contratto di mutuo ipotecario aveva spiegato i suoi effetti e la garanzia era già stata escussa senza che il consumatore avesse fatto valere i suoi diritti. Secondo l'Audiencia Provincial (Corte provinciale), dal momento che il diritto di proprietà era stato trasferito, il principio della certezza giuridica dei rapporti di proprietà già costituitisi imponeva di rispettare tal diritto.
- 11 Con ordinanza del 31 luglio 2018, lo Juzgado (Tribunale di primo grado) respingeva il ricorso contro la liquidazione degli interessi, che restava fissata in EUR 32 389,89, in quanto il procedimento era iniziato dopo l'entrata in vigore della legge 1/2013 senza che fosse stato promosso un incidente di opposizione,

cosicché l'effetto di cosa giudicata precludeva ormai l'esame dell'eventuale carattere abusivo delle clausole.

- 12 MA proponeva appello avverso l'ordinanza del 31 luglio 2018, al quale si è opposta la Ibercaja, S.A. In seguito alla ricezione degli atti presso l'Audiencia Provincial (Corte provinciale), veniva disposto il rinvio pregiudiziale.

Argomenti essenziali delle parti del procedimento principale

- 13 Gli argomenti essenziali delle parti sono esposti supra ai punti da 7 a 9 e 12.

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 14 La presente domanda di pronuncia pregiudiziale è strettamente connessa a quella oggetto della causa C-497/19. In sintesi, in detta causa si chiede, come nel presente caso – sebbene, in quest'ultimo, venga richiesta un'ulteriore precisazione –, se il principio di efficacia delle norme in materia di tutela dei consumatori introdotte dalla direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1999, in particolare la non vincolatività delle clausole abusive prevista dall'articolo 6, sia compatibile con gli effetti di cosa giudicata e preclusione e con la determinazione di un momento finale o ultimo del procedimento di esecuzione oltre il quale non sia più consentito far valere alcuna abusività, ferma restando la possibilità per il consumatore di tutelare i propri diritti in un successivo procedimento di cognizione.
- 15 Il principale problema ancora irrisolto nell'ambito del processo civile spagnolo in materia di tutela dei consumatori è quello dell'incidenza dei nuovi criteri processuali derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'effetto di cosa giudicata e alla preclusione.

Il dovere di condotta processuale che impone al giudice di rilevare d'ufficio e annullare le clausole contrattuali abusive ha progressivamente configurato l'effetto di cosa giudicata. Nella pratica, all'atto di esaminare i suoi limiti e la sua operatività in relazione alla tutela dei consumatori, i giudici nazionali devono far fronte a gravi incertezze derivanti dalla sua imprecisione. In particolare, non è chiaro se, nel procedimento esecutivo, si verifichi un effetto di preclusione processuale della facoltà di valutare la validità di talune clausole dei contratti conclusi con i consumatori.

- 16 Nel diritto processuale civile spagnolo, la Ley de Enjuiciamiento Civil (codice di procedura civile; in prosieguo: la «LEC») prevede due grandi categorie di procedimenti civili: il procedimento di cognizione e il procedimento di esecuzione.

Il procedimento di cognizione è un procedimento non sommario che deve essere utilizzato come rimedio giurisdizionale ordinario, mediante il quale si chiede,

nell'ambito di rapporti tra privati, la tutela giurisdizionale di un diritto sconosciuto o leso dal convenuto e una decisione definitiva al riguardo, senza che si possa sollevare in giudizio la stessa questione o chiedere la medesima tutela sulla base della stessa causa pretendi in successive occasioni (articolo 222 LEC).

Coesiste con tale categoria il procedimento di esecuzione, che si caratterizza per il fatto di non presupporre una delimitazione previa di diritti. Con tale procedimento si avvia già l'attività materiale necessaria per il soddisfacimento di un diritto. Il requisito al fine di accedere direttamente al procedimento di esecuzione consiste nel fatto che il diritto da rendere effettivo sia riconosciuto in un titolo o documento al quale la legge conferisce tale efficacia. L'elenco dei documenti o titoli esecutivi è contenuto nell'articolo 517 della LEC, che disciplina in modo unitario i cosiddetti titoli esecutivi giudiziali (tra i quali figura principalmente la sentenza, che conclude il procedimento di cognizione) e quelli contrattuali. Questi ultimi, di origine extraprocessuale, sono contratti dai quali deriva l'obbligo per il debitore di corrispondere al creditore una prestazione pecuniaria, scaduta, liquida ed esigibile (articolo 571 della LEC). Il motivo per cui il legislatore permette, nei casi disciplinati dall'articolo menzionato, di accedere direttamente ad un procedimento esecutivo saltando quello di cognizione per l'accertamento del diritto è che il riconoscimento del credito viene effettuato con una serie di garanzie giuridiche che consentono di presumere l'esistenza e l'effettività.

- 17 Va precisato che produce effetto di cosa giudicata non soltanto quanto deciso con un giudizio non sommario, ma anche ciò che si sarebbe potuto dedurre, a fondamento dell'azione esercitata dall'attore o come eccezione da parte del convenuto, e non è stato dedotto; vale a dire, sussiste l'effetto di preclusione.

La preclusione è generalmente definita «cosa giudicata virtuale», giacché produce anche un effetto di chiusura o suggello del processo, nonché della domanda. Se l'autorità di cosa giudicata è strettamente connessa al valore della certezza del diritto, a quest'ultima è parimenti connessa la preclusione, poiché l'intento del legislatore è evitare una successione interminabile di processi per l'accertamento del medesimo diritto.

La preclusione, al pari dell'autorità di cosa giudicata, può essere considerata sotto un aspetto formale, come effetto nel medesimo procedimento, oppure in senso materiale, come effetto sulle domande giudiziali o sui mezzi di difesa. Come effetto formale essa osterebbe a che, nello stesso procedimento, una parte possa avvalersi di una facoltà che non è stata esercitata nella fase processuale appropriata (articolo 136 della LEC), e come effetto materiale impedirebbe alla parte di proporre in un diverso procedimento un'azione basata su una causa pretendi o su un'eccezione che avrebbe potuto far valere nel primo procedimento (articolo 222 della LEC).

- 18 Il diritto spagnolo prevede la possibilità che il debitore promuova un incidente processuale affinché sia statuito in sede giurisdizionale su un ambito limitato di opposizione all'esecuzione. Prima della legge del 14 maggio 2013, n. 1, sulle

misure volte a rafforzare la tutela dei debitori ipotecari, la ristrutturazione del debito e l'edilizia sociale, le questioni relative alla validità dell'obbligazione erano riservate a un potenziale giudizio di cognizione, che doveva essere avviato dal debitore. Detta legge ha introdotto la possibilità di opporre il carattere abusivo delle clausole contrattuali sia nel procedimento di esecuzione ordinario (articolo 557, paragrafo 1, punto 7, della LEC), sia nel procedimento speciale ipotecario (articolo 695, paragrafo 1, punto 4, della LEC). Essa non solo ha consentito di proporre opposizione per far valere il carattere abusivo e la conseguente nullità delle clausole dei contratti standard con i consumatori, ma ha altresì imposto ai giudici l'obbligo di controllare d'ufficio, e in via preliminare, i potenziali abusi in tali contratti (articolo 552, paragrafo 1, secondo comma, della LEC).

Sia l'opposizione promossa dal debitore sia il controllo d'ufficio preliminare previsto dalla legge riguardano le clausole dalle quali può dipendere l'avvio dell'esecuzione o l'entità del credito.

- 19 In riferimento alla LEC sono state sollevate critiche riguardo all'effetto di cosa giudicata della decisione giudiziaria che statuisce sull'opposizione nel procedimento esecutivo. In generale, il Tribunal Supremo (Corte suprema) considera, per quanto riguarda l'effetto di cosa giudicata nel procedimento esecutivo, che tale effetto si produca sui motivi di opposizione effettivamente dedotti e sui quali il giudice si è pronunciato; quanto già statuito nell'incidente di opposizione promosso nel procedimento esecutivo produce l'effetto di cosa giudicata, anche in relazione ai motivi di opposizione che si sarebbero potuti opporre e non si sono opposti. Si tratta dell'effetto di preclusione: non è stato dedotto ciò che si poteva opporre, cosicché successivamente il debitore non potrà più avviare un giudizio di cognizione per far dichiarare la sussistenza di siffatta eccezione. Questa è la giurisprudenza stabilita nel contesto del procedimento esecutivo dalle sentenze del Tribunal Supremo 4617/2014 e 4972/2014.

Detta giurisprudenza è stata applicata dal Tribunal Supremo anche alla causa di abusività delle clausole dei contratti stipulati con i consumatori. Si possono richiamare in tal senso le sentenze del Tribunal Supremo 3373/2017, 3553/2018 e 3734/2018.

- 20 Si pone il problema se sia possibile trasporre o rendere compatibile tale giurisprudenza con le esigenze del diritto di difesa del debitore/consumatore risultanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La sentenza della Corte forse maggiormente rilevante è quella del 26 gennaio 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60). Detta sentenza esamina la problematica dell'effetto di cosa giudicata in relazione alla tutela dei consumatori e statuisce che tale tutela non può essere ritenuta illimitata, dovendo cedere di fronte a un principio universale di coerenza dell'ordinamento giuridico, vale a dire la certezza del diritto.

Tale sentenza precisa inoltre che la determinazione dell'effetto di cosa giudicata è rimessa al diritto nazionale. Di conseguenza, occorrerebbe attenersi a quanto stabilito dal Tribunal Supremo spagnolo ed applicare la sua giurisprudenza generale, che sembra essersi estesa alla sfera della tutela del consumatore. Ciò significherebbe che, qualora il giudice dell'esecuzione avesse effettuato tale controllo preliminare, ma senza esteriorizzarlo formalmente in alcun modo o menzionando solo il potenziale carattere abusivo connesso a uno specifico motivo di opposizione e, successivamente, nell'eventuale procedimento di opposizione promosso dal debitore, detto motivo non fosse stato dedotto in relazione ad alcuna clausola abusiva, si produrrebbe un effetto di cosa giudicata, o effetto di «chiusura» del procedimento, ossia la preclusione o perdita per la parte della facoltà processuale di far valere dinanzi a un organo giurisdizionale, dopo la scadenza del termine di opposizione, il carattere abusivo di una clausola del contratto, sia nel medesimo procedimento esecutivo, espletata l'opposizione incidentale, sia in un futuro giudizio di cognizione.

Tuttavia, detta sentenza non si limita a rinviare al diritto interno per la definizione dell'effetto di cosa giudicata, bensì stabilisce una serie di condizionamenti o limiti, in particolare ai punti 51 e 52. Il punto 51 indica che «le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali, alle quali si riferisce l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, non possono pregiudicare la sostanza del diritto, spettante ai consumatori in forza di tale disposizione, a non essere vincolati da una clausola reputata abusiva», e il punto 52 enuncia 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».

Orbene, nel diritto nazionale, come si è già osservato, il giudice deve esaminare tutte le clausole, ancorché esprima la sua valutazione soltanto in relazione a quelle che ritenga abusive. Ai sensi dell'articolo 552, paragrafo 1, della LEC, occorre esaminare il titolo esecutivo nella sua integralità; quand'anche venga promosso un incidente contraddittorio solo sulle clausole di cui è stato rilevato il potenziale carattere abusivo, l'esercizio di tale controllo implica l'esame di validità delle restanti altre clausole.

- 21 La Corte di giustizia ha sottolineato la rilevanza dell'effetto di cosa giudicata nei procedimenti giudiziari, dato che l'immutabilità del giudicato è necessaria al fine di rispettare il principio di certezza del diritto. A quest'ultima è strettamente

connessa la preclusione, la quale implica che, dopo la scadenza del termine processuale per il compimento di un atto, la parte perda la facoltà di compierlo.

L'ammissibilità della preclusione intesa in questi termini ai sensi del diritto dell'Unione europea è stata affermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, segnatamente nella sentenza del 29 ottobre 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), relativa al regime transitorio istituito dalla menzionata legge interna 1/2013, relativa alle misure volte a rafforzare la tutela dei debitori ipotecari, la ristrutturazione del debito e le locazioni abitative a canone sociale, nella quale, per dare attuazione alla richiamata giurisprudenza, è stata prevista la possibilità per il debitore/consumatore di opporre nell'ambito dell'esecuzione ipotecaria il carattere abusivo di determinate clausole e, per i casi nei quali fosse scaduto il termine ordinario di opposizione, era stato fissato, nell'ambito del regime transitorio di detta legge, un termine straordinario di un mese per proporre ex novo l'opposizione basata sull'abusività. La Corte di giustizia ha ritenuto che tale strumento processuale, ossia il termine qualificato come straordinario, non fosse conforme al diritto dell'Unione. Il ragionamento della Corte di giustizia è il seguente:

«Tuttavia, detta notifica, precedente alla data di entrata in vigore della legge 1/2013, non conteneva informazioni riguardanti il diritto di detti consumatori di proporre opposizione all'esecuzione facendo valere il carattere abusivo di una clausola contrattuale che costituisce il fondamento del titolo esecutivo poiché una tale possibilità è stata introdotta all'articolo 557, paragrafo 1, punto 7, del codice di procedura civile, soltanto dalla legge 1/2013.

In tali circostanze, alla luce, segnatamente, dei principi dei diritti della difesa, della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, i consumatori non potevano ragionevolmente aspettarsi di beneficiare di una nuova possibilità di presentare un incidente di opposizione senza esserne stati informati attraverso la medesima modalità procedurale con cui l'informazione iniziale era loro giunta.

Di conseguenza, si deve rilevare che, nella parte in cui prevede che il termine di decadenza inizia a decorrere nel caso di specie senza che i consumatori interessati siano informati personalmente della possibilità di far valere un nuovo motivo di opposizione nell'ambito di un procedimento di esecuzione già avviato prima dell'entrata in vigore di detta legge, la disposizione transitoria controversa non è idonea a garantire il pieno godimento di tale termine e, quindi, l'esercizio effettivo del nuovo diritto riconosciuto dalla modifica legislativa di cui trattasi».

Tuttavia, tale giurisprudenza può essere compresa solo partendo dalla considerazione che la stessa Corte di giustizia ammette i termini di decadenza. Si deve al contempo osservare che, nella medesima sentenza, ai punti 27 e 28, vengono richiamati i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento. In definitiva, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta che, sebbene quest'ultima abbia

ritenuto che il regime transitorio della legge 1/2003 non garantisca il diritto di difesa, ciò è accaduto in quanto si presuppone che esistano invece termini di decadenza conformi al diritto europeo, in quanto espressione di un ordine processuale minimo e in ossequio al principio della certezza del diritto.

- 22 In tali circostanze, sorgono dubbi in ordine al coordinamento di detti principi tra le diverse sentenze della stessa Corte di giustizia, la giurisprudenza del Tribunal Supremo e la legislazione nazionale.

Al fine di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la legge processuale nazionale ha introdotto un controllo di abusività, sia nel procedimento di esecuzione ordinario, sia nel procedimento di esecuzione ipotecaria. Il primo controllo ha luogo d'ufficio e deve essere svolto dallo stesso giudice preliminarmente all'avvio del procedimento, prima di disporre l'esecuzione. La peculiarità di tale controllo consiste nel fatto che esso comporta una valutazione di natura meramente condizionale e negativa. Esso non implica una pronuncia sulla validità delle clausole, ma solo sulla loro invalidità. Non è un accertamento in positivo sulla validità, ma in negativo; in sede di controllo del titolo esecutivo contrattuale vengono prese in considerazione solo le clausole che il giudice ritenga abusive e in relazione alle quali sarà avviato un incidente contraddittorio che sfocerà in una pronuncia sulla loro validità.

Per quanto riguarda le altre clausole, qualora esse superino l'esame di validità svolto dal giudice dell'esecuzione, il ragionamento di quest'ultimo non sarà esteriorizzato in alcun modo. Non vi sarà una dichiarazione espressa della loro validità, sebbene il controllo preliminare ne comporti implicitamente la conferma. Ciò è quanto accade nel procedimento di esecuzione ipotecaria che ha dato luogo al presente rinvio pregiudiziale.

Occorre ribadire che la fase preliminare sopra menzionata comporta solo una valutazione in negativo, il che è coerente con la natura del procedimento esecutivo, nel quale non è previsto, in linea di principio, l'accertamento di diritti. Tale valutazione in negativo non preclude l'esercizio dei diritti di difesa del debitore, il quale potrà quindi opporre, dopo l'avvio dell'esecuzione, il carattere abusivo di altre clausole che non sono state espressamente esaminate in sede di controllo preliminare d'ufficio.

Tuttavia, per le clausole il cui potenziale carattere abusivo sia stato eccepito fin dall'inizio occorrerà necessariamente una pronuncia declaratoria, che potrà essere negativa, qualora dette clausole siano considerate abusive, oppure positiva, nel caso opposto.

Ai presenti fini è chiaro che tali pronunce, precedute dal necessario contraddittorio tra le parti, producono l'effetto di cosa giudicata, con la conseguenza che né il debitore proponendo un incidente di opposizione, né il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri di controllo d'ufficio, potranno esigere il riesame di quanto già diversamente statuito.

I dubbi che riguardano il caso di specie sorgono allorché il controllo d'ufficio iniziale non induca il giudice a sentire le parti, giacché non è stata rilevata abusività in alcuna clausola o è stata rilevata soltanto in una clausola specifica. In altri termini, l'esecuzione viene disposta, ma non si esprime un giudizio positivo e nemmeno negativo in ordine alla validità delle clausole, sebbene essa sia stata esaminata dal giudice.

- 23 D'altro canto, ed è questa la questione successiva, sorge il problema se il debitore che ha promosso un incidente di opposizione iniziale facendo valere il carattere abusivo di talune clausole possa successivamente, nonostante la decadenza da tale facoltà, proporre un nuovo incidente di opposizione in relazione ad una clausola che ritenga abusiva ma che non abbia contestato nella fase processuale appropriata, in circostanze nelle quali gli elementi di fatto e di diritto che determinano detto carattere abusivo sussistevano già nel momento in cui è stato promosso il primo e tempestivo incidente di opposizione.

In definitiva, dal momento che la preclusione è ammessa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, si pone il problema se, qualora il debitore non proponga opposizione nel procedimento esecutivo, il principio di effettività comporti o meno il verificarsi di un effetto di chiusura del procedimento tale da impedire, da un lato, al giudice di controllare d'ufficio nuovamente ciò che è già stato controllato e, dall'altro, al debitore di poter di nuovo opporre ciò che si sarebbe potuto opporre e non è stato opposto.

- 24 A prescindere dall'effetto di cosa giudicata e di preclusione, la giurisprudenza della CGUE e il diritto interno suscitano alcuni dubbi sulla determinazione nel termine ultimo entro il quale è possibile rilevare, d'ufficio o su istanza di parte, il carattere abusivo di una clausola. Infatti, il procedimento speciale di esecuzione ipotecaria è finalizzato all'escussione della garanzia reale, l'ipoteca, per il soddisfacimento del credito del creditore-esecutante. Tale garanzia si considera realizzata quando, attraverso l'asta, l'immobile ipotecato viene trasferito a una persona diversa dal proprietario debitore.

Nel diritto spagnolo tale effetto ricorre quando concorrono un titolo traslativo e un modo traslativo, sia esso la consegna materiale (*traditio*) o documentale (ad es. atto pubblico). La *nuda traditio* non trasferisce la proprietà, in quanto siffatto trasferimento richiede una causa, un insieme congiunto di atti.

In un'esecuzione giudiziaria il titolo è rappresentato dall'approvazione dell'aggiudicazione del bene a favore del miglior offerente. E se detta approvazione configura il titolo dell'aggiudicazione, il provvedimento del cancelliere costituisce il modo in cui viene trasferito l'immobile. In virtù di detto provvedimento di aggiudicazione, la condizione di nuovo proprietario dell'immobile può essere iscritta nel registro immobiliare e l'immobile può entrare nel traffico giuridico. Ai fini di tale effetto traslativo della proprietà non è necessaria l'immissione dell'aggiudicatario nel possesso dell'immobile.

Secondo la CGUE, a partire dal momento in cui il bene non può più essere rivendicato, non è possibile riesaminare la validità del contratto di mutuo né l'esistenza di clausole abusive. In tal senso, la sentenza della CGUE del 14 marzo 2013 ha statuito che «l'aggiudicazione definitiva di un bene ipotecato ad un terzo acquisisce sempre carattere irreversibile, anche qualora la natura abusiva della clausola impugnata dal consumatore dinanzi al giudice del merito comporti la nullità del procedimento di esecuzione ipotecaria, salvo l'ipotesi in cui detto consumatore abbia proceduto ad un'annotazione preventiva della domanda di nullità dell'ipoteca prima di detta annotazione in margine».

Tale orientamento è stato ribadito con la sentenza della CGUE del 7 dicembre 2017 (ECLI:EU:C:2017:945), nella quale, in relazione a un procedimento di esecuzione stragiudiziale di un'ipoteca, è stato dichiarato che non si poteva sottoporre a controllo di abusività le clausole di un contratto concluso con un consumatore sulla cui base era stata esperita l'esecuzione forzata, in base al rilievo che «è nell'ambito della procedura di esecuzione ipotecaria che il giudice adito avrebbe potuto procedere, eventualmente d'ufficio, all'esame del carattere ipoteticamente abusivo di clausole contenute nel contratto di mutuo ipotecario.

[L]articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non trovano applicazione in una procedura (...) avviata dall'aggiudicatario di un immobile a seguito di un'esecuzione stragiudiziale della garanzia ipotecaria consentita su tale bene da un consumatore a vantaggio di un creditore professionale e avente ad oggetto la protezione dei diritti reali legittimamente acquistati da tale aggiudicatario, nei limiti in cui, da un lato, tale procedura è indipendente dal rapporto giuridico esistente tra il creditore professionale e il consumatore e, dall'altro, la garanzia ipotecaria è stata eseguita, l'immobile è stato venduto e i diritti reali ad esso relativi sono stati trasferiti senza che il consumatore abbia fatto uso degli strumenti giuridici previsti in tale contesto».

In definitiva, detta sentenza fa riferimento a due circostanze, ossia la preclusione e il fatto che abbia avuto luogo il trasferimento dell'immobile ipotecato. Tuttavia, sono sorti dubbi sulla questione se la possibilità di sollevare l'abusività, d'ufficio o su istanza di parte, possa condurre a rilevare la nullità di alcune clausole – con possibile conseguente nullità dell'intero procedimento di esecuzione – quando, sussistendo già la suddetta aggiudicazione e perfino l'iscrizione nel registro immobiliare, si intenda procedere a siffatto controllo anche in seguito a tali atti, sempreché non abbiano ancora avuto luogo il rilascio e la consegna dell'immobile al nuovo proprietario.

- 25 Nel diritto interno, i dubbi sono aumentati dopo la sentenza del Tribunal Constitucional (Corte costituzionale) spagnolo del 28 febbraio 2019, che ha accolto la domanda con cui un consumatore faceva valere il carattere abusivo del contratto, sebbene non avesse invocato tale abusività al momento dell'escussione dell'ipoteca. In sintesi, il Tribunal Constitucional spagnolo ritiene, interpretando la giurisprudenza della CGUE, che la preclusione non ricorra e si verifichi solo se il carattere abusivo di una clausola è stato espressamente eccepito dal debitore o

esaminato dal giudice nell'ambito di un controllo d'ufficio. In ogni caso, ove vi siano dubbi, come nella fattispecie, si deve sottoporre una questione pregiudiziale alla CGUE.

Per tale motivo si solleva la presente questione pregiudiziale, al fine di chiarire la portata della valutazione in negativo dell'abusività che, ai sensi della legge processuale spagnola, deve essere effettuata prima che sia disposta l'esecuzione. Più in particolare, si chiede se sia possibile valutare l'abusività (d'ufficio da parte del giudice oppure su richiesta dall'esecutato) quando l'ipoteca è già stata escussa e la proprietà già trasferita ma, in ogni caso, prima dello spossessamento dell'esecutato.

Pertanto, a prescindere dalla circostanza che ricorra o meno un effetto di cosa giudicata e che sussista preclusione, occorre stabilire se la conclusione del procedimento in seguito all'escussione della garanzia reale si verifichi con la vendita all'asta, l'accettazione della migliore offerta e il provvedimento di aggiudicazione, con conseguente impossibilità di riesaminare d'ufficio o su istanza di parte la validità o l'abusività di una clausola del contratto, o se, al contrario, sia possibile esaminare tale abusività anche dopo l'aggiudicazione e fino al rilascio dell'immobile da parte del debitore.

- 26 D'altro canto, è importante sottolineare la modifica introdotta nel diritto interno dalla legge del 15 marzo 2019, n. 5, recante disciplina dei contratti di credito immobiliare, che concede a taluni debitori ipotecari un nuovo termine di dieci giorni per proporre opposizione sulla base della possibile esistenza di clausole abusive quando ricorrano determinate circostanze.

In particolare, la terza disposizione transitoria della legge 5/2019 sul regime speciale nei procedimenti di esecuzione in corso alla data di entrata in vigore della legge 1/2013 accorda alle parti esegutate un nuovo termine per promuovere un incidente straordinario di opposizione, purché, tuttavia, il procedimento esecutivo non si sia già concluso con l'immissione dell'acquirente nel possesso dell'immobile.

- 27 Da quanto precede emerge che i diversi operatori del diritto assumono posizioni divergenti, sebbene tutti affermino di applicare la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Secondo il Tribunal Supremo, se è scaduto il termine per opporsi all'esecuzione, e sempre che all'inizio del medesimo fosse possibile eccepire l'abusività, sussistono preclusione e giudicato.

Secondo il Tribunal Constitucional non sussistono né preclusione né giudicato se non esiste un'esplicita pronuncia sulla validità delle clausole, e il termine ultimo per esaminare l'abusività nell'esecuzione ipotecaria è quello dell'immissione dell'aggiudicatario nel possesso.

Secondo il legislatore, sembra che sussistano preclusione e giudicato, ma, quanto meno nei casi in cui non vi sia stata la possibilità materiale di proporre opposizione, può essere esperito un incidente straordinario fino al momento dell'immissione nel possesso.

Posizioni così divergenti rendono necessario, ad avviso del presente Giudice, sollevare una questione pregiudiziale per chiarire: 1) la portata della valutazione in negativo della validità delle clausole del contratto concluso con i consumatori, valutazione che, ai sensi del diritto interno, deve essere effettuata prima che sia disposta l'esecuzione; 2) l'effetto preclusivo che può avere per il debitore il fatto di non avere compiuto entro i termini gli atti previsti dalla legge per opporsi all'esecuzione eccependo il carattere abusivo del contratto; 3) se l'ultimo momento nel quale è possibile esaminare, d'ufficio o su istanza del debitore, la nullità del contratto per abusività sia l'aggiudicazione dell'immobile a un terzo, o eventualmente al creditore, o se, al contrario, nonostante il trasferimento della proprietà, sia possibile far valere tale abusività del contratto fino a quando non abbia avuto luogo l'immissione nel possesso.

DOCUMENTO DILAVORO