

Causa C-497/19

**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98,
paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia**

Data di deposito:

26 giugno 2019

Giudice del rinvio:

Audiencia Provincial de Zaragoza (Spagna)

Data della decisione di rinvio:

14 giugno 2019

Ricorrente:

Ibercaja Banco, S.A.

Resistenti:

SO

TP

Oggetto del procedimento

Impugnazione dell'ordinanza emessa nell'ambito di un procedimento di esecuzione ipotecaria con la quale viene dichiarata l'improcedibilità dell'esecuzione in quanto si considera abusiva la clausola di scadenza anticipata contenuta nel contratto di mutuo assistito da garanzia ipotecaria concluso tra le parti.

Oggetto e fondamento normativo del rinvio

Il giudice del rinvio solleva tre questioni pregiudiziali. La prima questione è volta ad accertare se sia conforme al diritto dell'Unione europea 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, possa successivamente, dopo la definizione di tale incidente di opposizione, riproporre 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.

Questioni pregiudiziali

- 1) Se sia conforme al diritto europeo 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, 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) La questione seguente che sorgerebbe è 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) Nel caso in cui sia ritenuta conforme al diritto europeo 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, se tale circostanza possa essere addotta come fondamento affinché il giudice, informato di detto carattere abusivo, possa esercitare il suo potere di controllo d'ufficio».

Disposizioni di diritto dell'Unione fatte valere

Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

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

Sentenza del 14 marzo 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164).

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

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, recante misure destinate a rafforzare la tutela dei debitori ipotecari, e relativa alla ristrutturazione del debito e agli alloggi popolari).

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

Giurisprudenza nazionale

STS 461/2014 (ECLI:ES:TS:2014:4617).

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

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

STS 3553/2018 (ECLI:ES:TS:2018:3734).

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

STS 5618/2015 (ECLI:ES:TS:2015:5618).

Breve esposizione dei fatti e del procedimento principale

- 1 La IBERCAJA BANCO, S.A., ha avviato un procedimento di esecuzione ipotecaria nei confronti di TP e SO, in cui il competente Juzgado de primera Instancia (Tribunale di primo grado) di Saragozza ha dichiarato d'ufficio con ordinanza la nullità, in ragione del suo carattere abusivo, della clausola di scadenza anticipata contenuta nel contratto di mutuo che costituisce il titolo esecutivo, dichiarando l'improcedibilità dell'esecuzione. La parte attrice ha

interposto appello avverso detta ordinanza; l'appello è stato notificato alla controparte, che vi si è opposta. Gli atti sono stati trasmessi all'Audiencia Provincial de Zaragoza (Corte provinciale di Saragozza), giudice del rinvio.

- 2 La controversia trae origine dalla domanda di esecuzione mediante procedimento speciale di esecuzione ipotecaria proposta il 27 maggio 2015 dalla Ibercaja Banco, S.A., nei confronti dei coniugi TP e SO, sulla base del mutuo assistito da garanzia ipotecaria concesso il 30 giugno 2005. Il prestito ammontava a EUR 240 000 e l'ipoteca insisteva su una casa e un parcheggio. Il mutuo scadeva il 30 giugno 2040 e doveva essere rimborsato in 420 rate mensili; 9 rate restavano insolute.

Con atto di novazione del 26 settembre 2012 le parti modificavano il contratto di mutuo, anche relativamente agli interessi, prorogando il termine di rimborso al 30 giugno 2043, ma mantenendo le altre condizioni. La clausola 6 bis del contratto, rubricata «Risoluzione anticipata da parte dell'istituto di credito», indicava i casi nei quali la parte mutuataria sarebbe decaduta dal beneficio del termine concesso per il rimborso del capitale e l'istituto bancario avrebbe potuto chiederne la restituzione integrale e immediata, tra i quali figurava il «mancato pagamento entro il termine di una qualsiasi rata di interessi o del capitale prestatato».

- 3 Con ordinanza del 15 giugno 2015 veniva disposta l'esecuzione. Detta ordinanza non rilevava il carattere abusivo di alcuna clausola né conteneva alcuna considerazione al riguardo. Il debito esecutato ammontava ad EUR 213 988,74 a titolo di capitale e ad EUR 63 000 per spese e interessi. Non venivano liquidati gli interessi di mora.
- 4 In seguito all'ingiunzione di pagamento, in data 2 settembre 2015 i debitori proponevano opposizione eccependo il carattere abusivo: i) delle commissioni per la gestione delle riscossioni e degli insoluti; ii) degli interessi di mora, considerati abusivi, iii) della responsabilità illimitata che gli atti notarili pongono a carico del debitore; iv) della rinuncia alla cessione di diritti, v) dell'ordine di imputazione dei pagamenti, vi) del divieto di locare, alienare o gravare e vii) dell'assunzione dei costi.

L'opposizione veniva respinta con ordinanza del Juzgado (Tribunale) del 5 novembre 2015, successivamente revocata dallo stesso con ordinanza dell'11 marzo 2016 al solo effetto di dichiarare nulli in quanto abusivi gli interessi di mora pattuiti.

- 5 Con provvedimento interlocutorio del 18 maggio 2017, il Juzgado invitava le parti a presentare le loro osservazioni in ordine a due questioni: la possibilità di rilevare il carattere abusivo della clausola di scadenza anticipata e la possibilità di sospendere il procedimento in attesa che la Corte di giustizia si pronunciasse sulla questione sollevata dal Tribunal Supremo spagnolo con ordinanza dell'8 febbraio 2017.
- 6 In seguito alla presentazione delle osservazioni delle parti, con ordinanza del 15 giugno 2017 il Juzgado statuiva sulla seconda questione, relativa alla sospensione,

senza entrare nel merito del carattere abusivo della scadenza anticipata. Tale provvedimento sospensivo veniva annullato dalla presente Audiencia Provincial con ordinanza del 20 novembre 2017.

- 7 Con atto del 22 febbraio 2018 venivano ribadite la domande di declaratoria di improcedibilità dell'esecuzione a motivo della nullità della clausola di scadenza anticipata e, in subordine, di sospensione del procedimento. Con ordinanza del 3 settembre 2018 veniva dichiarata l'improcedibilità dell'esecuzione a motivo del carattere abusivo della clausola di scadenza anticipata. Tale ordinanza forma oggetto dell'appello e la questione pregiudiziale viene sollevata in riferimento ad essa.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

- 8 Gli argomenti delle parti sono esposti supra a ai punti 1, 2 e 4.

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 9 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.

Il dovere di condotta processuale che impone al giudice di rilevare d'ufficio e annullare le clausole contrattuali abusive ha progressivamente configurato la configurazione dell'effetto di cosa giudicata. Nella pratica, all'atto di esaminare i limiti e l'operatività di tale obbligo 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.

- 10 Nel diritto processuale civile spagnolo, la Ley de Enjuiciamiento Civil (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 lesa 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 nascono fuori dal processo, 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 presumerne l'esistenza e l'effettività.

- 11 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 petendi o su un'eccezione che avrebbe potuto far valere nel primo procedimento (articolo 222 della LEC).

- 12 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 1° 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 ha solo 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.

- 13 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 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.

- 14 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.

- 15 Per comprendere esattamente la portata del dubbio che si intende risolvere con la presentazione della questione pregiudiziale, è opportuno fare riferimento alle decisioni della Corte di giustizia che, da un lato, hanno dichiarato il carattere abusivo della clausola di scadenza anticipata e, dall'altro, hanno precisato l'effetto di cosa giudicata in relazione alle domande del debitore fondate sul carattere abusivo di talune clausole contenute, in tale caso, nei contratti di mutuo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si può affermare, in generale, che la clausola di scadenza anticipata non è abusiva in sé stessa. Nell'ordinamento giuridico spagnolo, il menzionato istituto, disciplinato dall'articolo 1129 del Codice civile, comporta la decadenza dal beneficio del termine che, nel caso del mutuo, le parti possono avere pattuito per il rimborso. In detta disposizione, la perdita del

beneficio in parola è connessa alla perdita del merito creditizio originario del debitore, la quale può ragionevolmente indurre il creditore a dubitare che il debitore sarà in grado di adempiere in futuro. Occorre precisare che, tenuto conto del diritto di autoregolamentazione dei singoli nei loro rapporti, essi possono aggiungere alle cause previste dalla legge altre cause relative all'inadempimento del debitore, quali ad esempio, nel caso del mutuo, quelle riguardanti il pagamento regolare delle rate di rimborso del capitale e degli interessi remunerativi.

- 16 La Corte di giustizia ha precisato gli elementi giuridici che determinano il carattere abusivo della clausola di scadenza nella sentenza del 14 marzo 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), la quale, segnatamente al punto 73, ha definito chiaramente il carattere abusivo di dette clausole.

Il Tribunal Supremo ha parimenti delimitato la portata del carattere abusivo nella sentenza 5618/2015.

- 17 In relazione al secondo aspetto sopra menzionato, 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, sulle misure volte a rafforzare la tutela dei debitori ipotecari, la ristrutturazione del debito e l'edilizia 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, 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 garantisse 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.

- 18 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 quando 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.

- 19 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.