

N. R.G. 2024/



TRIBUNALE ORDINARIO DI MACERATA

Sezione Civile

Il Giudice dott. Angelica Capotosto

letto l'atto di citazione con il quale LUIGI ha proposto opposizione avverso il precetto notificato su istanza di SPV S.R.L. e, per essa, di MANAGEMENT SPA (v. doc. 10 fascicolo convenuta) in forza a) del contratto di mutuo fondiario del 31.07.02 per atto del Notaio rep. -racc. 13152 (v. doc. n. 5 fascicolo convenuta), b) dell'atto modificativo di mutuo del 10.09.08 per atto del Notaio rep. 63276 – racc. 14151 (v. doc. n. 6 fascicolo convenuta) e c) dell'atto modificativo di mutuo del 19.04.11 per atto del Notaio rep. – racc. 16504 (v. doc. n. 7 fascicolo convenuta)

esaminata l'istanza ex art. 615 c.p.c.;

letta la memoria difensiva della convenuta;

sciogliendo la riserva assunta sull'istanza di sospensiva ex art 615, comma 1 c.p.c. ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Preliminarmente va rilevato che, mentre l'opposizione all'esecuzione ha per oggetto il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata per difetto originario o sopravvenuto del titolo esecutivo o della pignorabilità dei beni, l'opposizione agli atti esecutivi consiste nella contestazione della legittimità dello svolgimento dell'azione esecutiva attraverso il processo e, quindi, ha ad oggetto la regolarità degli atti e dei provvedimenti adottati nel corso del processo esecutivo o preliminari all'azione esecutiva e la loro notificazione; conseguentemente le questioni relative all'atto di precetto e alla sua notificazione si configurano come opposizione agli atti esecutivi.

L'attore ha proposto un'opposizione all'esecuzione laddove ha contestato il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata.

Ciò posto, va rilevato che la riforma ha attribuito il potere di sospendere l'efficacia esecutiva del titolo esecutivo al solo giudice dell'opposizione a precetto quando essa sia stata proposta ai sensi dell'art 615 comma 1 c.p.c. ossia per contestare il diritto del creditore a procedere esecutivamente. L'art 615 comma 1 c.p.c. subordina la concessione della sospensione alla sussistenza dei gravi motivi.

Secondo l'orientamento condiviso da questo Tribunale, la formulazione della norma implica la valutazione della ricorrenza, nella specie, sia del *fumus* – ossia della verosomiglianza della fondatezza

OMISSIS

Fondata appare, invece, allo stato, l'ultimo motivo di opposizione.

L'opponente ha sostenuto che la fideiussione da esso prestata risulterebbe corrispondente allo schema ABI del 2003 censurato dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55 del 2.5.2005, come tale parzialmente nulla (Cassazione civile, sez. un., 30/12/2021, n. 41994).

Ebbene, per mera chiarezza espositiva ed in estrema sintesi va ricordato che nel 2005 la Banca d'Italia, alla luce del parere del 20/4/2005 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), a conclusione del procedimento volto ad accertare se le previsioni del testo A.B.I. fossero o meno lesive della concorrenza, adottò il provvedimento n. 55 del 2005 sulle "Condizioni generali di contratto per la Fideiussione" ritenendo che gli articoli 2, 6 e 8 del testo A.B.I. per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contenessero disposizioni che, se applicate in

modo uniforme, risultavano in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90. Di conseguenza le intese indicate negli artt. 2, 6 e 8 del testo A.B.I. sarebbero state vietate ai sensi della disciplina antitrust e pertanto nulle.

La questione scatenò un vivace dibattito interpretativo culminato nella sentenza n. 41994 del 30 dicembre 2021 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con cui, dirimendo il contrasto, ha stabilito che i contratti di fideiussione omnibus sarebbero affetti da nullità parziale ai sensi dell'art. 1419 c.c.

All'esito di tale percorso interpretativo, l'inefficacia deve oggi intendersi prodotta limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8 che contrastano con la disciplina antitrust, rimanendo il contratto pienamente efficace e valido per il resto.

Nella fattispecie, tuttavia, il riferimento alla nullità parziale del contratto di garanzia è, però, del tutto inconferente in quanto non si verte in materia di fideiussione *omnibus*, ma di fideiussione specifica, rilasciata a garanzia del rapporto di mutuo specificatamente individuato.

Per altro verso l'opponente, esponendo di rivestire la qualifica di consumatore, ha allegato la nullità della clausola contenete la deroga all'art 1957 c.c. in quanto non oggetto di trattativa individuale ed ha, quindi, eccepito la estinzione della obbligazione, non avendo la convenuta agito nei confronti del debitore principale nel termine di sei mesi.

Nella specie l'atto di mutuo e i due atti modificativi del 2008 e del 2011 contengono la deroga espressa all'art 1957 c.c.

La opposta non solo non ha contestato la qualifica di consumatore in capo all'opponente ma non ha offerto alcun elemento, anche solo indiziario, in base al quale poter stabilire se la prestazione della garanzia potesse essere inquadrata nell'attività professionale del garante o se vi fossero collegamenti funzionali tali da poter considerare il garante alla stregua di "professionisti di riflesso"; sicché, allo stato, sulla base della cognizione sommaria consentita in detta sede, dovendo preservare le finalità della disciplina consumeristica, la deroga all'art. 1957 c.c. contenuta nell'atto di mutuo e nei successivi atti di modifica appare nulla perché clausola vessatoria - e tale nullità è anche rilevabile d'ufficio, ai sensi degli artt. 33, co. 2, lett. t), e 36 del Codice del Consumo -, in quanto limitativa della facoltà del consumatore di opporre al creditore l'eccezione di intervenuta estinzione dell'obbligazione fideiussoria prestata (v. cass. 27558/2023).

Infatti, se è vero che la deroga a detta norma rientra nella libertà delle parti, non trattandosi di norma imperativa, è anche vero che la disciplina a tutela del consumatore è piuttosto rigida, non consentendo deroghe alla disciplina legale, nemmeno con specifica sottoscrizione della relativa clausola, essendo semmai necessario che il professionista dia prova che le clausole unilateralmente predisposte siano state oggetto di trattativa individuale (cfr. art. 34, co. 5, D.lgs. n. 206/2005), prova nella specie del tutto mancata, restando irrilevante la stipula in forma pubblica, davanti ad un notaio, dell'atto, essendo il

controllo notarile non esteso al sindacato di abusività delle clausole volute dalle parti e, comunque, inidoneo ad assicurare o a surrogare la prova di una specifica, seria ed effettiva trattativa tra le parti sulla clausola presuntivamente abusiva.

La banca opposta non ha fornito, allo stato, com'era suo onere, la prova della tempestiva assunzione delle iniziative giudiziarie volte a fare valere le proprie ragioni di credito verso il proprio debitore principale. Come è noto, le istanze di cui all'art. 1957 c.c., infatti, possono essere solo quelle giurisdizionali, di cognizione o di esecuzione, non essendo sufficiente l'iniziativa meramente stragiudiziale (Cass., Sez. 2, Sentenza n. 1724 del 29/01/2016). Tale norma lo impone come onere imprescindibile a carico del creditore che voglia conservare la garanzia dei fideiussori, con conseguente decadenza del creditore di agire utilmente nei confronti dei singoli fideiussori.

Ebbene, dopo la missiva del 19.01.2016 con la quale l'istituto di credito comunicava alla debitrice e ai garanti l'avvenuta risoluzione del contratto di mutuo con contestuale richiesta di pagamento del debito residuo, non risultano essere state proposte iniziative giudiziali nei confronti della debitrice.

Ne consegue che per evitare la decadenza dall'impegno fideiussorio ex art. 1957 c.c. l'opposta avrebbe dovuto proporre azione giudiziaria nei confronti del debitore principale entro 6 mesi decorrenti dal 19.01.2016 e nessuna conseguenza può ricollegarsi alla eventuale qualificazione del contratto in termini di fideiussione o di contratto autonomo, perché l'art. 1957 c.c. contiene una norma a tutela di ogni garante.

Alla luce delle superiori considerazioni sussistono, pertanto, i presupposti per accogliere la istanza ex art 615 c.p.c.

P.Q.M.

accoglie la istanza ex art 615 c.p.c. e, per l'effetto, sospende la efficacia esecutiva dei titoli posti a fondamento della esecuzione preannunciata con precetto del 10.04.2024.

SI COMUNICHI

Macerata, 6 agosto 2024

Il Giudice
dott. Angelica Capotosto