



**REPUBBLICA ITALIANA**

**In nome del Popolo Italiano**

**ORDINANZA**

**- VERIFICA CESSIONI IN BLOCCO E CLAUSOLE VESSATORIE -**

**IL GE**

**Premessa**

Le recenti acquisizioni giurisprudenziali rendono necessario accertare taluni profili di frequente riscontro in sede di prassi giurisprudenziale, peraltro, di particolare impatto sullo stesso diritto di agire in via esecutiva.

In particolare, deve ritenersi che si stiano <<mitigando>> anche alcuni principi che si ritenevano dovessero conformare il processo esecutivo come l'autonomia, l'astrattezza e l'autosufficienza del titolo esecutivo; così come la tradizionale distinzione che si riteneva sussistere tra attività cognitoria e esecutiva, con attribuzione agli organi esecutivi di un compito essenzialmente di attuazione di comandi e regole predefinite.

L'autosufficienza doveva essere intesa come l'idoneità del titolo esecutivo a fondare l'esecuzione, attribuendo al suo possessore il diritto, incondizionato, di rivolgersi all'ufficio esecutivo, che doveva attivarsi per tutelare la pretesa incorporata nel titolo.

Ciò, senza che il G.E. potesse o dovesse verificare se questa in concreto sussistesse, salvo che non intervenisse specifica opposizione all'esecuzione. In tale quadro regolatorio e interpretativo, le opposizioni esecutive rappresentavano le uniche parentesi cognitive di un'attività – quella esecutiva – essenzialmente preordinata all'attuazione di un comando o di una regola contrattuale già puntualmente definita.

L'attività cognitiva era, cioè, rigorosamente occasionale e, comunque, sempre strumentale alla definizione dei profili controversi sollevati con le c.d. opposizioni esecutive.

Tale profilo consentiva di radicare l'astrattezza del titolo, quale ininfluenza del rapporto sottostante.

La pronunce a Sezioni Unite del 2012<sup>1</sup>, in materia di integrazione del titolo esecutivo da parte del G.e., nel porre le basi per il superamento dei suddetti principi, hanno destato un acceso dibattito e anche qualche critica che muove dal suo carattere sostanzialmente eversivo rispetto ai canoni processuali tradizionali.

Nondimeno, e' indubbio che il diritto per assolvere alla sua funzione di regolazione dei fenomeni sociali e di adattamento alle mutate sensibilità ed esigenze di tutela del corpo sociale, non possa non avere una dimensione dinamica ed evolutiva.

D'altronde, le pronunce gemelle del 2012, nell'assicurare l'eseguibilità di comandi nati geneticamente come generici, hanno preservato la tenuta del sistema sotto il profilo del rispetto del principio di effettività della tutela di cui e' noto il fondamento costituzionale negli artt. 24

<sup>1</sup> sentenze nn. 11066 e **11067** del 2012.

e 113 Cost., nonché sovranazionale negli artt. 6 e 13 CEDU e 47 Cost

In particolare, con la sentenza delle Sezioni Unite n. 11067 del 2.07.2012, si è riconosciuto al giudice dell'esecuzione, nel caso di incertezze derivanti dal dispositivo e dalla motivazione circa l'esatta estensione dell'obbligo configurato nella sentenza, il potere dovere di procedere all'integrazione extratestuale, a condizione che i dati di riferimento siano stati ritualmente acquisiti al processo in cui il titolo giudiziale si sia formato.

E' evidente il passaggio da una concezione <<monolitica> del G.e. quale mero attuatore di una regola *aliunde* formata a quello di organo giurisdizionale, dotato di funzioni <<composite>>, non solo esecutive ma, anche, di natura cognitiva (e non più strettamente ancillari).

Nel contempo, anche per effetto dell'impatto delle pronunce comunitarie, recepite dal giudice di legittimità o della nomofilachia, si e' progressivamente erosa la distinzione rigorosa tra momento della cognizione e sede processuale esecutiva - costituente, secondo taluni autori, principio di ordine pubblico processuale e di cui costituiva logico corollario il difetto, in relazione al giudice dell'esecuzione, di qualunque potere di sindacare il contenuto del titolo esecutivo, specie se di natura giudiziale, per fatti anteriori alla sua definitività. Fatti da far valere solo davanti al giudice dell'opposizione.

Di tale principio si e' imposta una rimodulazione in omaggio a quella tutela della libertà negoziale del consumatore che, nella logica dell'ordinamento comunitario, si pone quale strumento di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, quale unico modello idoneo ad assicurarne la competitività e l'efficienza.

Premesse le nuove coordinate interpretative relative ai poteri cognitivi del G.e., s'impone la disamina di due profili problematici di particolare attualità e ricorrenza.

#### ***1. Credito derivante da cessione in blocco ex art. 58 Tub.***

##### ***1. La rilevabilità d'ufficio dello stesso diritto di agire in executivis.***

Deve rilevarsi, in via preliminare, che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. Sez. UU., Sentenza n. 2951 del 16/02/2016), la ricorrenza della titolarità attiva del credito azionato rappresenta un profilo suscettibile di essere rilevato *ex officio*. Ciò, in quanto riconducibile al novero degli elementi costitutivi del diritto sottostante al titolo esecutivo, e, dunque, attinente allo stesso diritto di agire *in executivis*.

Inoltre, sotto il profilo dell'onere della prova, la titolarità della posizione soggettiva, attiva o passiva, vantata in giudizio è un elemento costitutivo della domanda ed attiene al merito della decisione, sicché spetta all'attore allegarla e provarla, salvo il riconoscimento, o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione, da parte del convenuto. Ciò in applicazione del generale principio di non contestazione.

A tal riguardo, sono richiamabili i principi espressi dalle SU (Cass. Civ. Sez. Unite, Sent. 16/02/2016, n. 2951) secondo cui:

- la legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne il titolare. La sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal giudice;
- cosa diversa dalla titolarità del diritto ad agire è la titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio che attiene al merito della causa;

- la titolarità della posizione soggettiva è un elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare;
- può essere provata in positivo dall'attore, ma può dirsi provata anche in forza del comportamento processuale del convenuto, qualora quest'ultimo riconosca espressamente detta titolarità oppure svolga difese che siano incompatibili con la negazione della titolarità;
- la difesa con la quale il convenuto si limiti a dedurre, ed eventualmente argomentare (senza contrapporre e chiedere di provare fatti impeditivi, estintivi o modificativi), che l'attore non è titolare del diritto azionato, è una mera difesa. Non è un'eccezione, con la quale si contrappone un fatto impeditivo, estintivo o modificativo, né quindi un'eccezione in senso stretto, a pena di decadenza, solo in sede di costituzione in giudizio e non rilevabile d'ufficio.
- essa pertanto può essere proposta in ogni fase del giudizio (in cassazione solo nei limiti del giudizio di legittimità e sempre che non si sia formato il giudicato). A sua volta il giudice può rilevare dagli atti la carenza di titolarità del diritto anche d'ufficio;
- la contumacia del convenuto non vale a rendere non contestati i fatti allegati dall'altra parte, né altera la ripartizione degli oneri probatori e non vale in particolare ad escludere che l'attore debba fornire la prova di tutti i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Però il convenuto, costituendosi tardivamente accetta il giudizio nello stato in cui si trova, con le preclusioni maturate. Gli sarà preclusa la possibilità di basare la negazione della titolarità del diritto sull'allegazione e prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi non rilevabili dagli atti.

Peraltro, sulla scorta dell'arresto delle Sezioni Unite da ultimo e' stato ribadito che << la dedotta questione della titolarità sostanziale del diritto di credito oggetto di cessione rappresenta una mera difesa e non già un'eccezione in senso stretto, come tale aperta al contraddittorio processuale (ed anche rilevabile d'ufficio) in ogni stato e grado del giudizio >> (Cass. civ. Ord. 39528/21).

Viene, dunque, un rilievo un potere di rilevazione *ex officio* che discende proprio dall'ascriversi lo stesso nel novero degli elementi costitutivi del diritto azionato.

## **2. La cessione del credito**

Orbene, come noto, la cessione del credito è un negozio consensuale a effetti reali, perché idonea a traslare la posizione creditoria che ne sia oggetto. Per contro, guardando allo schema tipico, quale delineato dal Codice del 1942, la notifica al debitore ceduto il cui onere incombe sul cessionario, assolve alla più limitata finalità di rendere la vicenda traslativa, opponibile al debitore ceduto, disciplinando l'eventuale conflitto tra una pluralità di cessionari. Invece, l'art. 58 del T.ub. consente (ma non prescrive) la pubblicazione della cessione nella Gazzetta Ufficiale e la contestuale iscrizione della stessa nel Registro delle imprese.

Tale formalità costituisce adempimento pubblicitario *erga omnes* succedaneo rispetto alla notifica individuale, prevista dall'art. 1264 c. c.. D'altronde, costituisce principio interpretativo consolidato quello per cui la comunicazione della cessione dei crediti, così come della sua eventuale revoca o caducazione non richiedano particolari oneri pubblicitari, né il ricorso a formule sacramentali, ma siano attuabili con semplici modalità comunicative, idonee a realizzare una funzione di partecipazione conoscitiva.

Da ciò la possibilità che la comunicazione avvenga anche per il tramite di atti tipicamente processuali. Infatti, la stessa può avvenire anche in sede di notifica di un atto di citazione,

introduttivo di un giudizio ordinario o di un decreto ingiuntivo, conseguito in sede monitoria (Cass. civ. n. 1684/2012, secondo cui <<La notificazione della cessione del credito, non identificandosi con quella effettuata ai sensi dell'ordinamento processuale, costituisce un atto a forma libera, non soggetto a particolari discipline o formalità>>, v. anche Cass. civ. 19 febbraio 2019, n. 4713; Cass. civ. 29 settembre 2020, n. 20495; Cass. civ. 17 marzo 2006, n. 5997).

L'innovativa modalità pubblicitaria, con effetti meramente dichiarativi e non costitutivi, ha una chiara finalità semplificatoria delle cessioni in blocco anche se, senz'altro, meno garantistica della procedura *ad hoc*, in termini di attuazione del valore della conoscibilità legale dell'atto (alla stregua del canone dell'ordinaria diligenza).

Il legislatore, nel giudizio di bilanciamento di valori contrapposti (efficienza e velocità delle operazioni di cessione, da un lato; conoscibilità dell'atto, dall'altra) ha optato per tutelare il primo, pur nell'ambito di un quadro regolatorio che rimane esente da censure di incostituzionalità. Ciò, per l'agevole consultabilità della Gazzetta Ufficiale, alle cui pagine è consegnato l'evento da pubblicizzare. E poiché la pubblicizzazione della cessione potrebbe essere espletata anche per lo mezzo di strumenti e condotte, successive rispetto alla pubblicazione in Gazzetta, deve ritenersi che la stessa prova della cessione possa avvenire anche con documentazione successiva alla pubblicazione della notizia in Gazzetta Ufficiale, prodotta a giudizio già pendente (Cass. civ., 16 aprile 2021, n. 10200). Ciò, sempre che la cessione sia stata posta in essere prima della notifica al ceduto dell'intimazione opposta.

### **2.1. La prova della cessione in blocco**

Esiste un dibattito interpretativo, particolarmente acceso, in relazione alle modalità con cui deve essere fornita la prova della cessione in blocco.

Dall'analisi della giurisprudenza emerge il delinearci di due opposti orientamenti.

#### **2.1.1. L'indirizzo semplificatorio e la compatibilità coi principi generali della materia**

Per un primo approccio esegetico che ha riconosciuto anche un recente avallo in seno alla giurisprudenza di legittimità, sarebbe sufficiente ai fini della prova del fatto storico della cessione, la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano d'individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione (v. Cass. civ. n. 21821 del 20 luglio 2023).

Dunque, si inferisce da un dato di fatto noto e provato una conseguenza ignota e da provare, secondo il meccanismo proprio della prova indiziaria.

Anche parte della giurisprudenza di merito pare orientata nel medesimo senso; v. Tribunale Monza sez. III, 08/08/2023, n.1823, secondo cui <<la cessione in blocco dei crediti da parte di una banca ex art. 58 t.u.b. è provata mediante la produzione dell'avviso di pubblicazione dell'operazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti 'in blocco', senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno dei rapporti ceduti, allorché gli elementi che accomunano le singole categorie consentano di individuarli senza incertezze. E' dunque necessario che l'avviso di cessione si accompagni ad un estratto dettagliato e sufficientemente idoneo a fornire gli elementi diretti a sostanziare l'appartenenza del credito

*oggetto di causa alla massa di quelli ceduti>>*, v. anche Tribunale Brescia sez. II, 04/11/2022, n.2672, secondo cui *<<per dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario in caso di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 385 del 1993, basta la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale con l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione>>*.

Tale posizione interpretativa rinviene la propria ragion d'essere in esigenze di semplificazione probatoria che sarebbero imposte dalla logica dell'istituto, ispirato ad una logica acceleratoria con l'introduzione di forme di pubblicità impersonali e *erga omnes*,

Nondimeno, tale orientamento perviene a sovrapporre ingiustificatamente il piano della prova della pubblicità *ex lege* per la quale esiste una specifica previsione derogatoria rispetto alla disciplina ordinaria con quella della dimostrazione dell'avvenuto perfezionarsi della traslazione del credito, che, invece, in assenza di una previsione di tal fatta, dovrebbe conformarsi ai principi generali della materia.

D'altronde, una deroga ad un principio presuppone l'esistenza di una specifica espressione derogatoria o, in alternativa, di un altro principio rispetto al quale il primo debba considerarsi, a seguito di un giudizio di bilanciamento che può avvenire anche in sede interpretativa, subvalente.

Peraltro, sotto altro aspetto, non può sottacersi il carattere estremamente generico e impreciso di molti avvisi che si limitano a locuzioni laconiche come "sono ceduti tutti i rapporti giuridici in blocco". Ciò, senza alcuna analitica descrizione dell'oggetto della cessione.

Ed, infatti, proprio per ovviare ai limiti di tale prassi, anche tale orientamento più elastico richiede, in omaggio ai principi generali sull'oggetto del contratto, un'adeguata determinabilità se non delle singole posizioni cedute, almeno delle loro categorie di appartenenza.

Si è, infatti, sostenuto che *«...in tema di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 385 del 1993, è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione»* (Cass. civ., 29 dicembre 2017, n. 31188); così anche, seppur con affermazione più generica, Cass. civ. n. 22268/2018, per cui *<<la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale esonera sì la cessionaria dal notificare la cessione al titolare del debito ceduto, ma che se non individua il contenuto del contratto di cessione non prova l'esistenza di quest'ultima. Tale rilievo è condivisibile, giacché una cosa è l'avviso della cessione – necessario ai fini dell'efficacia della cessione – un'altra la prova della esistenza di un contratto di cessione e del suo specifico contenuto>>*

Sotto tale profilo, non può sottacersi come le modalità di indicazione non possano non essere non solo complete sotto il profilo descrittivo, ma anche perspicue e intellegibili, cioè, comprensibili da una persona di media conoscenza e esperienza.

Viene, cioè, in rilievo, specie quando il ceduto sia un consumatore, un obbligo o, comunque, un onere di intellegibilità dell'avviso di cessione, non solo sotto il profilo materiale grafico, ma anche della comprensibilità sotto il profilo semantico e linguistico.

Lo impongono i principi di trasparenza che informano sia il microsistema della tutela del consumatore, sia la disciplina in materia di attività bancaria e di intermediazione finanziaria, dettata dal Tub che, invero, come noto, non distingue, ai fini della sua applicazione, a seconda che il debitore abbia la qualità o meno di consumatore.

Alla luce di tali coordinate concettuali e giuridiche, desta qualche perplessità la prassi del ricorso a codici interni dell'intermediario finanziario, scelti per esigenze organizzative ai fini di una più veloce identificazione della pratica, da parte dei componenti di tali strutture, variamente denominati "Cod. pratica" o "NDG".

Tali modalità di indicazione risultano di difficile comprensione per il cliente, spesso, non consentendo di verificare con sufficiente certezza la posizione sottesa a quell'indicazione sincopeata o numerica e ciò perché del tutto avulsi dagli elementi identificativi del contratto bancario cui si riferiscono.

A titolo esemplificativo, Trib. Catanzaro 22 novembre 2020 ha negato la legittimazione attiva e processuale in capo alla presunta cessionaria avendo accertato che dall'elenco dei crediti ceduti (con indicazione del solo codice anagrafico identificativo di ogni singola posizione e del numero di ogni singolo rapporto bancario), non erano stati riportati il nominativo del debitore ceduto o i dati del contratto, necessari per poter affermare, senza incertezze, che il credito azionato fosse ricompreso nella cessione.

#### **2.1.2. La soluzione preferibile: la prova documentale diretta**

La soluzione maggioritaria e' ancorata ai principi tradizionali in materia di prova di un contratto, che rimangono invariati a prescindere se avente, come nel caso di specie, efficacia immediatamente traslativa o solo obbligatoria.

La norma di riferimento e' l'art. 2721 c.c. che vieta il ricorso alla prova testimoniale e si precisa che la stessa e' ammessa solo a seguito di valutazione del Giudice case by case e con carattere di eccezionalità. Il principio si considera estendibile alla prova presuntiva.

Dunque, il codice del '42 tende a richiedere, seppur indirettamente, la prova documentale.

Non si tratta di contratti per i quali sia prescritta la prova *ad probationem*, né tanto meno *ad substantiam*, ma esistono limiti precisi alla prova indiretta (testimoniale e presuntiva).

Diversamente da quanto previsto per i contratti soggetti a forma scritta *ad probationem*, rimarrebbe, pur sempre, ammissibile la prova per interrogatorio formale o per interpellato decisorio.

Dunque, non può non aderirsi all'orientamento della Suprema Corte che, in via tendenziale, richiede una prova diretta e documentale della cessione. Ciò salvo che la circostanza della cessione debba ritenersi provata perché riconosciuta espressamente o tacitamente, in virtù del principio di non contestazione. Anche in tale ultima ipotesi non può escludersi l'operatività del rilievo d'ufficio, costituendo la titolarità del credito uno degli elementi costitutivi del diritto azionato. Solo una dichiarazione di scienza esplicita, con valenza confessoria, quale deve ritenersi l'atto di riconoscimento, può precludere il ricorso al rilievo *ex officio*.

In virtù di tale orientamento si e' affermato che <<la pubblicazione nella Gazzetta può costituire, al più, elemento indicativo dell'esistenza materiale di un fatto di cessione, come intervenuto tra due soggetti in un dato momento e relativo – in termini generici, se non proprio promiscui – ad <<aziende, rami di azienda, beni e rapporti giuridici individuabili in blocco>> (art. 58, comma 1 TUB). Ma di sicuro non dà contezza – in questa sua <<minima>> struttura informativa – degli specifici e precisi contorni dei crediti che vi sono inclusi ovvero esclusi, nè tanto meno consente di compulsare la reale validità ed efficacia dell'operazione materialmente posta in essere>> (cfr. così, puntualmente, Cass., 2 marzo 2016, n. 4116).” >> (Corte Cass., 28 Febbraio 2020, n. 5617).

D'altronde, la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'avvenuta cessione in blocco dei crediti esonera il creditore cessionario dalla notifica dell'avvenuta cessione al debitore ceduto. Tuttavia l'adempimento pubblicitario non è sufficiente a dimostrare l'esistenza della cessione, in quanto una cosa è l'avviso ed un'altra cosa è la prova della sua esistenza e del suo contenuto. Pertanto, si può affermare che la pubblicazione in G.U. non prova il perfezionamento della fattispecie traslativa, né produce il relativo effetto, non ha valenza costitutiva e non sana eventuali vizi dell'atto. (così Tribunale Napoli Nord sez. IV, 14 marzo 2023, n.1055).

Per contro, per principio, condivisibile, della giurisprudenza di legittimità <<colui, che <<si afferma successore (a titolo universale o particolare) della parte originaria>> ai sensi dell'art. 58 TUB, ha l'onere puntuale di fornire la prova documentale della propria legittimazione, con documenti idonei a dimostrare l'incorporazione e l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco>> (cfr. così, puntualmente, Cass. civ., 2 marzo 2016, n. 4116, v. anche Cass. civ., 28 Febbraio 2020, n. 5617).

In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato che colui che agisce in via esecutiva nella qualità di successore a titolo particolare del creditore, sulla base di un'operazione di cessione in blocco ex art. 58 D. Lgs. n. 385/1993, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito azionato nella cessione in blocco, fornendo la prova rigorosa e formale della titolarità del credito (vd. Cass. civ. Ord. 24797/20). Ciò, salvo che il debitore ceduto non abbia espressamente o anche implicitamente (ma in modo univoco e concludente) riconosciuto la cessione (sul punto, v. Cass. civ. n. 4116 del 2016).

In tal senso si e' espressa anche la prevalente giurisprudenza di merito: così Tribunale, Prato, sez. I, 12 Gennaio 2023, n. 34, Tribunale Firenze, 05 dicembre 2022, n.3401 secondo cui <<Chi agisce affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in forza di un'operazione di cessione in blocco, deve provare l'inclusione di tale credito in questa operazione, dimostrando documentalmente la propria legittimazione sostanziale, a meno che la controparte non l'abbia riconosciuta in maniera esplicita o implicita>>.

In ogni caso, come già evidenziato, la prova, oltre alle condizioni legali per l'opponibilità della cessione, deve inerire necessariamente anche la vicenda traslativa in sé e ciò sotto plurimi profili: – l'effettivo perfezionarsi della cessione; – il suo perfezionarsi prima della richiesta di pagamento formulata nei confronti del debitore ceduto; – l'inclusione nella cessione della specifica pretesa azionata e ciò secondo un criterio di ragionevolezza certezza, sulla base di criteri oggettivi e agevolmente verificabili (eventualmente, anche l'uso di posizioni numeriche purchè univocamente riferibili al debitore). E ciò in quanto la pubblicazione in G.U. dell'avviso

di cessione dei crediti costituisce adempimento meramente pubblicitario e non ha valenza costitutiva della cessione, non producendo alcun effetto traslativo.

Di recente, l'orientamento più rigoroso è stato ribadito con ricchezza argomentativa: Cassazione civile sez. VI, 20/07/2022, n.22754, secondo cui è escluso che la pubblicazione dell'avviso di cessione sulla Gazzetta Ufficiale prescritto dall'art. 58, comma 2, TUB sia sufficiente a dimostrare la titolarità in capo al cessionario del credito azionato in giudizio.

Inoltre, sotto il profilo della ripartizione dell'onere della prova, è noto come lo stesso possa subire delle alterazioni rispetto agli esiti che conseguirebbero dall'applicazione del criterio distintivo tradizionale tra fatti costitutivi, da un lato, e fatti estintivi/modificativi dall'altra e ciò quando tali esiti si pongano contrasto con il principio della vicinanza alla fonte della prova (v. Cass. civ. Su 2001, n. 13533 che hanno posto la prova dell'esatto adempimento a carico del debitore anche nell'ipotesi di parziale esecuzione della prestazione oltre che di asserito totale inadempimento. E ciò per quanto l'inesatto adempimento, diversamente dal totale inadempimento, si sostanzia in un quid di esteriore e suscettibile di una valutazione in termini quantitativi e qualitativi).

Nondimeno, nella fattispecie della cessione (in blocco), non ci sono ragioni invocabili per non esigerne dal creditore la prova, anche mediante un semplice estratto dell'atto di cessione notarile.

### **2.1.3. La tesi mediana della prova presuntiva o indiretta qualificata**

Ciò premesso, anticipato il carattere dirimente della produzione del contratto di cessione del credito contenente l'elencazione delle posizioni debitorie con le correlate anagrafiche, di recente, qualche pronuncia che, in contrasto con il summenzionato orientamento, prefigura il ricorso alla prova presuntiva, richiedendo una pluralità di circostanze convergenti coerentemente con il modello di prova presuntiva delineato dal codice che richiede che le circostanze, poste a fondamento del ragionamento presuntivo, siano gravi precise e concordanti.

In particolare, si controverte sull'idoneità probatoria (indiziaria o indiretta) dei seguenti documenti da considerare non atomisticamente ma nelle loro relazioni e inferenze reciproche:

- a) l'avviso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, contenente la menzione del credito ceduto, diretta o mediata dall'indicazione del correlato <<Ndg>>;
- b) lettere, specie se provenienti dal cedente, volte a informare in modo specifico della avvenuta cessione;
- c) le dichiarazioni, della cedente per cui il credito controverso sarebbe ricompreso nella cessione pubblicizzata e per le quali s'invoca una valenza latamente confessoria.

La stessa è, peraltro, di norma, successiva non solo alla pubblicazione della pretesa cessione ma anche alla introduzione del giudizio oppositorio o di mero accertamento.

Invero, la stessa, in quanto di formazione unilaterale risulta non idonea a surrogare l'eventuale originario difetto di una specifica menzione del rapporto *de quo* fra i crediti oggetto di cessione.

E ciò in quanto non produce quell'effetto traslativo che non può non conseguire se non ad una volontà pattizia di tipo bilaterale in conformità al principio del consenso traslativo legalmente manifestato *ex art. 1376 c.c.*).

Peraltro, a prescindere dall'unilateralità dell'atto, allo stesso non potrebbe attribuirsi se non valenza di dichiarazione di scienza e non negoziale, peraltro, ascrivibile ad un terzo, estraneo alla controversia.

E ciò consente di revocarne in dubbio anche il valore quale confessione, dimostrando, al più, solo la provenienza della dichiarazione dal sottoscrittore ed essendo liberamente valutabile dal giudice.

Ritiene, al riguardo, questo Giudice che dalla speciale materia in questione debba essere bandita la possibilità di una prova meramente indiziaria, specie, se ricostruita sulla base di condotte o atti provenienti dalle (presunte) parti del negozio di cessione e questo perché parti private, non <<disinteressate>>, anzi portatrici di un interesse confliggente con quello del debitore ceduto. A tal riguardo, giova richiamare Cassazione del 5 novembre 2020, n. 24798, secondo cui nell'ipotesi di contestazione in sede processuale del credito della cessionaria, è necessario <<...dimostrare l'inclusione di quel credito nell'operazione di cessione attraverso prove documentali attestanti la propria legittimazione sostanziale>>.

Dunque, senza dubbio, non può essere accolta la tesi secondo cui la prova della notifica a mezzo della Gazzetta Ufficiale sarebbe idonea a costituire, di per sé, prova anche della cessione. Al più potrebbe costituire elemento indiziario ai fini di una valutazione complessiva, richiesta dalla prova presuntiva e che richiede il raccordo di tale indizio con altre circostanze che convergano univocamente nel dimostrare non solo l'avvenuta cessione, ma anche la ricomprensione in essa della posizione creditoria controversa.

Ciò premesso, ritiene questo Giudice di non potersi esimere dalla verifica d'ufficio dell'effettiva esistenza del titolo o, comunque, di circostanze di fatto, convergenti e univoche, dotate di idonea capacità dimostrativa della circostanza per cui la cessione vi sia veramente stata.

## **II. L'eventuale esistenza di clausole vessatorie nei mutui contratti con soggetti, rivestenti la qualità di consumatore**

Parimenti, con riguardo ai soli mutui contratti con soggetti, rivestenti la qualità di consumatore, deve ritenersi imprescindibile la disamina dell'eventuale esistenza di clausole vessatorie.

### **1.La pronuncia della CGUE, Grande Sezione, 17 maggio 2022**

Come noto, di recente, la CGUE, Grande Sezione, 17 maggio 2022, cause riunite C 639/19, SPV Project 1503, e C-831/19, Banco di Desio e della Brianza e a. ha espresso il principio per cui «l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della dir. 93/13 devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa - per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità - successivamente 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».

Con il suddetto provvedimento, la CGUE ha offerto una lettura peculiare ed eccentrica rispetto a quella fatta propria giurisprudenza nazionale in relazione ai limiti del sindacato

nazionale in relazione al giudicato, che si sia formato a seguito di un decreto ingiuntivo che non sia stato opposto e, dunque, abbia acquisito il crisma della definitività.

**2. La natura delle ragioni spendibili in sede esecutiva a fronte di un titolo esecutivo di formazione giudiziale. Inammissibilità delle eccezioni proponibili nel giudizio di merito.**

Preliminarmente, si rileva che, per principio interpretativo consolidato, in sede di opposizione a una esecuzione, promossa sulla base di un titolo esecutivo di formazione giudiziale, la contestazione del diritto a procedere all'esecuzione forzata può essere fondata su ragioni attinenti ai vizi di formazione del provvedimento fatto valere come titolo esecutivo solo quando questi ne determinino l'eventuale inesistenza giuridica, quale difetto degli estremi minimi per la riconduzione del provvedimento al correlato tipo legale, dovendo gli altri vizi del provvedimento e le eventuali ragioni di ingiustizia della decisione che ne costituiscano il contenuto essere fatte valere in sede di impugnazione del titolo.

Costituisce, infatti, principio ormai consolidato quello secondo cui *“nel giudizio di opposizione all'esecuzione è possibile contestare solo la regolarità formale o l'esistenza del titolo esecutivo giudiziale, ma non il suo contenuto decisorio. La violazione di tale regola da parte dell'opponente costituisce causa di inammissibilità, e non di infondatezza, dell'opposizione”* (Cass. Sez. I, sent. 22402/2008).

Tale principio è stato, più di recente, ribadito dalla Suprema Corte, nell'ordinanza 26110 del 5 settembre 2022, secondo cui *“il titolo esecutivo giudiziale copre i fatti estintivi (o modificativi o impeditivi) del credito intervenuti anteriormente alla formazione del titolo e non può essere rimesso in discussione dinanzi al giudice dell'esecuzione ed a quello dell'opposizione per fatti anteriori alla sua definitività, in virtù dell'intrinseca riserva di ogni questione di merito al giudice naturale della causa, per cui, qualora a base di una qualunque azione esecutiva sia posto un titolo esecutivo giudiziale, il giudice dell'esecuzione non può effettuare alcun controllo intrinseco sul titolo, diretto cioè ad invalidarne l'efficacia in base ad eccezioni o difese che andavano dedotte nel giudizio nel cui corso è stato pronunciato il titolo medesimo, potendo solo controllare la persistente validità di quest'ultimo ed attribuire rilevanza ai fatti posteriori alla sua formazione”*.

Solo nel caso di radicale inesistenza del titolo esecutivo - invero, di rara verifica, come evidenziato, di recente, da autorevole dottrina - si ammette l'esperibilità di un'autonoma *actio nullitatis* (similmente a quanto stabilito dall'art. 161 c.p.c., in materia di nullità delle sentenze e di abituale conversione dei motivi di nullità in ragioni di gravame, fatta eccezione per l'omessa sottoscrizione, in quanto idonea ad integrare un'ipotesi di inesistenza).

Il giudice dell'esecuzione non può effettuare alcun controllo intrinseco sul titolo giudiziale, dovendosi limitare a verificare la regolarità <<estrinseca>>, ossia, ad esempio, che lo stesso abbia natura condannatoria e sia dotato di efficacia esecutiva e che la abbia conservata rispetto alla sua emanazione.

Così nel processo esecutivo è, in generale, preclusa l'eccezione fondata su fatti di natura impeditiva, modificativa o estintiva anteriori cronologicamente, quanto alla loro venuta ad esistenza, alla definitività del decreto, potendo per contro essere dedotti nuovi fatti giuridici, non esistenti prima della scadenza del termine per la proposizione dell'opposizione e in grado di estinguere o modificare il rapporto in contestazione.

Pertanto, eventuali fatti estintivi o modificativi del diritto azionato con un titolo di formazione giudiziale che si siano verificati anteriormente alla formazione del titolo stesso - e, dunque, come tali giuridicamente deducibili - non possono essere fatti valere con opposizione all'esecuzione, dovendo essere oggetto di specifiche eccezioni nel giudizio di merito che ha portato all'emissione del titolo esecutivo.

\*V Si pensi, in particolare, all'eccezione di compensazione legale, i cui presupposti di liquidità, esigibilità e coesistenza siano venuti ad esistenza dopo la scadenza dei termini per l'opposizione a decreto ingiuntivo oppure dopo il maturare delle preclusioni processuali nel giudizio di opposizione (v. *ex multis*, Cass. 17 febbraio 2011, n. 3850, secondo cui «[...] il titolo esecutivo giudiziale non può essere rimesso in discussione dinanzi al giudice dell'esecuzione ed a quello dell'opposizione per fatti anteriori alla sua definitività, in virtù dell'intrinseca riserva di ogni questione di merito al giudice naturale della causa in cui la controversia tra le parti ha avuto o sta avendo pieno sviluppo ed è stata od è tuttora in via di esame *ex professo* o comunque in via principale»).

In tal senso, depongono non solo ragioni di carattere logico e di economia processuale, ma anche la necessità di conservare una cesura netta fra le vicende giuridiche inerenti al giudizio presupposto e l'esecuzione del provvedimento, conclusivo dello stesso. Ciò, in virtù di un principio di "competenza" intesa in senso lato, per cui della valida formazione del provvedimento portato a esecuzione è (o può essere) investito unicamente il giudice cui è devoluto il gravame o l'impugnativa promossa avverso lo stesso.

Principio di "competenza" che, peraltro, si interseca anche con il diverso principio, pure ispirato ad esigenze di economia processuale, del deducibile (valevole) come dedotto.

Esigenze, tali ultime, meritevoli di tutela secondo la logica e i valori ispiratori dell'ordinamento giuridico multilivello quale deve considerarsi quello italiano in conseguenza dell'eterointegrazione da parte del livello di tutela comunitario, nonché delle sollecitazioni provenienti dalla CEDU.

È indubbio che l'attuazione, in via coattiva, del *decisum* e la tempestività della tutela siano due corollari logici indefettibili di quel diritto all'effettività della tutela giurisdizionale che rinviene il proprio fondamento oltre che nell'art. 24 Cost., anche negli artt. 6 e 13 CEDU e 47 CDFUE.

Considerato l'attuale stadio dell'evoluzione interpretativa interna, trovando applicazione la regola del deducibile come dedotto, deve ritenersi che l'impossibilità di azionare vizi del titolo di formazione giudiziale valga non solo per quelli concretamente dedotti nel giudizio c.d. presupposto, ma anche per quelli che lo erano sulla base di un criterio di normalità statistica e di diligenza (di fatto, rimasto inosservato).

Dunque, gli effetti del giudicato c.d. sostanziale coprono non soltanto la decisione relativa alla spettanza del bene della vita, azionato dall'attore in sede monitoria, ma anche quella (inespressa) concernente la esistenza e validità del rapporto dal quale origina lo specifico effetto giuridico dedotto.

Si tratta, peraltro, di un giudicato, rilevabile, dallo stesso giudice dell'opposizione, anche *ex officio* in ogni stato e grado del giudizio, perché costituente un giudicato c.d. interno ovvero formatosi all'interno dello stesso giudizio.

Alla stregua delle suddette coordinate concettuali, quindi, deve ritenersi che al ricorrente, in sede di opposizione all'esecuzione, sia preclusa la facoltà di contestare, ai fini di ottenerne la rivisitazione, il titolo esecutivo in forza del quale è stata intrapresa e conclusa l'azione esecutiva, mettendo in discussione l'*an* o anche solo il *quantum* del diritto fatto valere nei suoi confronti.

Ciò, per motivi che sono oggetto di valutazione esclusiva del giudice della cognizione, spettando, soltanto al giudice di quel procedimento, vagliare la fondatezza delle doglianze di qualsivoglia natura prospettate dalla parte debitrice.

\*V In questi casi, il potere di cognizione del giudice dell'opposizione all'esecuzione è limitato all'accertamento della portata esecutiva del titolo posto a fondamento dell'esecuzione stessa. (fra le altre, Cass. 12 ottobre 2012, n. 17903; Cass. 24 febbraio 2011, n. 4505).

**5.2. L'eccezione introdotta dalla Corte di Giustizia: le norme di ordine pubblico economico comunitario, imperative, non oggetto di deliberazione in sede esecutiva**

Tale principio è destinato a rimanere sostanzialmente inalterato anche dopo l'intervento della Corte di Giustizia del 17 maggio 2022, secondo cui quest'ultimo ha, invece, il potere-dovere di esaminare d'ufficio il regolamento contrattuale, da cui germina il credito azionato in via monitoria.

E ciò al fine di verificare se lo stesso ricomprenda clausole abusive, la cui nullità è in grado di incidere sull'*an* o sul *quantum* della posta creditoria azionata, nonostante che essa sia oggetto del provvedimento monitorio avente ormai natura di cosa giudicata.

Peraltro, diversamente dal disposto dell'art. 1421 c.c., che, secondo l'orientamento esegetico più accreditato, delineerebbe una mera facoltà in capo al giudice, investito della controversia, la giurisprudenza costante della CGUE appare, invece, orientata nel senso della doverosità dell'attivazione di un potere che è preordinato a consentire l'emersione della regola comunitaria sovraordinata e a consentirne l'applicazione in spregio di quella nazionale. Ciò anche al fine di assicurare l'effetto utile del diritto comunitario. Dunque, il giudice nazionale è tenuto a esaminare d'ufficio l'eventuale carattere abusivo della clausola contrattuale che ricada nell'ambito di applicazione della dir. 93/13 e, in tal modo, a avviare 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, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, punto 46 e giurisprudenza ivi citata; del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo e a.*, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 58, e del 26 gennaio 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, punto 43). D'altra parte, sotto il profilo dei rapporti fra ordinamento interno e comunitario, ancora ricostruiti in termini di separazione e di contestuale coordinamento, se da un lato, il diritto dell'Unione non armonizza le procedure applicabili all'esame giudiziale del carattere, asseritamente, abusivo di una clausola contrattuale, rimettendone la conformazione della struttura all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi; dall'altro, le scelte processuali nazionali soggiacciono al duplice limite dell'osservanza del principio di non discriminazione e di effettività della tutela. Le regole processuali non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e, inoltre, non devono rendere, in pratica, impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti

dal diritto dell'Unione (principio di effettività), laddove tal ultima valutazione, da effettuarsi *case by case*, deve ricomprendere ogni profilo della fattispecie concreta e non arrestarsi alla considerazione del mero dato normativo (v., in particolare, sentenza del 26 giugno 2019, *Addiko Bank*, C-407/18, EU:C:2019:537, punti 45 e 46 nonché giurisprudenza ivi citata). Orbene, come evidenziato dalla Corte, ritenere che un provvedimento giurisdizionale possa essere vincolante e spiegare efficacia preclusiva rispetto al rilievo d'ufficio della nullità consumeristica, darebbe luogo a un esito del tutto in contrasto con il principio di effettività.

Dunque, perché il giudicato possa essere opposto, da parte creditrice, è necessario che le questioni consumeristiche siano state espressamente affrontate, semmai perfino con rilievo di ufficio da parte del giudice e, dunque, perché della loro disamina si abbia contezza nel contesto dell'apparato motivazionale.

A tal riguardo, la Corte si esprime in termini di obbligo di sintetica motivazione, specificando come tale obbligo motivazionale debba essere assolto; graduazione, logicamente, coerente con la natura sommaria del provvedimento. Dunque, deve ritenersi sufficiente un succinto riferimento all'inesistenza degli estremi della fattispecie invalidante.

In alternativa, ad una motivazione così "conformata", si richiede la menzione dell'avvertimento, rivolto al consumatore, della definitività dell'accertamento sulla validità del contratto, per l'ipotesi di mancata contestazione.

**5.3 L'effettiva portata della pronuncia della Corte alla luce dei principi che regolano i rapporti fra ordinamento nazionale e comunitario: il superamento del solo giudicato implicito latamente inteso e solo per le materie caratterizzate dall'interferenza di norme comunitarie direttamente applicabili e cogenti**

Le pronunce, rese dalla Corte di Giustizia il 17 maggio 2022, sono destinate a operare in materia consumeristica, ma costituiscono al contempo un modello operativo che il giudice nazionale è chiamato a osservare in tutti gli ambiti di disciplina in cui si assiste alla concorrenza del livello nazionale di tutela (che detta la disciplina di dettaglio o attuativa) e di quello comunitario (che si estrinseca per lo mezzo di direttive generiche o di regolamenti anch'essi dettanti norme puntuali e immediatamente operative).

In tali termini deve ricostruirsi l'impatto della pronuncia che - come noto - ha valenza eterointegrativa della disciplina comunitaria oggetto dell'intervento nomofilattico, beneficiando delle stesse caratteristiche della diretta applicabilità e della primazia proprio del diritto comunitario.

L'intervento della Corte è stato occasionato dalla disciplina in materia di clausole abusive, ma deve ritenersi che la cedevolezza del giudicato, almeno nella forma meno pregnante del c.d. giudicato implicito (su questioni semplicemente deducibili, anche se non dedotte), debba operare ogniqualvolta lo stesso si ponga in contrasto con una norma comunitaria (positiva o scaturente da una pronuncia della CGUE), che, per le sue caratteristiche di sufficiente descrizione del precetto, si ponga in termini di diretta applicabilità.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla disciplina in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, di cui al D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della dir. 2000/35/CE e, in particolare, all'art. 7 *Nullità*, secondo cui «1. Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a

qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile».

Norme che concorrono a delineare lo statuto normativo del c.d. terzo contratto, connotato soggettivamente dal fatto di intercorrere fra imprenditori dotati l'uno di minore forza contrattuale dell'altro, in considerazione dei diversi requisiti dimensionali, delle quote di mercato possedute e di altri fattori idonei a incidere sulla libertà di contrarre e di autodeterminarsi dell'impresa, in posizione recessiva.

D'altronde, come riconosciuto dalla pronuncia stessa della CGUE, la stabilità e immodificabilità del giudicato rappresenta un valore primario della civiltà giuridica e anch'esso un principio generale dell'ordinamento comuni comunitario, perché volto a presidiare la certezza dei rapporti giuridici, così come l'affidamento riposto dai consociati nel fatto che la regola, contenuta in una sentenza non più impugnabile, costituisca la regola definitiva di una determinata fattispecie concreta<sup>2</sup>.

Nondimeno, è altrettanto indubbio che il giudicato implicito sia di per sé una variante "anomala" del giudicato inteso in senso stretto, perché teso a ricomprendere nell'operato di questo istituto processuale, anche profili motivazionali estranei al dispositivo.

Così appare evidente come il giudicato implicito, inteso come esteso a questioni neanche concretamente dedotte, ma deducibili in sede di giudizio di cognizione, costituisca una creatura giurisprudenziale del tutto avulsa dallo schema tradizionale del giudicato.

Costruzione rispondente a esigenze di economia processuale, come visto, dotate di rilievo costituzionale e sovranazionale, ma destinata a essere accantonata ogniqualvolta, a seguito di un giudizio di bilanciamento dei valori in gioco, la stessa sia idonea a pregiudicare la disamina giudiziale di una questione la cui regolamentazione sia posta da una norma comunitaria imperativa, appartenente all'ordine pubblico economico comunitario.

Invero, seppur nei ristretti limiti sopra delineati, come evidenziato da autorevole dottrina, la portata delle pronunce della CGUE ha impattato non solo sull'istituto del giudicato implicito, ma anche su principi processual-civilistici della cui tenuta logica finora non si è dubitato, ovvero:

a) la tradizionale ricostruzione del decreto ingiuntivo non opposto o confermato a seguito della proposta opposizione, quale fattispecie di giudicato formale e sostanziale. A tal riguardo, deve ritenersi recessiva la posizione di chi esprime in termini di definitività soltanto formale, perché il decreto non sarebbe mai equiparabile ad una sentenza, originando soltanto una preclusione processuale, sul piano esecutivo e quindi inadeguata al giudicato, sotto il profilo sostanziale. Preclusione consistente nella impossibilità per l'ingiunto di contestare la debenza della somma e la sua entità, così come di rifiutare la consegna della cosa, conservando, a differenza della parte, cui fa riferimento l'art. 2909 c.c., la facoltà di contestare il rapporto invocato dal ricorrente sotto qualunque altro profilo compresa la sua validità o esistenza.

D'altronde, come sottolineato da autorevole dottrina, è lo stesso legislatore che, all'art. 656 c.p.c., equipara il decreto definitivamente esecutivo alle sentenze, ammettendo lo strumento della revocazione al fine di ovviare ad un eventuale contrasto di giudicati.

Inoltre, poiché la definitività del monitorio non opposto scaturisce dall'inerzia processuale del debitore, atteggiandosi quale sanzione della stessa, tale sanzione deve inerire a tutte le questioni in fatto e in diritto che lo stesso avrebbe potuto e dovuto proporre alla stregua del suddetto criterio di ordinaria diligenza processuale;

b) la distinzione rigorosa tra momento della cognizione e sede processuale esecutiva - costituente, secondo taluni autori, principio di ordine pubblico processuale - con conseguente difetto, in relazione al giudice dell'esecuzione, di qualunque potere di sindacare il contenuto del titolo esecutivo, specie se di natura giudiziale, per fatti anteriori alla sua definitività. Fatti da far valere solo davanti al giudice dell'opposizione. Nondimeno, di tali principi si impone una rimodulazione in omaggio a quella tutela della libertà negoziale del consumatore che, nella logica dell'ordinamento comunitario, si pone quale strumento di tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, quale unico modello idoneo ad assicurarne la competitività e l'efficienza.

Nè, in tale prospettiva, possono costituire profili idonei a confutare la tenuta delle pronunce della CGUE con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (alcuni corollari logici e inevitabili) della costruzione comunitaria:

a) la degradazione del decreto ingiuntivo, in materia consumeristica, da provvedimento assistito dalle qualità di giudicato formale e sostanziale, a semplice titolo stragiudiziale, suscettibile di essere posto in discussione in relazione ad ogni profilo non oggetto di espressa trattazione;

b) l'appesantimento degli oneri di istruzione sommaria del giudice del monitorio, tenuto a verificare d'ufficio la esistenza di clausole vessatorie per evitare l'eventuale successivo travolgimento del provvedimento assunto;

c) la maggiore gravosità degli oneri allegatori di parte creditrice, anche solo in termini negativi, che dovrebbe evidenziare l'inesistenza di clausole vessatorie.

#### **5.4 Un possibile e auspicabile punto di equilibrio fra esigenze di effettività della tutela consumeristica e difesa dei principi processual-civilistici**

Si ritiene che tale soluzione possa essere idonea ad assicurare, nella logica di un ragionevole temperamento di valori contrapposti, da un lato, le esigenze di effettività della tutela consumeristica, dall'altro, una ragionevole difesa dei principi processual-civilistici.

Peraltro, è evidente come il problema dell'effettività della tutela, quale principio di rilievo costituzionale e sovranazionale, si ponga anche rispetto al creditore che abbia conseguito un decreto ingiuntivo, non opposto e che risulti inopinatamente cedevole.

Ciò anche in considerazione del contesto interpretativo in cui si inseriscono le sentenze del 17 maggio 2022 e che risulta connotato dalla tendenza, comprensibile, da parte degli interpreti italiani di relativizzare i precedenti della CGUE, sterilizzandone la portata eversiva.

Come evidenziato da autorevole dottrina, infatti:

a) la sentenza della CGUE nella causa Lucchini del 2008, «la più categorica, fonda il travolgimento del giudicato nazionale sulla intollerabilità della violazione delle competenze

interne degli organi dell'Unione», essendo la sentenza «*inutiliter data* da organo privo di qualunque potestà giurisdizionale sulla questione», straripando «i suoi poteri istituzionali». Un'ipotesi che sarebbe assimilabile, «a fini meramente descrittivi», ad «una cassazione per eccesso di giurisdizione come quella ammessa dall'art. 111, comma ottavo, della nostra Costituzione per le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti»;

b) nel caso Pizzarotti (sentenza del 10 luglio 2014, causa C-213/2013), la CGUE, chiamata a pronunciarsi sull'eventuale disapplicabilità della norma processuale, in materia di formazione del giudicato, se ritenuta in contrasto con la regola comunitaria, ha invocato il diverso istituto del giudicato a formazione progressiva, suscettibile di «essere rimeditato o comunque adeguato [...] proprio in sede di attuazione».

In tal senso, depongono non solo ragioni di carattere logico e di economia processuale, ma anche la necessità di conservare una cesura netta fra le vicende giuridiche inerenti al giudizio presupposto e l'esecuzione del provvedimento, conclusivo dello stesso. Ciò, anche in virtù di un principio di «competenza» intesa in senso lato, per cui della valida formazione del provvedimento portato a esecuzione è (o può essere) investito unicamente il giudice cui è devoluto il gravame o l'impugnativa promossa avverso lo stesso.

Principio di competenza che, peraltro, si interseca anche con il diverso principio, pure ispirato ad esigenze di economia processuale, del deducibile (valevole) come dedotto.

Esigenze tali ultime meritevoli di tutela secondo la logica e i valori ispiratori dell'ordinamento giuridico multilivello quale deve considerarsi quello italiano in conseguenza dell'eterointegrazione da parte del livello di tutela comunitario, nonché delle sollecitazioni provenienti dalla CEDU.

È indubbio che l'attuazione, in via coattiva, del *decisum* e la tempestività della tutela siano due corollari logici indefettibili di quel diritto all'effettività della tutela giurisdizionale che rinviene il proprio fondamento normativo a livello costituzionale ex artt. 24, 111 cost., nonché comunitario e convenzionale ex artt. 6, 13 CEDU e 47 CDFUE.

Per quanto concerne la regola del deducibile come dedotto, deve ritenersi che l'impossibilità di azionare vizi del titolo di formazione giudiziale valga non solo per quelli concretamente dedotti nel giudizio c.d. presupposto, ma anche per quelli che lo erano sulla base di un criterio di diligenza (di fatto, rimasto inosservato).

Dunque, spetta soltanto al giudice del giudizio presupposto, vagliare la fondatezza delle doglianze di qualsivoglia natura prospettate dalla parte debitrice.

In questi casi, il potere di cognizione del giudice dell'opposizione all'esecuzione è limitato all'accertamento della portata esecutiva del titolo posto a fondamento dell'esecuzione stessa (fra le altre, Cass. 12 ottobre 2012, n. 17903).

Tale principio è destinato a rimanere sostanzialmente inalterato anche dopo l'intervento della Corte di Giustizia, secondo cui quest'ultimo ha, invece, il potere-dovere di esaminare d'ufficio il regolamento contrattuale, da cui germina il credito azionato in via monitoria e ciò al fine di verificare se lo stesso ricomprenda clausole abusive, la cui nullità è in grado di incidere sull'*an* o sul *quantum* della posta creditoria azionata nonostante che essa sia oggetto del provvedimento monitorio avente ormai natura di cosa giudicata.

Trattasi, infatti, di una pronuncia destinata a operare esclusivamente, in materia consumeristica, o, comunque, in ambiti di disciplina in cui si assiste alla concorrenza del livello nazionale di tutela (che detta la disciplina di dettaglio o attuativa) e di quello comunitario (che si estrinseca per mezzo di direttive generiche o di regolamenti anch'essi dettanti norme puntuali e immediatamente operative).

In tali termini devono ricostruirsi i termini dell'impatto della pronuncia che - come noto - ha valenza eterointegrativa della disciplina comunitaria oggetto dell'intervento nomofilattico, beneficiando delle stesse caratteristiche della diretta applicabilità e della primazia proprio del diritto comunitario.

L'intervento della Corte è stato occasionato dalla disciplina in materia di clausole abusive, ma deve ritenersi che la cedevolezza del giudicato, almeno nella forma meno pregnante del c.d. giudicato implicito, debba operare ogniqualvolta lo stesso si ponga in contrasto con una norma comunitaria (positiva o scaturente da una pronuncia della CGUE), che, per le sue caratteristiche di sufficiente descrizione del precetto, si ponga in termini di diretta applicabilità.

D'altronde, come riconosciuto dalla pronuncia stessa della CGUE, la stabilità e immodificabilità del giudicato rappresenta un valore primario della civiltà giuridica e anch'esso un principio generale dell'ordinamento comunitario, perché volto a presidiare la certezza dei rapporti giuridici, così come l'affidamento riposto dai consociati nel fatto che la regola, contenuta in una sentenza non più impugnabile, costituisca la regola definitiva di una determinata fattispecie concreta.

Nondimeno, è altrettanto indubbio che il giudicato implicito sia di per sé una variante "anomala" del giudicato inteso in senso stretto, perché teso a ricomprendere nel suo operato, anche profili motivazionali estranei al dispositivo e che il giudicato implicito, inteso come esteso a questioni neanche concretamente dedotte, ma deducibili in sede di giudizio di cognizione, costituisca una creatura giurisprudenziale del tutto avulsa dallo schema tradizionale del giudicato.

Costruzione rispondente a esigenze di economia processuale, ma destinata a essere accantonata ogniqualvolta la stessa sia idonea a pregiudicare la disamina giudiziale di una questione la cui regolamentazione sia posta da una norma comunitaria imperativa, appartenente all'ordine pubblico economico comunitario.

Invero, in via interpretativa, taluni Autori, allineandosi alle conclusioni formulate dall'Avvocato Generale, avevano formulato dei dubbi in relazione alla possibilità per il giudice della fase monitoria di valutare *ex officio* l'abusività della clausola, evidenziando che «la conseguenza non (potesse) essere quella di consentire al giudice dell'esecuzione di farlo».

#### **5.5. La <<rivoluzionaria>> pronuncia delle Sezioni unite n. 9479/2023**

Premessa la doverosità del rilievo, esisteva incertezza circa le conseguenze riconosciute al rilievo d'ufficio da parte del giudice dell'esecuzione.

Peraltro, in questo contesto interpretativo, vi è chi ha affermato che «forse, in un caso come questo, sarebbe davvero inevitabile l'intervento del legislatore (introducendo un'ipotesi di revocazione straordinaria o di opposizione tardiva altrettanto straordinaria, semmai proprio

con la prima legge europea a disposizione, a rimarcare la consequenzialità della scelta rispetto alle pronunce europee), a disciplinare - non dissimilmente dalle iniziative in tal senso adottate da altri Paesi Membri dell'Unione - le ricadute di così ampia portata sull'ordinamento nazionale di queste importantissime pronunce del Kirchberg.

Le Sezioni unite, con la pronuncia n. 9479 del 6 aprile 2023, sono intervenute, di recente, a comporre il contrasto interpretativo relativo ai limiti operativi relativi ai principi enucleati dalla Corte di Giustizia.

La questione era giunta alla S.C. in occasione del ricorso straordinario di un consumatore che aveva subito l'esecuzione forzata su un proprio immobile e ciò nella qualità di garante di un'impresa di costruzioni.

Egli, in fase di distribuzione del ricavato, aveva posto problema dell'effettiva esistenza del credito azionato dalla banca procedente.

E ciò in quanto, a suo dire, il decreto ingiuntivo non opposto, posto a fondamento dell'esecuzione, era stato emesso da giudice territorialmente incompetente in violazione del c.d. foro del consumatore.

L'ordinanza del giudice dell'esecuzione era stata gravata da opposizione ex art. 617 c.p.c., rigettata dal tribunale, con sentenza, oggetto di impugnativa con ricorso straordinario.

Invero, prima della celebrazione della pubblica udienza il ricorrente aveva rinunciato al ricorso.

Nondimeno, la Suprema Corte, dopo la declaratoria dell'estinzione, ha ritenuto di pronunciare alcuni principi di diritto *ex officio* in virtù dell'art. 363, terzo comma, c.p.c.

Premette il Supremo Consesso come «l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ex art. 363 c.p.c., non ha «un carattere meramente esplorativo o preventivo», ma si lega necessariamente alla fattispecie concreta oggetto di cognizione (Cass. sez. un., 18 novembre 2016, n. 23469)».

Nondimeno, la norma anzidetta imputa tale potere direttamente in capo alla Corte di cassazione (terzo comma dell'art. 363 c.p.c.) e consente alla stessa di attivare, dunque, la funzione nomofilattica, eccezionalmente, prescindendo dalla decisione del caso di specie, dunque, con effetti neutri rispetto alla fattispecie sottoposta al suo vaglio.

Ciò, in quanto alla Corte è consentito di pronunciare una regola di giudizio che, sebbene non influente sulla concreta vicenda processuale, serva tuttavia come criterio di decisione di casi analoghi o simili (tra le altre, Cass. sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187).

Il problema che le Sezioni unite erano chiamate ad affrontare era di particolare complessità, implicando la soluzione dello stesso un vero e proprio radicale ripensamento, ma sarebbe più adeguato esprimersi di uno stravolgimento, dei poteri cognitivi del giudice del monitorio e l'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto, nonché dei poteri del giudice dell'esecuzione in relazione al titolo esecutivo costituito dal decreto.

Invero, a fronte dell'impatto dirompente delle sentenze della Suprema Corte, serrato è stato il dibattito interpretativo.

Autorevole dottrina - «mantenendo la questione sul piano dell'adeguamento giurisprudenziale, dato lo scarso interesse che il legislatore ha sempre colpevolmente mostrato per questioni similari» - aveva perorato il superamento del principio, invero, di dubbia tenuta

giuridica e logica, per cui il decreto ingiuntivo non opposto sarebbe stato sorretto da efficacia di giudicato.

Veniva evidenziata l'ineliminabile irragionevolezza di una costruzione giuridica fondata sull'assunto per cui un titolo emesso senza previa instaurazione del contraddittorio rispetto al soggetto interessato «possa attingere gli stessi risultati della sentenza passata in giudicato anche sui "presupposti impliciti" e "logicamente necessari"».

Lo stesso Autore aveva sostenuto che, una volta ricondotto il decreto ingiuntivo non opposto nell'alveo, ad esso più consono, del titolo stragiudiziale, sarebbero stati attivabili gli strumenti endoprocessuali (come il potere di rilevazione d'ufficio del giudice dell'esecuzione o le opposizioni esecutive).

Ciò, in quanto qualunque più invasiva soluzione che avesse prescinduto dal ridimensionamento della fattispecie normativa-interpretativa del giudicato, sarebbe stata appannaggio del legislatore.

A fondamento di questo percorso ragionato, si era evidenziato che:

a) la disciplina del procedimento d'ingiunzione non prevede espressamente, né sulla base di una ricostruzione teleologica e sistematica, la formazione del giudicato sul decreto ingiuntivo e ciò in quanto l'unica fattispecie, destinataria di una specifica regolamentazione, è quella dell'esecutorietà del decreto;

b) sotto il profilo dell'evoluzione storica del quadro regolatorio, il legislatore non ha mai previsto un effetto di giudicato per il decreto non opposto o un effetto ad esso assimilabile. Infatti, l'art. 6, comma primo, R.D. 24 luglio 1922, n. 1036, si limitava a prevedere che «qualora non sia proposta l'opposizione nel termine stabilito, il decreto d'ingiunzione acquista forza di sentenza spedita in forma esecutiva ed è titolo per la ipoteca giudiziale».

La suddetta formulazione fu sostituita ad opera dell'art. 16, comma primo, R.D. 7 agosto 1936, n. 1531, cui si ispira il disposto dell'art. 647 c.p.c.

La norma in questione prevedeva che: «quando non sia stata fatta opposizione nel termine stabilito il conciliatore, il pretore o il presidente, su istanza anche verbale del ricorrente, dichiara la definitiva esecutorietà del decreto».

Invero, le Sezioni unite hanno optato non per una rivisitazione del tradizionale concetto del giudicato implicito o per una rimodulazione dei suoi limiti operativi, ma, conservando le tradizionali categorie concettuali, si sono limitate a sancirne la recessività nella sua declinazione più ampia, ogni qualvolta il giudicato implicito, anche di matrice monitoria, si ponga eventualmente in contrasto con la superiore regola comunitaria.

Pervenendo all'enucleazione di un dispositivo, particolarmente, articolato, le Sezioni Unite hanno distinto, per ciascuna fase processuale di riferimento, dettagliando minuziosamente i doveri del giudice.

In relazione alla fase monitoria:

il giudice del monitorio:

a) deve svolgere, d'ufficio, il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore in relazione all'oggetto della controversia;

b) a tal fine procede in base agli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, ai sensi dell'art. 640 c.p.c., con il potere istruttorio d'ufficio, da esercitarsi in armonia con la struttura e funzione del procedimento d'ingiunzione:

b.1) potrà, quindi, chiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire gli eventuali chiarimenti necessari anche in ordine alla qualifica di consumatore del debitore;

b.2) ove l'accertamento si presenti complesso, non potendo egli far ricorso ad un'istruttoria eccedente la funzione e la finalità del procedimento (ad es. disporre CTU), dovrà rigettare l'istanza d'ingiunzione;

c) all'esito del controllo:

c.1) se rileva l'abusività della clausola, ne trarrà le conseguenze in ordine al rigetto o all'accoglimento parziale del ricorso;

c.2) se, invece, il controllo sull'abusività delle clausole incidenti sul credito azionato in via monitoria desse esito negativo, pronuncerà decreto motivato, ai sensi dell'art. 641 c.p.c., anche in relazione alla anzidetta effettuata delibazione;

c.3) il decreto ingiuntivo conterrà l'avvertimento indicato dall'art. 641 c.p.c., nonché l'espresso avvertimento che in mancanza di opposizione il debitore-consumatore non potrà più far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto e il decreto non opposto diventerà irrevocabile.

Per quanto concerne la fase esecutiva, è stato affermato il seguente principio:

il giudice dell'esecuzione:

a) in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, ha il dovere – da esercitarsi sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito – di controllare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza e/o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo;

b) ove tale controllo non sia possibile in base agli elementi di diritto e fatto già in atti, dovrà provvedere, nelle forme proprie del processo esecutivo, ad una sommaria istruttoria funzionale a tal fine;

c) dell'esito di tale controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole – sia positivo, che negativo – informerà le parti e avviserà il debitore esecutato che entro 40 giorni può proporre opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c. per fare accertare (solo ed esclusivamente) l'eventuale abusività delle clausole, con effetti sull'emesso decreto ingiuntivo;

d) fino alle determinazioni del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 649 c.p.c., non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito;

e) se il debitore ha proposto opposizione all'esecuzione ex art. 615, primo comma, c.p.c., al fine di far valere l'abusività delle clausole del contratto fonte del credito ingiunto, il giudice adito la riqualificherà in termini di opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. e rimetterà la decisione al giudice di questa (*translatio iudicii*);

f) se il debitore ha proposto un'opposizione esecutiva per far valere l'abusività di una clausola, il giudice darà termine di 40 giorni per proporre l'opposizione tardiva – se del caso rilevando l'abusività di altra clausola – e non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito sino alle determinazioni del giudice dell'opposizione tardiva sull'istanza ex art. 649 c.p.c. del debitore consumatore.

Per quanto riguarda la fase di cognizione, invece:

Il giudice dell'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.:

a) una volta investito dell'opposizione (solo ed esclusivamente sul profilo di abusività delle clausole contrattuali), avrà il potere di sospendere, ex art. 649 c.p.c., l'esecutorietà del decreto ingiuntivo, in tutto o in parte, a seconda degli effetti che l'accertamento sull'abusività delle clausole potrebbe comportare sul titolo giudiziale;

b) procederà, quindi, secondo le forme di rito.

Nondimeno, il rilevante numero di procedure impone al sottoscritto di delegare tale accertamento al Pd o al custode, ove nominati, in armonia, peraltro, con lo spirito della riforma Cartabia (che ha profondamente accentuato il contenuto delle operazioni delegabili). Ciò, con esclusione delle procedure sospese, per una qualunque delle ragioni previste dalla legge. A tale rilievo si provvederà, eventualmente, ove la procedura verrà ripresa.

**P.Q.M.**

**A) incarica il nominato di Pd - e, in difetto di delega alla vendita, il custode - di riferire, entro 45 giorni, al sottoscritto, per iscritto e succintamente, in relazione all'esistenza di:**

1) estratto autentico dell'atto di cessione (**da non confondere con l'estratto della G.U.**);

2) elementi documentali (da cui, eventualmente, questo Giudice possa desumere, secondo un criterio oggettivo, l'avvenuta cessione):

a) l'avviso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, contenente la menzione del credito ceduto, diretta o mediata dall' indicazione del correlato <<Ndg>>;

b) lettere, specie se provenienti dal cedente, volte a informare in modo specifico della avvenuta cessione;

c) dichiarazioni della cedente per cui il credito controverso sarebbe ricompreso nella cessione pubblicizzata e per le quali s'invoca una valenza latamente confessoria;

d) eventuali atti di riconoscimento espresso o tacito dell'esistenza della posizione debitoria (come, ad esempio, transazioni non adempiute o proposte di definizione provenienti dall'esecutato (o dal suo difensore);

e) eventuale esistenza di clausole vessatorie nei mutui contratti con soggetti, rivestenti la qualità di consumatore;

**B) ove si abbia certezza della ricorrenza di una delle situazioni da acclarare, sollecita il Pd o il custode a rimettere, senza esitazione, gli atti al sottoscritto che valuterà un'eventuale sospensione (previa instaurazione del contraddittorio tra tutte le parti del giudizio esecutivo);**

**C) esonera, *medio tempore*, da tali adempimenti le procedure sospese, per una qualunque delle ragioni previste dalla legge. A tale verifica si provvederà, eventualmente, ove la procedura verrà ripresa.**

**Manda alla cancelleria per le comunicazioni.**

**Così deciso in Brindisi, in data 4.12.2023**

TRIBUNALE DI BRINDISI  
Depositato in Cancelleria

Brindisi, 5/12/23  
ASSISTENTE GIUDIZIARIO  
DOTT.SSA S. S. S.

IL GIUDICE

**DOTT. ANTONIO IVAN NATALI**