



**IL TRIBUNALE DI NAPOLI NORD**

**TERZA SEZIONE CIVILE**

**Collegio B**

nelle persone dei magistrati:

Dott. Michelangelo PetruzzIELLO	Presidente
Dott.ssa Paola Caserta	Giudice
Dott.ssa Fabrizia Fiore	Giudice relatore

letti gli atti del procedimento iscritto nel r. g. al n. 258/2023, avente ad oggetto il reclamo ex artt. 624 e 669 terdecies c.p.c. contro il provvedimento emesso dal g.e. il 23.12.2022 nell'ambito della procedura esecutiva immobiliare iscritta nel R.G.E. al n. 408/2018;

visto il decreto con cui veniva sostituita l'udienza fissata l'08.02.2023 con il deposito telematico di note scritte;

a scioglimento della riserva assunta all'udienza predetta;

rilevato che tra le eccezioni sollevate dal reclamante, rappresentato e difeso dall'avv. Biagio Riccio, vi è anche quella della presunta vessatorietà ed abusività della clausole di cui alla fideiussione sottoscritta dall'esecutata;

rilevato che la predetta questione della rilevabilità ex officio da parte del giudice dell'esecuzione dell'abusività della clausola relativa ad un contratto con il consumatore, alla luce della recente giurisprudenza della Grande Sezione della Corte Europea di Giustizia, è stata rimessa alle SS.UU. della Corte di Cassazione;

ritenuto pertanto opportuno attendere la decisione della predetta questione rilevante ai fini della decisione della controversia *de quo*;

P.Q.M.

Rinvia all'udienza dell'11.04.2023

dispone



ex art. 127 ter cpc che la fissata udienza sia sostituita dal deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, da denominarsi “note per la trattazione scritta” (o con analoghe locuzioni), deposito da effettuare entro il giorno dell’udienza sostituita;

invita

i procuratori delle parti a depositare in allegato alle note scritte, ove nella loro disponibilità e il fascicolo non sia già interamente composto da documenti informatici, le copie informatiche degli atti di parte e dei documenti in precedenza già depositati.

Aversa, 23.02.2023.

**Il Giudice relatore**

**Dott.ssa Fabrizia Fiore**

**Il Presidente**

**Dott. Michelangelo Petruzzello**



**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

**TRIBUNALE DI NAPOLI NORD**

*Reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. con istanza di sospensione*

PER: [omissis],

rappresentata e difesa, come da procura rilasciata su foglio separato, dall'avv. Biagio Riccio (C.F. RCCBGI64S08B759D) ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Cardito (NA) al corso Cesare Battisti n° 24. Si chiede che le comunicazioni e le notificazioni vengano effettuate all'indirizzo pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it.

CONTRO: [omissis],

quale procuratrice della società [omissis], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato [omissis] ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in [omissis]

Per la riforma dell'ordinanza resa dal Tribunale di Napoli Nord - Giudice dell'esecuzione dott. Antonio Cirma - pronunciata in data 23/12/2022 e comunicata il 27/12/2022, con la quale è stata dichiarata inammissibile l'istanza di sospensione *ex art. 624 c.p.c.*, proposta nel seno del ricorso di opposizione all'esecuzione *ex art. 615 II comma c.p.c.*, incardinato dall'odierna reclamante.

Il libello si fondava su due motivi.

**1. Difetto di legittimazione ad agire della cessionaria [omissis] per non aver dato contezza del contratto di cessione del 14.07.2017, con il quale era stato acquistato il credito della banca [omissis]**

Originariamente il credito vantato nei confronti della società [omissis] ed i suoi fideiussori, tra i quali la reclamante, era nella titolarità della Banca [omissis] e su di esso si è fondato il ricorso per decreto ingiuntivo, proposto dall'istituto di credito, avente ad oggetto il saldo passivo - € 467.196,74 - di esposizioni di conti corrente e conti anticipo della società [omissis]. Il provvedimento monitorio, ottenuto dal Tribunale di Afragola e recante numero 193/2007, per fusione tra [omissis] ed [omissis], è pervenuto a quest'ultimo istituto di credito.

Con atto di precetto, ritualmente notificato in data 17/05/2018, la [omissis], nella qualità di procuratrice della [omissis], quale cessionaria di una serie di crediti della banca [omissis] ha intimato alla ricorrente, quale fideiussore, il pagamento della somma di € 467.196,74 oltre interessi e spese. Alla intimazione è seguito atto di pignoramento immobiliare, notificato al fideiussore, [omissis], il

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

20/06/2018. È stato pignorato il cespite di proprietà dell'opponente: immobile di piena proprietà, sito in [omissis] al [omissis].

Si contestava nel ricorso in opposizione all'esecuzione la legittimazione della cessionaria a procedere *in executivis*, non risultando provata la titolarità del diritto, ossia mancando la dimostrazione dell'esistenza del negozio di cessione tra [omissis] e la [omissis]

L'assenza di prova fa ritenere che si riscontri il difetto di legittimazione ad agire. Nella fattispecie, non si rinviene il contratto di cessione, concluso in data 14/07/2017, né la lista dei crediti ceduti, dunque manca il titolo in forza del quale la cessionaria può continuare l'espropriazione forzata immobiliare.

Si dice sinteticamente nel precetto che *“in data 14.07.2017 nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione, ai sensi e per gli effetti della legge 130 del 30.04.1999 [omissis] ha ceduto alla società [omissis] con contratto di cessione pro-soluto, un pacchetto di crediti individuabili in blocco, ai sensi e per gli effetti dell'art. 58 t.u.b, di cui alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'8.08.2017, parte seconda n.93, tra cui la posizione debitoria di cui al presente atto”*.

Non si comprende, perciò, come sia possibile giungere alla [omissis] in ragione di passaggi, incorporazioni e cessioni di credito, assolutamente non descritti e mostrati nell'intimazione precettizia.

Si fa rilevare che il decreto monitorio è stato reso il 24/09/2007 ed il precetto è stato notificato il 17/05/2018, ben undici anni dopo.

Veniva riportato nel seno del ricorso in opposizione all'esecuzione un nutrito orientamento giurisprudenziale, secondo cui qualora non si dovesse produrre in giudizio e, dunque, dimostrare l'effettivo negozio del trasferimento dello specifico credito e non di un portafoglio massivo, come nel caso di specie, vi è difetto di legittimazione ad agire in capo al cessionario: *“La parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco secondo la speciale disciplina di cui all'art. 58 del d.lgs. n. 385 del 1993, ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo in detta operazione, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, salvo che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta (ex plurimis, Cass. civ., n° 24798/2020). Si faceva riferimento, tra l'altro, ad una recente ordinanza resa dal Tribunale di Brescia, in sede di reclamo che aveva riformato ex art. 669 terdecies c.p.c. il contenuto di un provvedimento del Giudice di prime cure: “anche secondo la giurisprudenza meno restrittiva, non si può ritenere che la semplice pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della cessione in blocco dei crediti sia elemento sufficiente per ritenere che tutti i crediti del cedente siano stati trasferiti al cessionario. In caso di contestazione del debitore, infatti, il cessionario, secondo questa seconda e*

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione

via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)

Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

*meno severa interpretazione, deve allegare e dimostrare, in primo luogo, quali siano gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie di crediti e, in secondo luogo, che le caratteristiche del credito di cui si discute siano riconducibili agli elementi comuni presi in considerazione nell'ambito della cessione in blocco. Parte reclamata si è limitata a produrre una dichiarazione con cui la Banca cedente aveva affermato che il credito in questione sarebbe stato compreso nella cessione in blocco dei crediti. La giurisprudenza di merito ha rilevato che la dichiarazione del cedente non può avere valenza sostitutiva del contratto di cessione o dell'elenco recante le posizioni cedute che allo stesso avrebbero dovuto essere allegate. Il Tribunale di Milano, sempre al riguardo, ha ritenuto che "non si tratta in senso proprio di una confessione, non essendo proveniente da parte alcuna, né di un documento, trattandosi di atto predisposto per la causa in esame" (Trib. Milano 16.9.2021). In definitiva, dunque, la dichiarazione del cedente è priva di valenza probatoria e avrebbe potuto, al più, essere utilizzata per corroborare la valenza di prove tipiche fornite dalla resistente. Quest'ultima, viceversa, non solo non ha prodotto il contratto di cessione con l'elenco dei crediti ceduti, ma non ha neppure allegato e, tantomeno, dimostrato che oggetto della cessione in blocco fossero crediti con le medesime caratteristiche giuridiche ed economiche di quello oggetto del presente giudizio. Parte reclamata non ha, infatti, dedotto e provato che la cessione in blocco avesse riguardato i crediti sorti da contratti di mutuo ipotecario stipulati in un certo lasso di tempo e caratterizzati dalla presenza o meno di insoluti. La Read Sea SPV srl [cessionaria n.d.a.] non ha indicato quali fossero gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie di crediti e non ha provato che le caratteristiche del credito di cui si discute fossero riconducibili agli elementi comuni presi in considerazione nell'ambito della cessione in blocco. In conclusione, dunque, si deve ritenere che, anche secondo la giurisprudenza di legittimità meno rigorosa, parte reclamata non abbia fornito la prova della titolarità del credito. Per le ragioni esposte Il Tribunale, accoglie il reclamo e sospende la procedura esecutiva" (Tribunale di Brescia - estensore Canali - ordinanza del 05/10/2022, n.r.g. 7626/2022, Repert. n. 5274/2022 del 06/10/2022).*

**2. Fideiussione sottoscritta da consumatore inficiata da clausole vessatorie ed abusive. Riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia Europea 17.05.2022: in ragione degli articoli 6 e 7 della direttiva [93/13] e l'articolo 47 della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea] non è impedito al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato- per esempio come nel nostro caso un decreto ingiuntivo non opposto-. Nulla preclude allo stesso giudice, in caso di manifestazione di volontà del consumatore di voler contestare l'abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato**

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione

via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)

Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

**implicito.**

L'altro motivo del ricorso in opposizione all'esecuzione si fondava sul fatto che la fideiussione, in forza della quale era stato ottenuto il decreto ingiuntivo anche contro la reclamante, fosse *contra legem*.

È stata invocata e provata la qualità di consumatore di [omissis], che non aveva ricoperto alcun ruolo gestorio nel seno della società, né aveva partecipazione alcuna al capitale sociale. Da qui il riferimento alla recente sentenza della Corte di Giustizia Europea, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19 che, come noto, ha considerato il principio secondo cui in ragione degli articoli 6 e 7 della direttiva [93/13] e l'articolo 47 della [Carta] non è impedito al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato - per esempio come nel nostro caso un decreto ingiuntivo non opposto -. Nulla preclude allo stesso giudice, in caso di manifestazione di volontà del consumatore di volersi avvalere della abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito”.

Al paragrafo 32 della sentenza della Corte di Giustizia europea è scritto: *“Il giudice del rinvio, richiamando la giurisprudenza della Corte che disciplina l'autonomia processuale degli Stati membri al fine di garantire la piena effettività del diritto sostanziale dell'Unione, quella sui doveri del giudice nazionale in materia di tutela dei consumatori e quella relativa alla superabilità, in determinate circostanze, del giudicato, si interroga sull'eventuale carattere abusivo, nella controversia dinanzi ad esso pendente, delle clausole contenute nei contratti di fideiussione di cui al procedimento principale stipulati tra ZW e B. nonché tra ZW e gli altri creditori, sulla base dei quali sono stati emessi decreti ingiuntivi?”.*

Ciò determina che il Giudice dell'esecuzione, nel nostro caso, per la piena effettività del diritto sostanziale dell'Unione, dovrà interrogarsi sulla possibilità di acclarare se le clausole contenute nei contratti di fideiussione siano o meno abusive, prescindendo dal fatto che si abbia un giudicato implicito per mancata opposizione del decreto che nulla abbia trattato circa la vessatorietà.

La Corte Europea si è posta anche l'interrogativo (comunque superato e sciolto) se può valere ora per allora il fatto che si intervenga su clausole abusive in presenza di un giudicato. Così ha sentenziato: *“Tale giudice rileva altresì che, alla data dell'emissione dei decreti ingiuntivi di cui al procedimento principale, la Corte non aveva fissato i parametri alla stregua dei quali il fideiussore garante di una persona giuridica può essere qualificato come consumatore, parametri che sono stati fissati successivamente dalle ordinanze del 19 novembre 2015, T. (C-74/15, EU:C:2015:772), e del 14 settembre 2016, D. (C- 534/15, EU:C:2016:700). Di conseguenza, lo stesso giudice ritiene che ZW non abbia potuto decidere con*

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

*piena cognizione di causa se fosse opportuno invocare, nell'ambito di un'opposizione ai decreti ingiuntivi, il carattere abusivo delle clausole contenute nei contratti conclusi con professionisti, in quanto ignorava il proprio status di consumatore”.*

Ciò implica che il Giudice dell'esecuzione,

- 1- fatto cadere lo schermo del giudicato implicito,
- 2- valutato che la qualifica di consumatore, ritenuta tale oggi, possa esplicare un effetto retroattivo, allora al tempo della notifica del decreto ingiuntivo,
- 3- ritenute le clausole di cui alla fideiussione de qua come vessatorie ed abusive,

potrà sindacare, d'ufficio, l'opposizione all'esecuzione, considerando nulle dette clausole vessatorie, liberando il fideiussore.

Ha così argomentato il Giudice Unionale: *“il giudice del rinvio rileva che, al punto 49 della sentenza del 26 gennaio 2017, B.P. (C-421/14, EU:C:2017:60), la Corte ha dichiarato che la direttiva 93/13 non osta a una norma nazionale che vieta al giudice nazionale di riesaminare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole di un contratto concluso con un professionista, quando è già stato statuito sulla legittimità delle clausole del contratto nel loro complesso alla luce di tale direttiva con una decisione munita di autorità di cosa giudicata. Esso aggiunge che la Corte ha altresì ritenuto, in tale sentenza, che, qualora l'eventuale abusività di clausole contrattuali non sia ancora stata esaminata nell'ambito di un precedente controllo giurisdizionale del contratto controverso conclusosi con una decisione munita di autorità di cosa giudicata, o qualora solo alcune di esse siano state oggetto di un simile controllo, il giudice nazionale sia nondimeno tenuto a valutare l'eventuale carattere abusivo delle clausole in questione”.*

Così è stata massimata la sentenza della Corte Europea: *“La direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che non consente al giudice dell'esecuzione, nell'ambito di un procedimento di esecuzione ipotecaria, né di valutare, d'ufficio o su domanda del consumatore, il carattere abusivo di una clausola contenuta nel contratto dal quale discende il debito fatto valere e che fonda il titolo esecutivo né di adottare provvedimenti provvisori, tra i quali, segnatamente, la sospensione dell'esecuzione, allorché la concessione di tali provvedimenti sia necessaria a garantire la piena efficacia della decisione finale del giudice investito del relativo procedimento di merito, competente a esaminare il carattere abusivo di tale clausola”.*

### **3. Contenuto del provvedimento reclamato.**

Il Giudice, anche per l'eccezione posta dalla cessionaria, ha rigettato il ricorso fornendo questa discutibilissima motivazione.

Ha ritenuto che l'opposizione proposta fosse inammissibile, perché incardinata oltre

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

l'udienza di modalità della vendita né fondata su fatti sopravvenuti, come recita l'ultimo troncone dell'articolo 615 c.p.c.

Il Giudice ha scritto: *“rilevato che ai sensi della indicata norma l'opposizione appare inammissibile in quanto proposta dopo l'ordinanza di vendita (l'ordinanza di vendita è stata emessa il 4.08.2022; l'opposizione è stata proposta il 21.11.2022) e non vi erano ragioni ostative alla proposizione della stessa anteriormente all'ordinanza di vendita (quanto al primo motivo, l'opposta non è subentrata alla cedente in corso di procedura ma è il soggetto che ha notificato il precetto ed ha dato inizio all'esecuzione; quanto al secondo, l'orientamento citato dall'opponente già esisteva ben prima dell'emissione dell'ordinanza di vendita)”*.

In secondo luogo per il Giudice a quo seppure *“si volesse intendere l'opposizione come sollecitazione dell'esercizio di un potere d'ufficio da parte del GE, la procedura risulta legittimamente instaurata:*

*- quanto alla legittimazione attiva, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 10200/2021), la dichiarazione della cedente circa la inclusione del credito nella cessione di cui è stata data notizia con l'avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale, al pari della disponibilità del titolo esecutivo (comprovata dal deposito dello stesso in data 10.02.2021), costituiscono elementi documentali rilevanti e potenzialmente decisivi della inclusione del credito azionato nella cessione. Nel caso di specie, la creditrice ha depositato la dichiarazione della cedente [omissis] (incorporante [omissis]) nella quale si attesta che tra i crediti compresi nella cessione in favore della [omissis] rientra anche il credito azionato; inoltre, depositando la copia conforme del titolo esecutivo all'atto dell'iscrizione a ruolo, [omissis] ha comprovato la disponibilità del titolo esecutivo;*

*- quanto alla nullità del titolo per la presenza di clausole abusive nella fideiussione, pur volendo aderire alla tesi che ne consenta la verifica in presenza di un decreto ingiuntivo divenuto definitivo, la nullità non poteva essere oggetto di rilievo ex officio, in quanto la fideiussione in forza della quale è stato emesso il decreto ingiuntivo anche nei confronti dell'esecutata non era agli atti del procedimento;*

*rilevato, in ogni caso, che non potrebbe comunque essere concessa la sospensione dell'esecuzione in quanto l'opposizione è stata proposta esclusivamente nei confronti del creditore procedente, mentre nella presente procedura esecutiva è intervenuto anche il Condominio [omissis] in forza di titoli esecutivi, il quale si è opposto alla sospensione ed ha chiesto procedersi alla vendita del compendio pignorato.*

Da qui l'inammissibilità con la condanna alle spese.

È un provvedimento che va censurato per questi

**motivi**

**4. Circa l'inammissibilità del ricorso ex art. 615 c.p.c. ultimo troncone. Il potere d'ufficio del Giudice non incontra limiti, né preclusioni. La legittimazione ad agire è**



**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

**una condizione dell'azione e la sua insussistenza deve essere rilevata dal Giudice, a prescindere dalla sollecitazione della parte.**

Quando il Giudice scrive che parte reclamante solo dopo l'istanza di vendita si è ricordata di proporre l'eccezione di difetto di legittimazione ad agire del creditore cessionario, è come se volesse esprimere un rimprovero: non avendolo fatto prima (per il Giudice l'opponente avrebbe potuto farlo sin dalla proposizione dell'atto di precetto, visto che è stato confezionato dal cessionario), cade nella sanzione dell'inammissibilità prevista dalla norma. Scrive lapidariamente: *“non vi erano ragioni ostative alla proposizione della stessa anteriormente all'ordinanza di vendita”*.

Né vale invocare il potere d'ufficio (questa difesa lo aveva richiamato nelle note allegate a verbale, perché il Giudice ha anche negato immotivamente la trattazione orale, pur richiesta), perché *“l'orientamento citato dall'opponente già esisteva ben prima dell'emissione dell'ordinanza di vendita”*. Scritta così l'ordinanza lascia basiti: perché il potere d'ufficio - come noto - non incontra limite alcuno, mentre il Giudice lo aggancia al potere di sollecito della parte. Siccome quest'ultimo è intervenuto in ritardo, vale la comminatoria della norma.

Ma la migliore dottrina - invocata anche nelle note allegate a verbale, trascurate dal Giudice - è di altro tenore, perché attribuisce - e questo sfugge clamorosamente al Giudice *a quo* - **al potere d'ufficio una sua autonomia, a prescindere dalle parti**: la sua fonte è nella legge ed è quella di evitare nullità ed errori nel processo.

Anzitutto deve condividersi quell'opinione che ha segnalato un pericoloso **vuoto di tutela**, di cui l'esecutato soffrirebbe tra la fase che va dall'ordinanza di vendita o assegnazione alla fase soddisfattiva. Nello specifico, tale orientamento ha ritenuto che la riforma del 2016 abbia trasformato l'espropriazione forzata in uno **“strumento di ingiustizia”** (passim S. Ziino, La mancanza del titolo esecutivo può essere rilevata di ufficio dal giudice dell'esecuzione: un giusto «salvagente» per il debitore dopo la modifica dell'art. 615 c.p.c.? in Euroconference legal. Bruno Capponi, Manuale di diritto dell'esecuzione civile, Torino, 2017, p. 453; V. Cirulli, Le nuove disposizioni in materia di espropriazione forzata, p. 575; Micali, Un termine finale per l'opposizione all'esecuzione, p. 443).

È stato tra l'altro argomentato: *“per valutare compiutamente l'entità (rectius la definitività) delle conseguenze subite dall'esecutato a seguito della decadenza dal potere di promuovere l'opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 2°, c.p.c., occorre in primo luogo chiarire i rapporti sussistenti tra la suddetta decadenza e i poteri di rilievo ufficioso che tradizionalmente si riconoscono in capo al giudice dell'esecuzione.*

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano – corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 – fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

*Si ritiene comunemente, infatti, che il giudice dell'esecuzione abbia il potere-dovere di verificare d'ufficio l'originaria esistenza e la permanenza del titolo esecutivo durante l'intero corso della procedura (se del caso, su sollecitazione dello stesso esecutato mediante istanza ex art. 486 c.p.c.) e che, qualora ne rilevi la mancanza (originaria o sopravvenuta), debba dichiarare l'improcedibilità dell'esecuzione (o, come anche talvolta si dice, la sua estinzione "atipica"). Allo stesso modo deve deliberare circa la sussistenza delle condizioni e presupposti dell'azione esecutiva, se cioè sia effettivamente legittimato il creditore che chiede l'attuazione dell'obbligazione cui è tenuto l'esecutato.*

*Questi principi – sinora del tutto pacifici – necessitano oggi di essere coordinati con il nuovo limite di ammissibilità dell'opposizione all'esecuzione di cui al comma 2° dell'art. 615 c.p.c., onde stabilire se tali preclusioni facciano venire meno o comunque limitino in qualche modo l'esercizio dei suddetti poteri ufficiosi da parte del giudice dell'esecuzione.*

*Ebbene, la prevalente dottrina sembra decisamente orientata a ritenere che il giudice dell'esecuzione mantenga inalterato il suo potere-dovere di rilevare d'ufficio la mancanza (originaria o sopravvenuta) del titolo esecutivo, anche nel caso in cui l'esecutato sia decaduto dal potere di promuovere un'opposizione all'esecuzione fondandola su tale motivo. Lo stesso potere è esercitabile anche nella verifica delle condizioni e presupposti processuali in tema di legittimazione ad agire.*

*Si tratta di una conclusione che merita senz'altro di essere condivisa, in quanto – come giustamente rilevato – i poteri ufficiosi del giudice dell'esecuzione «hanno origine e legittimazione autonoma» rispetto al potere dell'esecutato di agire in opposizione ex art. 615 c.p.c. Da un lato, infatti, si deve considerare che la rilevanza d'ufficio della mancanza del titolo esecutivo e delle condizioni di legittimazione sono espressione del principio generale secondo cui ciascun giudice ha il potere-dovere di verificare l'esistenza e la permanenza dei presupposti processuali. Dall'altro lato poi – e soprattutto – la preclusione dell'opposizione all'esecuzione non fa venire meno la natura e la funzione del titolo esecutivo e delle condizioni necessarie per agire in executivis, quali propellenti necessari del processo che devono sussistere per tutta la sua durata.*

*Ciò significa che, quantomeno rispetto alle questioni "di forma", le conseguenze della decadenza prevista dal comma 2° dell'art. 615 c.p.c. sono, per l'esecutato, tutt'altro che definitive e irreversibili, giacché il rilievo del difetto del titolo esecutivo e delle condizioni e presupposti processuali anche nell'ambito esecutivo, possono essere comunque recuperate attraverso l'esercizio dei poteri ufficiosi del giudice dell'esecuzione; esercizio che ben potrebbe essere sollecitato dallo stesso esecutato, mediante la formulazione di un'istanza ai sensi dell'art. 486 c.p.c." (passim: Le Nuove Leggi Civili Commentate, n° 4, 1 luglio 2018, p. 870 Commento alla normativa Giuseppe Santagada: Il nuovo termine di decadenza, a pena di inammissibilità, dell'opposizione (successiva) all'esecuzione ex art. 615, comma 2° c.p.c. allo stesso modo La riforma dell'esecuzione 2016 (d.l. n. 59/16, conv., con modif.,dalla l. n. 119/16) Le Nuove*

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

Leggi Civili Commentate, n. 4, 1 luglio 2017, p. 694, a cura di Cristina Asprella).

Recentemente nel nuovo manuale dell'esecuzione forzata Anna Maria Soldi, tra l'altro anche Magistrato, ci ricorda: *“sono condizioni dell'azione esecutiva l'esistenza ed il possesso di un titolo esecutivo per un credito certo liquido e esigibile, la legittimazione attiva del creditore e la legittimazione passiva del debitore ovvero del terzo assoggettato all'esecuzione ed, infine, l'esistenza di un oggetto dell'esecuzione che, per sua natura, sia idoneo allo svolgimento del processo esecutivo [...]*. Il giudice dell'esecuzione, esaminato il fascicolo di ufficio, nell'esercizio del suo potere – dovere di dirigere lo svolgimento del processo è tenuto a rilevare l'improcedibilità dell'esecuzione intrapresa, se non si rinvencono le condizioni dell'azione” (Manuale dell'esecuzione forzata, Cedam editore 2022, pag. 53).

Nella fattispecie si rinviene la mancanza del contratto di cessione tra il cedente ed il cessionario, che va a determinare l'insussistenza del potere di quest'ultimo di iniziare l'azione esecutiva.

Dalla mancanza di contratto di cessione tra cedente e cessionario ne scaturisce il difetto di legittimazione ad agire *in executivis*, che rappresenta un presupposto processuale rilevabile in ogni stato e grado di giudizio.

La Cassazione in proposito insegna: *“Le contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotte dall'attore hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori”* (Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 16/02/2016, n. 2951).

Si deve, pertanto, riformare l'ordinanza nella parte in cui ritiene inammissibile il ricorso *ex art. 615 c.p.c.* ultimo troncone, perché si invoca il potere d'ufficio del Giudice di natura autonoma, che supera le preclusioni ed i limiti posti dalla norma e trova la sua scaturigine nell'art. 487 c.p.c.

**5. Per il giudice a quo vi è sussistenza della legittimazione ad agire del cessionario provata dalla dichiarazione del cedente circa la inclusione del credito nella cessione di cui è stata data notizia con l'avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale, al pari della disponibilità del titolo esecutivo.**

Inaccettabile conclusione se si ritiene che tutta la giurisprudenza di merito e di legittimità è giunta ad altre conclusioni, ignorate volutamente dal Giudice a quo, da ultima ordinanza della Cassazione secondo cui la parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco, ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito medesimo

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione

via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)

Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

**in detta operazione, fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale Cass. Civ., Sez. I, Ord. n.5857 del 02.02.2022. Richiamo alla giurisprudenza del Tribunale di Milano e di Brescia contenuta nel libello introduttivo di prime cure e a recente sentenza del Tribunale di Firenze del 5.12.2022.**

**Il possesso del titolo esecutivo deve essere legittimato da una causa sottostante. Per il Giudice a quo ciò non conta: violazione dell'art. 1325 e 1418 c.c.**

Con questa ordinanza si sta assistendo ad una marginalità nel dibattito giurisprudenziale da parte del Tribunale di Napoli Nord che immotivatamente si pone contro sia la giurisprudenza di legittimità che di merito: la posizione è di indubbia minoranza.

Questa difesa già nel ricorso ha dato ampio spazio all'indicazione della giurisprudenza dominante tra l'altro sostenuta e caldeggiata anche dal Tribunale di Milano e di Brescia, notoriamente filo bancari. Il richiamo all'ordinanza di Brescia del dott. Canali è la risposta all'ordinanza del Giudice *a quo*: per comodità la si allega. Si produce altra ordinanza del medesimo Tribunale sempre in sede di reclamo del 02.02.2022.

Ma di fronte all'evidenza - quella dell'inesistenza del contratto di cessione che non potrà mai essere prodotto, perché poi si mostra il prezzo della cessione che come noto è infimo ed irrisorio - lo avrebbe potuto pagare anche il debitore comprando la quietanza (de iure condendo si veda il disegno di legge 755 della scorsa legislatura giacente nelle scartoffie del Senato) - non è corretto sostenere che la dichiarazione della cedente sia rappresentativa della prova di questo credito incluso in quelli in blocco venduti alla cessionaria.

È stata pubblicata altra ordinanza, questa volta del Tribunale di Firenze, secondo cui la prova non deve essere conferita dal cedente (come vuole il Giudice *a quo*) bensì dal cessionario: *“pertanto, in caso di contestazione circa l'effettiva titolarità del credito, spetta pur sempre al cessionario che agisce giudizialmente fornire la prova dell'essere stato lo specifico credito di cui si controverte compreso tra quelli compravenduti nell'ambito dell'operazione di cessione in blocco, essendo il fondamento sostanziale della legittimazione attiva legato per il cessionario alla prova dell'oggetto della cessione”* (Tribunale di Firenze, sentenza n. 3401/2022, pubblicata il 05/12/2022, n.r.g. 8162/2020).

Il che può avvenire solo con il contratto di cessione non presente in atti.

Nemmeno può essere condivisibile l'assunto secondo cui poiché si possiede il titolo esecutivo si è cessionari. Ed in base a quale contratto? Quale trasferimento? Secondo quale causa sottostante? L'inesistenza di una causa come noto comporta la nullità di qualsiasi stipulazione alla luce dell'art. 1418 c.c.

Questa oscura e pericolosa affermazione del Giudice *a quo* non valuta che il possesso del

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

titolo possa essere frutto anche di altre stipulazioni, per esempio di una simulazione, di un negozio in frode alla legge; ecco perché il legislatore all'art. 1325 c.c. chiede la presenza della causa, che è la funzione economica sociale cui il trasferimento è imbevuto anche per la tutela dell'affidamento e della buona fede e delle esigenze del debitore ceduto, che possa pagare al legittimo titolare del credito.

Alla luce di quanto esposto ed anche in ragione della giurisprudenza ampiamente citata nel ricorso in opposizione 615 c.p.c. del giudizio di prime cure, si chiede la riforma dell'ordinanza impugnata.

**6. Disattenzione del Giudice *a quo*: afferma che agli atti non vi sia la fideiussione, mentre essa è presente. Circostanza sopravvenuta: rinuncia all'esecuzione del condominio [omissis] tacitato per ogni suo avere. Ruolo di consumatore [omissis], la quale non ha mai fatto parte della società - debitrice principale - non ha sottoscritto il relativo capitale sociale, né ricoperto ruoli gestori. Applicazione della sentenza della Corte di Giustizia europea 17.05.2022: in ragione degli articoli 6 e 7 della direttiva [93/13] e l'articolo 47 della [Carta] non è impedito al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco di un titolo esecutivo giudiziale passato in giudicato - per esempio come nel nostro caso un decreto ingiuntivo non opposto -. Nulla preclude allo stesso giudice, in caso di manifestazione di volontà del consumatore di voler contestare l'abusività della clausola contenuta nel contratto in forza del quale è stato formato il titolo esecutivo, di superare gli effetti del giudicato implicito.**

**Abusività e vessatorietà della fideiussione *de qua*. Riviviscenza dell'art. 1957 c.c. liberatoria del fideiussore [omissis].**

Il Giudice afferma nella sua ordinanza che agli atti non è presente la fideiussione, mentre invece c'è. È al punto due degli allegati, che il Giudice ha considerato troppo frettolosamente. C'è anche la visura storica della [omissis], nella quale non appare alcun riferimento al fideiussore [omissis], casalinga che rilascia garanzia all'istituto di credito.

Siamo, dunque, al cospetto di un soggetto debole, il consumatore - una casalinga, si ripete - che subisce il potere del più forte, la banca (Dolmetta parla di abuso di posizione dominante, prendere o lasciare), che per concedere credito impone di far firmare fideiussioni anche a soggetti che non facciano parte dell'assetto societario, anche se esse siano farcite di clausole vessatorie ed abusive, come quella in questione, **per altri versi** reputate dalla giurisprudenza

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione

via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)

Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

contrarie alle legge sulla concorrenza art. 2 c. 2 lett. a legge 287/1990.

Ebbene, come ampiamente illustrato in seno al ricorso in opposizione di prime cure, la Corte di Giustizia Europea ritiene che il consumatore può sollecitare il Giudice dell'esecuzione a soprassedere al giudicato del decreto ingiuntivo non opposto, che cade inesorabilmente. Ne consegue che per il disposto degli articoli 6 e 7 della direttiva europea 93/13 e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il consumatore può rivolgersi al Giudice dell'esecuzione e sollecitare a reputare nulle anche retroattivamente le clausole abusive e vessatorie per intenderci quelle contrassegnate con il numero 2,6, 8, facendo venir meno il giudicato (Proto Pisani, nelle sue auliche pagine parla di uno schermo fittizio).

Nella fattispecie siamo al cospetto di un decreto ingiuntivo, passato in giudicato solo per effetto dell'art. 654 c.p.c. e, dunque, la questione della vessatorietà delle clausole, contenute nella fideiussione, non è stata affatto affrontata.

Si sarebbe, dunque, formato un giudicato su una nullità, il che è intollerabile per l'ordinamento: la giurisprudenza unionale del 17/05/2022 è intervenuta all'uopo ed ha sancito che, ora per allora, il Giudice dell'esecuzione, non dovendo considerare la formazione del titolo esecutivo attraverso il giudicato interno ed implicito e facendo cadere lo schermo della mera esecutorietà del decreto *ex art. 654 c.p.c.*, deve disapplicare per la prima volta le clausole abusive.

Ma la disapplicazione non è nuova come rimedio processuale, perché sempre l'Europa ne ha dettato le regole: *“la Direttiva n. 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata [ma la medesima cosa vale al cospetto di un decreto ingiuntivo non opposto, passato in giudicato, n.d.a.] emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale, affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausole”* (Corte di Giustizia Comunità Europee, Sez. I, 06/10/2009, n° 40/2008).

A commento di questa fondamentale sentenza è stato scritto: *“Secondo la Corte, infatti, l'obbligo di valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria alla luce dell'art. 6 della direttiva 93/13 incombe sul giudice dell'esecuzione anche quando nell'ambito del sistema giurisdizionale interno, il*

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

*giudicante "dispone di una mera facoltà di valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola del genere con le norme nazionali d'ordine pubblico.*

*In altri termini, la Corte finisce con l'approfondire la tutela riservata al consumatore nel senso di disegnare a carico del giudice dell'esecuzione un obbligo di rilevanza del meccanismo di tutela offerto dalla direttiva 93/13 [...]. Si ha così la sensazione che attraverso il rinvio al principio di equivalenza il giudice comunitario sia riuscito a disegnare una tutela "forte" in favore del consumatore per affermare la possibilità di superare il giudicato nazionale difforme [...]. Il sindacato del giudice dell'esecuzione sull'abusività della clausola compromissoria è "dovuto" in ogni caso, fino al punto da dovere trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola" (R. Conti, ne Il Corriere Giuridico, n. 2, 1 febbraio 2010, p. 170).*

Si giunge alla conclusione, sulla base di questi assunti, che in ragione dell'art. 6, paragrafo 1, e dell'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, sia possibile al Giudice dell'esecuzione, innanzi al quale sia proposta l'opposizione anche in presenza di un giudicato di cui ad un decreto ingiuntivo non opposto, di controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come "consumatore" ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo.

Se si legge il ricorso di cui al provvedimento monitorio se ne chiede l'ingiunzione nei confronti dell'odierna opponente tra l'altro, sull'assunto che la medesima avesse prestato fideiussione che si fondava sullo schema ABI seppure riferito dell'anno 2003.

La fideiussione che ripete questo schema contiene clausole vessatorie.

Siamo, infatti, al cospetto di una fideiussione cd. "omnibus", ossia una garanzia personale che impone al garante il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il debitore principale ha assunto o assumerà nei confronti del creditore (nella prassi spesso un istituto di credito) in dipendenza di qualsiasi operazione.

Infatti la sentenza europea prende in considerazione il carattere della vessatorietà del contratto fideiussorio e la qualità di consumatore del ricorrente in opposizione.

La sentenza europea è chiara nel ritenere che esista uno squilibrio tra il consumatore ed il professionista, che si configura nell'abuso di posizione dominante: la condizione capestro del prendere o lasciare tipica delle banche che costruiscono il contratto per il quale vi è (per non perdere il finanziamento, l'affidamento) l'accettazione supina del consumatore. "Secondo una giurisprudenza costante della Corte, il sistema di tutela istituito con la direttiva 93/13 si fonda sull'idea che

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

*il consumatore si trova in una posizione di inferiorità nei confronti del professionista per quanto riguarda sia il potere negoziale sia il livello di informazione (v., in particolare, sentenza del 26 gennaio 2017, B.P., C-421/14, EU:C:2017:60, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).*

*Alla luce di una tale situazione di inferiorità, l'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva prevede che le clausole abusive non vincolino i consumatori. Si tratta di una disposizione imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti determinato dal contratto, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra tali parti (v., in particolare, sentenze del 21 dicembre 2016, G.N. e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punti 53 e 55, e del 26 gennaio 2017, B.P., C-421/14, EU:C:2017:60, punto 41).*

*A tale riguardo, dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che il giudice nazionale è tenuto a esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in tal modo, a ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista, laddove disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine (sentenze del 14 marzo 2013, A., C-415/11, EU:C:2013:164, punto 46 e giurisprudenza ivi citata; del 21 dicembre 2016, G.N. e a., C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 58, e del 26 gennaio 2017, B.P., C-421/14, EU:C:2017:60, punto 43).*

*Inoltre, la direttiva 93/13 impone agli Stati membri, come risulta dal combinato disposto del suo articolo 7, paragrafo 1 e del suo ventiquattresimo considerando, di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e i consumatori (sentenza del 26 giugno 2019, A.B., C-407/18, EU:C:2019:537, punto 44 e giurisprudenza ivi citata)”.*

*Recentemente la Corte di Appello di Bari ha stigmatizzato: “L'esclusione della decadenza della banca dalla garanzia prevista dall'art. 1957 c.c., quando il garante rivesta la qualità di consumatore, deve necessariamente essere perfezionata nel rispetto delle forme di tutela non più formali ma sostanziali richieste dal Codice del Consumo (D.Lgs. 206/2005), con onere per il professionista di provare che le clausole unilateralmente predisposte siano state oggetto di trattativa individuale ex art. 34, co. 5, non essendo sufficiente la specifica approvazione per iscritto prevista dalla disciplina codicistica (art. 1341 c. 2 cc).*

*Invero la clausola del contratto di fideiussione con cui si deroga all'art. 1957 c.c. rappresenta, chiaramente ed inequivocabilmente, una ipotesi di clausola vessatoria tipizzata dall'art. 33, co.2, del Codice del Consumo (che si presume vessatoria, fino a prova contraria, in quanto inclusa nella c.d. lista grigia) ed, in particolare, quella indicata dalla Lettera T), poiché limitante la facoltà del fideiussore di opporre eccezioni?” (Appello Bari sez. II, 01/02/2022 n° 156).*

*Allo stesso modo la Corte di Appello di Firenze ha ritenuto che: “Resta da esaminare la collegata e fondata questione relativa alla natura vessatoria, appunto in virtù della disciplina consumeristica, delle*



**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione

via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)

Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

*clausole di deroga all'art. 1957 inserite nelle lettere di fideiussione sottoscritte dall'odierna appellante. Superato il risalente orientamento di segno opposto richiamato dalla difesa appellata (Cass. n. 2034/1974), la giurisprudenza è ormai consolidata nell'ascrivere le clausole derogatorie in questione al novero delle vessatorie, non solo ai fini dell'applicazione della più incisiva disciplina protezionistica di cui al Codice del Consumo, ma, prima ancora, ai fini della protezione formale associabile alla sottoscrizione specifica imposta dall'art. 1341 c. 2 c.c. Del resto siffatte clausole privano il fideiussore, ancorché non in via esplicita e immediata, della possibilità di far valere la decadenza del creditore negligente e, per l'effetto, realizzano una limitazione della facoltà di opporre eccezioni. Pertanto, già l'interpretazione letterale della disposizione conduce agevolmente ad affermarne la natura vessatoria. Detta qualificazione vale poi a fortiori nella prospettiva della disciplina consumeristica, che, riprendendo pressoché testualmente la corrispondente parte della disposizione codicistica ex art. 1341 c. 2 c.c. stabilisce una presunzione di vessatorietà proprio per quelle clausole che sanciscono "a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni [...]" (art. 33 c. 1, lett. t). Presunzione di vessatorietà, questa, per il cui superamento non è più sufficiente l'adempimento formale della specifica approvazione scritta, essendo invece necessaria, specie quando, come nel caso in rassegna, il contratto sia sottoscritto per moduli o formulari, la dimostrazione che le clausole unilateralmente predisposte dalla parte professionale siano state oggetto di trattativa individuale (art. 34 c. 5 D.lgs. 206/2005). Non v'è dubbio, insomma, che nell'esercizio della loro autonomia negoziale i contraenti possano derogare alla disciplina di cui all'art. 1957 c.c., ma qualora il fideiussore rivesta la qualità di consumatore tale deroga deve avvenire nel rispetto del regime protezionistico sostanziale e non più soltanto formale di cui al citato Codice del Consumo. Nel caso di specie, nessuna prova è stata offerta in proposito dalla parte convenuta-appellata, essendosi questa limitata a sottolineare la specifica approvazione per iscritto delle clausole di cui trattasi, da ritenersi insufficiente, come chiarito, ai fini della valida pattuizione. Va dunque dichiarata la nullità parziale delle lettere di fideiussione con la riviviscenza per l'effetto della disciplina legale derogata e del conseguente onere del creditore di attivare e coltivare con diligenza le proprie ragioni a pena di decadenza entro il termine semestrale di cui all'art. 1957 c.c." (Appello Firenze, 30/05/2022, n° 1091).*

Pur essendo consapevole che sia intervenuto il giudicato, la Corte Europea soppesa il fatto che non sia impedito al Giudice dell'esecuzione - e per la prima volta - di sindacare le clausole abusive.

È scritto in sentenza: "Nei procedimenti principali, la normativa nazionale prevede che, nell'ambito del procedimento di esecuzione dei decreti ingiuntivi non opposti, il giudice dell'esecuzione non possa esercitare un controllo nel merito del decreto ingiuntivo né controllare, d'ufficio o su domanda del consumatore, il carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di tale decreto ingiuntivo, per via dell'autorità di cosa giudicata implicita acquisita da quest'ultimo.

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

*Orbene, una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali.*

*Ne consegue che, in un caso del genere, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione”.*

Fatto cadere, dunque, lo schermo del giudicato bisogna valutare se quelle clausole contenute nella fideiussione possano considerarsi vessatorie.

Nella specie conta la clausola numero 6, che, come visto, deroga espressamente al disposto dell'art. 1957 c.c. Essa è indubabilmente di natura vessatoria ed abusiva. Ivi è testualmente riportato: *“i diritti derivanti alla Banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore od il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c. che si intende derogato”.*

**Se il Giudice dell'esecuzione può disapplicare detta clausola sull'assunto che essa sia obiettivamente vessatoria e manifestamente iniqua, ne consegue che con la vigenza dell'art. 1957 c.c. potrà ottenersi la liberazione del fideiussore [omissis].**

Si è derogato ed è stato violato l'art. 1957 c.c., dal momento che, dopo il decreto ingiuntivo del 2007, è stato notificato dopo ben 11 anni da parte del cessionario e non del cedente (con l'evidenza del difetto di legittimazione ad agire *in executivis*) atto di precetto di pagamento – 17/05/2018.

È stato stabilito in termini generali che *“L'art. 1957 c.c., nell'imporre al creditore l'onere di proporre "le sue istanze" contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore, a pena di decadenza dal suo diritto verso quest'ultimo, tende a far sì che il creditore stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa. Alla luce di tale "ratio", consegue che il termine "istanza" si riferisce a tutti i vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito e dalla loro concreta idoneità a sortire il risultato sperato. Resta, invece, escluso che, in quello stesso termine, possa rientrare un semplice atto stragiudiziale, o una denuncia o una querela presentate in sede*

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

*penale, o un ricorso per accertamento tecnico preventivo” (Cass. civ., Sez. II, 14/01/1997, n° 283).*

L’art. 1957 c.c. prevede che la fideiussione si estingua quando il creditore non ha proposto le sue istanze nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione **e non le ha diligentemente continuate**. La norma pone al creditore l’onere di proporre le sue azioni contro il debitore per evitare che il creditore, sicuro del risultato dell’escussione della garanzia, trascuri l’esercizio del suo diritto verso il debitore; che egli deve porre invece in prima linea, in coerenza al carattere sussidiario dell’obbligazione fideiussoria, e per evitare che il fideiussore resti incerto circa gli effetti della sua intercessione e circa le reazioni del debitore nei confronti del creditore (passim Falqui Massida, 11; Fragali, 381).

Il termine semestrale decorre dalla scadenza dell’obbligazione garantita essendo ininfluenza sia la messa in mora del debitore (Cass. civ., sez. I, n° 3835/1975) che la formazione del titolo esecutivo (Cass. civ., sez. lav., n° 6547/1986).

**La statuizione del legislatore è chiarissima: l’istanza giudiziale nei confronti del debitore principale - società [omissis] - deve diligentemente continuare ad opera del creditore.**

**Dopo la notifica del decreto ingiuntivo nei confronti della [omissis] non vi è stato altro atto giuridicamente rilevante, ma direttamente e dopo 11 anni il solo precetto contro i fideiussori.**

Il diligentemente continuate non è un avverbio a caso posto dal legislatore; il che significa che il creditore deve conferire la prova di aver proposto azioni giudiziarie, anche successivamente ai sei mesi; nel caso in rassegna, non si rinviene alcuna altra azione contro la società debitrice dopo la notifica del provvedimento monitorio.

Questo significa che, in aderenza all’assunto secondo cui la clausola della persistenza della validità ed efficacia del credito nei confronti del fideiussore decorsi sei mesi è nulla, ne consegue che, in applicazione dell’art. 1957 c.c., non avendo il creditore continuato le sue istanze di recupero nei sei mesi successivi dalla notifica del decreto ingiuntivo diligentemente, avvenuta nel lontano 2007, non sopravvive la fideiussione e, dunque, vi è la liberazione dell’opponente.

**Ritenuto che il decreto 193/20007 non ha il valore di giudicato e che la fideiussione sottesa ad essi titoli nella sua intrinseca vessatorietà, non è mai stata fatta oggetto di deliberazione dal Giudice del monitorio, considerato che tale vessatorietà ancora persiste, ne consegue che proprio alla luce della sentenza europea essa potrà ritenersi**

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

***abusiva.***

Si palesa, dunque, il diritto di opporsi all'esecuzione de qua sulla base del combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, poiché non osta al giudice dell'esecuzione di effettuare un sindacato intrinseco sul titolo esecutivo passato in giudicato, il decreto ingiuntivo n. 193/2007 che nulla ha deliberato circa detta vessatorietà ed abusività delle clausola numero 6, contenuta nella fideiussione sottoscritta dall'opponente in data 27/10/2005.

Il Giudice dell'esecuzione deve intervenire e rendere fondamentale provvedimento di sospensione dell'azione esecutiva, perché, in ragione di una cessione del credito, priva della dimostrazione sottesa del suo rapporto fondamentale con ricaduta del difetto di legittimazione ad agire *in executivis* ed in considerazione di una fideiussione- in particolare la clausola sei- derogatrice del fondamentale disposto dell'art. 1957 c.c., si sta proponendo un'esecuzione iniqua.

Rinvenuta la fideiussione non vista dal Giudice a quo e tacitato il creditore condomino come si può constatare dal deposito eseguito dall'avvocato costituito con rinuncia sottoscritta per evitare equivoci anche dall'amministratore del medesimo, non vi è motivo ostativo alcuno per sospendere gli effetti esecutivi di quest'abnorme ordinanza dagli effetti devastanti: quelli di far perdere la casa di abitazione di[*omissis*], nella quale vi è anche un malato di sclerosi multipla.

**7. Necessità che con la proposizione dell'odierno reclamo si sospenda l'esecuzione e le operazioni di vendita, che si concludono con il decreto di trasferimento in capo all'aggiudicatario.**

Nelle more vi è stata l'aggiudicazione del cespite. Non ancora è intervenuto il decreto di trasferimento. Tuttavia l'aggiudicatario può integrare, prima del decorso dei 120 giorni, il pagamento del prezzo.

Vi sono, perciò, fondati motivi affinché, *inaudita altera parte*, il Presidente del Tribunale, dal momento che si palesa il gravissimo danno di perdere la casa di abitazione, disponga con ordinanza non impugnabile la sospensione dell'esecuzione e delle sottese operazioni di vendita almeno sino alla data della discussione del reclamo.

In alternativa non si ignora la pronuncia della Suprema Corte a mente della quale "*il sopravvenuto accertamento dell'inesistenza di un titolo idoneo a giustificare l'esercizio dell'azione esecutiva non fa venir meno l'acquisto dell'immobile pignorato, che sia stato compiuto dal terzo nel corso della procedura*

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione

via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)

Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

*espropriativa in conformità alle regole che disciplinano lo svolgimento di tale procedura, salvo che sia dimostrata la collusione del terzo col creditore procedente. In tal caso, tuttavia, resta salvo il diritto dell'esecutato di far proprio il ricavato della vendita e di agire per il risarcimento dell'eventuale danno nei confronti di chi, agendo senza la normale prudenza, abbia dato corso al procedimento esecutivo in difetto di un titolo idoneo"* (Cass. civ., sez. un., 28/11/2012, n. 21110).

Si rassegnano le seguenti

**conclusioni**

- 1- Sospendere *inaudita altera parte* l'ordinanza del 27.12.2022, affinché non si possa concretare la possibilità di integrare il pagamento del prezzo e rendere *ex art.* 586 c.p.c. il decreto di trasferimento in capo al terzo acquirente;
- 2- ritenere che non possa valere la preclusione di cui all'art. 615 II comma c.p.c. (Cass. civ., Sez. Unite, Sentenza, 16/02/2016, n. 2951) che, per i motivi addotti in narrativa, non impedisce al Giudice di ufficio di rilevare il difetto di legittimazione ad agire in capo al cessionario, per la mancanza del contratto di cessione tra il cedente ed il cessionario, difetto in radice della condizione dell'azione esecutiva;
- 3- acclarare, tuttavia, come un negozio di cessione, affinché sia opponibile, debba contenere gli elementi minimi necessari alla perfetta cognizione del debitore della modificazione dal lato attivo dell'obbligazione da lui contratta, e che tali elementi possano ricavarsi solamente dal contratto di cessione stesso;
- 4- verificare, perciò, come, in mancanza del contratto di cessione, il semplice deposito dell'avviso di cessione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana non sia sufficiente ad attestare la legittimazione *ad processum*;
- 5- acclarare, sulla base della sentenza della Corte di Giustizia Europea, che nel caso *de quo* non sia intervenuto il giudicato, poiché il decreto ingiuntivo n. 193/2007 non può ritenersi tale, dal momento che nel seno del procedimento monitorio non vi è stato sindacato né deliberazione del valore di vessatorietà ed abusività della clausola numero 6, contenuta nella fideiussione rilasciata da *[omissis]* in data 27/10/2005;
- 6- ritenere l'opponente come consumatore - trattasi della sorella di uno dei soci, che non fa parte della compagine della debitrice principale - *[omissis]* - né dell'organo gestorio e, per l'effetto, applicare la normativa di riferimento - art. 33 c. 1, lett. t) ed art. 34 c. 5 D.lgs. 206/2005, codice del consumo;
- 7- dichiarare che hanno vigenza nel nostro ordinamento giuridico gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione  
via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)  
Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

- europea, dal momento che non osta al giudice dell'esecuzione effettuare un sindacato intrinseco sul titolo esecutivo passato in giudicato, non ritenerlo tale e, dunque, soppesare che la clausola numero 6 della fideiussione sia nulla, abusiva, vessatoria;
- 8- sulla scorta della giurisprudenza europea, come visto in narrativa, secondo cui le clausole vessatorie non possono essere coperte dal giudicato implicito, ritenere che il Giudice dell'esecuzione possa disapplicarle anche per la prima volta;
  - 9- in ragione della vessatorietà ed abusività della clausola - anche alla luce dell'art. 33 comma 2, lett. t) del Codice del consumo - reputare la riviviscenza dell'art. 1957 c.c. e, perciò, dichiarare che la banca non ha continuato diligentemente dopo la notifica del decreto ingiuntivo 193/2007, avvenuta nell'ottobre del 2007 ai danni della società debitrice - [omissis] - altre azione giudiziarie nei confronti di quest'ultima, con la declaratoria, che si richiede, di liberazione della fideiussore [omissis];
  - 10- in ogni caso, in virtù dei motivi di cui in narrativa, sospendere *inaudita altera parte* la procedura esecutiva r.g.e. 408/2018 e tutte le operazioni di vendita sussistendone i presupposti di fatto e di diritto, almeno sino alla discussione dell'odierno reclamo;
  - 11- appurare che nelle more sia intervenuta la rinuncia all'esecuzione da parte dell'unico creditore intervenuto, Condominio [omissis];
  - 12- deliberare che nel seno del giudizio di prime cure agli atti c'è sempre stata la fideiussione, che il giudice *a quo*, disattento, non ha valutato;
  - 13- con condanna di spese ed onorari del doppio grado di giudizio, da attribuire al sottoscritto procuratore, che si dichiara anticipatario.

Attesa la delicatezza della questione si chiede espressamente che per l'udienza eventualmente da fissarsi sia possibile la trattazione orale ed in presenza.

Si esibiscono i seguenti documenti:

- a. visura della [omissis];
- b. fideiussione;
- c. decreto ingiuntivo;
- d. atto di precetto;
- e. atto di pignoramento;
- f. verbale di aggiudicazione;
- g. ordinanza reclamata con comunicazione via pec;
- h. atto di rinuncia all'esecuzione del creditore intervenuto condominio [omissis] , con relativa pec;

**AVV. BIAGIO RICCIO**

patrocinante in Cassazione

via V. Monti n° 7, Milano - corso C. Battisti n° 24, Cardito (NA)

Tel. 081/8301084 - fax 081/8343888

www.avvocatobiagioriccio.com / pec: biagioriccio@avvocatinapoli.legalmail.it / e-mail: segreteria@avvocatobiagioriccio.com

- i. ordinanza Tribunale di Brescia n.r.g. 7626/2022;
- j. ordinanza Tribunale di Brescia n.r.g. 9153/2022;
- k. sentenza Tribunale di Firenze n° 3401/2022, n.r.g. 8162/2020;
- l. schermata polisweb, attestante l'intervenuto deposito della fideiussione in sede di opposizione all'esecuzione.

**L'odierno procedimento prevede il pagamento di un C.U. fisso di € 147,00**

Cardito, 09/01/2023

avv. Biagio Riccio