



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

Il Tribunale Ordinario di Treviso

SEZIONE TERZA

in composizione monocratica, in persona del dott. Andrea Valerio Cambi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio iscritto al R.G. n. 10754/2014 promosso da

elettivamente domiciliato in

TREVISO, presso lo studio dell'avv.

dal quale è rappresentato e

difeso unitamente agli avv.ti

come da procura alle liti a margine dell'atto di citazione in

opposizione;

- parte attrice opponente

contro:

BANCA

elettivamente

domiciliata in

presso lo studio dell'avv.

giusta procura alle liti a margine della comparsa di

costituzione e risposta;

- parte convenuta opposta

Conclusioni delle parti

per parte attrice opponente:

NEL MERITO:

in via principale, voglia codesto Tribunale accertare e dichiarare, per tutti i motivi esposti in atti, che il sig. _____ nulla deve a Banca _____ per essere la fideiussione azionata inesistente, nulla e/o inefficace e/o annullata per dolo o errore essenziale e/o risolta per inadempimento imputabile all'Istituto di credito;

In via subordinata, voglia codesto Tribunale di Treviso, per la denegata ipotesi di mancato accoglimento delle conclusioni assunte in via principale, accertate e dichiarate le violazioni esposte ai punti 6-7 del presente atto, rideterminare l'esatto dare avere tra le parti ed accertata l'inesistenza di mora delle parti nel versamento

delle rate e, dunque, l'illegittimità del recesso comunicato, accertare e dichiarare che nulla deve il sig. _____ all'istituto di credito.

II. IN OGNI CASO con rifusione di spese e competenze di lite.

Per la convenuta opposta:

In via principale e di merito:

a) confermarsi il decreto ingiuntivo opposto n. 4378/2014 e respingersi tutte le domande svolte dall'opponente.

Anche in via riconvenzionale occorrendo, condannare parte opponente a pagare alla concludente la somma di € 162.596,82= oltre agli interessi e competenze dal 01.07.2014, al tasso annuale moratorio del 7,95%, fino all'effettivo saldo, o alla diversa somma, maggiore o minore, che dovesse risultare dovuta in corso di causa.

In ogni caso: Con vittoria di spese ed onorari di causa.

In via istruttoria: respingersi la richiesta di C.T.U.

Svolgimento del processo

L'odierno giudizio trae origine dal ricorso per ingiunzione promosso dalla Banca _____ nei confronti del sig. _____ per il pagamento della somma di € 162.596,82, a titolo di capitale residuo, di interessi moratori sulle rate scadute e di quelli successivi alla risoluzione di diritto del contratto di mutuo fondiario sottoscritto in data 24.6.2008 con la Banca _____ dai sig.ri _____ a rogito del Notaio dott. _____ di Treviso, Rep. N. _____ e per il quale l'odierno opponente si era costituito fideiussore. Pronunciata e notificata l'ingiunzione, il sig. _____ ha proposto tempestiva opposizione, a fondamento della quale eccepiva:

1. il difetto di titolarità del credito della convenuta opposta, in ragione della mancata inclusione del contratto di mutuo fondiario *de quo agitur* nell'ambito della cessione in blocco dei crediti effettuata nel 2013 dalla Banca di _____ in favore della Banca _____ ;

2. l'invalidità della fideiussione per:

2.1. nullità derivata della stessa per essere stata redatta con l'utilizzo della modulistica predisposta dall'ABI in attuazione di una supposta intesa anticoncorrenziale, rilevata dalla Autorità Garante per la concorrenza e i mercati in un parere espresso nell'ambito di un'apposita istruttoria aperta dalla Banca d'Italia nel 2003;

2.2. per indeterminatezza e/o indeterminabilità dell'oggetto;

2.3. per violazione dell'obbligo di esecuzione in buona fede del contratto e per violazione degli obblighi di tutela del garante;

2.4. per nullità parziale dell'art. 7 del contratto di fideiussione, in quanto inefficace ex art. 33 lett. B) e T) del d.lgs 2005/2006 codice del consumo e, conseguentemente:

3) l'estinzione della garanzia fideiussoria per il mancato tempestivo esercizio del credito garantito nei confronti dei debitori principali;

4) la nullità parziale del rapporto garantito per violazione degli artt. 644 c.p. e 1815, co. 2 c.c.;

5) la nullità annullabilità e/o risoluzione del contratto di fideiussione.

L'opponente concludeva dunque per l'accertamento negativo del proprio debito di firma e, in subordine, per la revoca dell'ingiunzione e la determinazione del minor debito eventualmente dovuto, in ragione dei profili di nullità del rapporto garantito sollevati con l'atto introduttivo del giudizio di opposizione.

La convenuta opposta si costituiva in giudizio confutando le eccezioni avversarie e invocando il rigetto dell'opposizione, previa concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo.

Concessa in data 17.03.2015 la provvisoria esecuzione e stante la mancata richiesta dei termini ex art. 183, co. 6 c.p.c., la causa veniva chiamata per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 13.12.2016, poi differita al 16.06.2017, udienza in cui l'opponente formulava *banco iudicis* una proposta transattiva, che la banca creditrice riferiva di poter accogliere solo *pro quota* e senza liberazione dei debitori principali.

Questo giudice formulava allora una proposta conciliativa migliorativa, proponendo comunque la definizione della controversia nei confronti di tutti i condebitori, e rinviava la causa al 16.11.2017 per consentire alla convenuta di assumere le proprie determinazioni in merito.

Rifiutata anche detta proposta, le parti venivano allora invitate a precisare le conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione sulle conclusioni già rassegnate nei rispettivi fogli depositati telematicamente.

Motivi della decisione

L'opposizione è fondata e merita integrale accoglimento.

È infatti fondata, ed ha carattere assorbente, l'eccezione di decadenza della garanzia fideiussoria svolta da parte opponente in premessa indicata ai n. 2.4. e 3, eccezione che postula sul piano logico il rilievo dell'invalidità (o, comunque, dell'inefficacia)

della clausola di cui all'art. 7 della lettera di fideiussione, alla stregua del quale *“i diritti derivanti alla Banca restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fidejussore entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c.”*

A tale riguardo, giova rammentare come si sia a lungo dibattuto, in passato, sulla possibilità di ricondurre le clausole di deroga all'art. 1957 c.c. al novero delle clausole c.d. vessatorie.

Si deve in particolare dar conto di un orientamento giurisprudenziale prevalentemente contrario al riconoscimento della vessatorietà di tali clausole, inaugurato dalla risalente sentenza Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 2034 del 10/07/1974 (*“La rinuncia preventiva del fideiussore a far valere la decadenza prevista dall'art 1957 primo comma, cod civ a carico del creditore che non abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate, entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita non rientra tra le clausole particolarmente onerose di cui all'art 1341 cod civ esige, nel caso che siano predisposte da uno dei contraenti, la specifica approvazione per iscritto dell'altro contraente”*) e, seppur in termini non perfettamente coincidenti, dalla successiva Cass. Civ. Sez. 3, Sentenza n. 2461 del 20/04/1982 (*“la decadenza del creditore dall'obbligazione fidejussoria per mancata proposizione delle azioni contro il debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, prevista dall'art. 1957 cod. civ., può formare oggetto di rinuncia preventiva da parte del fidejussore”*), orientamento che ha trovato peraltro recenti conferme negli arresti citati da parte opposta (Cass. Civ. 08/13078 e 06/2263) e alla stregua del quale è stata svolta a suo tempo la prognosi negativa sulle sorti dell'opposizione sottesa all'ordinanza concessiva della provvisoria esecuzione del decreto opposto.

Detto orientamento, tuttavia, *re melius perpensa*, non può essere accolto acriticamente ma merita una seria revisione critica e, specie quando venga in rilievo la tutela consumeristica di cui all'art. 33 del D.Lgs. 206/2005 non può più ritenersi attuale, per due ordini di considerazioni.

In primo luogo, già con riguardo alla disciplina codicistica di cui all'art. 1341, co. 2 c.c. l'esclusione della clausola di deroga dal novero delle clausole vessatorie è sorretta da una motivazione tutt'altro che convincente (se non apodittica), posto che detta clausola a ben vedere, ancorché non in via esplicita e immediata, si risolve

nell'esclusione per il fideiussore della possibilità di far valere la decadenza del creditore negligente e quindi, innegabilmente, realizza gli effetti di una limitazione alla facoltà di opporre eccezioni.

Già l'interpretazione testuale della norma potrebbe condurre agevolmente all'affermazione della vessatorietà della clausola, senza che a tal fine si debba invocare l'applicazione analogica della norma, che è sempre stata ritenuta di stretta interpretazione e operante solo in relazione alle rigide ipotesi ivi espressamente contemplate.

D'altro canto, è altresì chiaro che, in un sistema in cui l'unico strumento di tutela per il contraente debole aveva natura formale ed era costituito dalla mera doppia sottoscrizione ex art. 1341 co. 2 c.c., il consenso legittimamente manifestato dal garante risultava senz'altro idoneo ad escludere l'inefficacia e, in tal senso, si giustificano e appaiono coerenti con tale sistema le sentenze da ultimo citate (Cass. Civ. 08/13078 e 06/2263, nonché Cass. Civ., 13 aprile 2007, n. 8839 secondo la quale *"la decadenza del creditore dal diritto di pretendere dal fideiussore l'adempimento dell'obbligazione principale per mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale nel termine semestrale previsto dall'art. 1957 comma 1 c.c. può essere convenzionalmente esclusa per effetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore e non opera, in particolare, ove le parti abbiano previsto che la fideiussione si estingua solo all'estinguersi del debito garantito"*).

I principi sinora affermati cedono tuttavia il passo rispetto alle ben più incisive forme di tutela previste in ambito consumeristico.

È noto che l'art. 33 lett. f) del D.Lgs. pone la presunzione di vessatorietà delle clausole che abbiano l'effetto di *"sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi"*, per certi versi riprendendo quasi testualmente ed accorpando alcune delle previsioni dell'art. 1341 c.c.

La norma opera tuttavia in modo del tutto diverso sul piano degli effetti e, soprattutto, per quel che concerne il superamento della presunzione di vessatorietà.

A tal fine, non è affatto sufficiente il mero adempimento formale della specifica approvazione per iscritto, ma è invece necessario, nei contratti conclusi su moduli o

formulari, che il professionista dia prova che le clausole unilateralmente predisposte siano state oggetto di trattativa individuale (art. 34, co. 5 D.Lgs. 206/2005).

Non v'è dubbio, quindi, che le parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, possano convenzionalmente escludere la decadenza del creditore dalla garanzia prevista dall'art. 1957 c.c., ma quando il garante rivesta la qualità di consumatore, la conclusione di tale accordo derogatorio deve necessariamente essere perfezionata nel rispetto delle forme di tutela non più formali ma sostanziali (la prova della trattativa individuale) richieste dal Codice del Consumo.

Nel caso di specie, nessuna prova in tal senso è stata offerta dalla banca convenuta.

Non può nemmeno lontanamente dubitarsi poi della qualità di consumatore in capo al sig. _____ il quale ha pacificamente sottoscritto la fideiussione per consentire alla figlia di accedere al credito fondiario per l'acquisto con il coniuge della propria abitazione e quindi per finalità all'evidenza estranee all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta.

Va dunque rilevata e dichiarata la nullità parziale della fideiussione versata agli atti del fascicolo monitorio con riguardo al citato art. 7, con la conseguente reviviscenza della disciplina legale da tale clausola derogata e dell'onere per il creditore di coltivare diligentemente le proprie ragioni (non necessariamente in via giudiziale), a pena di decadenza, entro il termine semestrale previsto dall'art. 1957 c.c.

Ciò premesso, alla luce di quanto versato in atti, detto termine deve ritenersi ampiamente spirato, non essendovi prova di alcuna iniziativa, anche di mera costituzione in mora dei debitori, nel non indifferente lasso di tempo intercorso tra l'emersione dell'insolvenza dei debitori garantiti (luglio 2012) e la prima intimazione alla regolarizzazione del rapporto (la raccomandata del 4.2.2014 – doc. 9 fascicolo convenuta).

Sussistono dunque i presupposti previsti dall'art. 1957 c.c. per dichiarare l'estinzione della garanzia.

Non può infine condividersi l'assunto della convenuta in ordine alla supposta inapplicabilità dell'art. 1957 c.c. alla fattispecie *de qua*, atteso che alla fideiussione in oggetto non può attribuirsi la natura di contratto autonomo di garanzia.

Il vincolo di accessorietà è senz'altro significativamente attenuato dalla consueta previsione dell'obbligo di pagamento a prima richiesta, ma tale clausola non ha rilievo decisivo per la qualificazione di un negozio come "contratto autonomo di garanzia" o

come "fideiussione", potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome), sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita (in questi termini, si veda Cass. Civ. Sez. 1, sent. 9.8.2016 n. 16825).

Il contratto autonomo di garanzia si caratterizza invece rispetto alla fideiussione per l'assenza del vincolo di accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale in deroga all'art. 1945 c.c., e dalla conseguente preclusione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché dalla proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento effettuato da quest'ultimo.

Nella fideiussione a prima richiesta il vincolo di accessorietà non è reciso, perché il garante conserva intatta la facoltà di far valere, seppur con l'onere del previo pagamento del debito garantito, tutte le eccezioni sostanziali relative al rapporto obbligatorio tra debitore principale e creditore ai fini dell'eventuale ripetizione d'indebito.

Altro tratto caratterizzante (tipico, ad esempio delle polizze fideiussorie c.d. "performance bond" diffuse in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture) è l'eterogeneità della prestazione promessa dal garante rispetto all'oggetto dell'obbligazione principale, eterogeneità che fa assumere alla garanzia connotati indennitari e pseudoassicurativi che, all'evidenza, non sono ravvisabili nei rapporti bancari in cui, in buona sostanza, attraverso la fideiussione altro non si fa che ampliare il novero soggettivo dei debitori e delle correlative garanzie patrimoniali per i medesimi obblighi restitutori di natura pecuniaria contratti dal debitore principale.

Ma anche ove si volesse opinare nel senso di attribuire a quella che altro non è che una fideiussione con clausola *solve et repete* la natura di garanzia autonoma, la più recente ed avveduta giurisprudenza di legittimità ha, con motivazione esaustiva e convincente, escluso la pretesa incompatibilità tra tale strumento atipico di garanzia e l'eventuale applicazione della decadenza ex art. 1957 c.c., precisando che *"In tema di contratto autonomo di garanzia, ove le parti abbiano convenuto che il pagamento debba avvenire "a prima richiesta", l'eventuale rinvio pattizio alla previsione della clausola di decadenza di cui all'art. 1957, comma 1, c.c., deve intendersi riferito -*

giusta l'applicazione del criterio ermeneutico previsto dall'art. 1363 c.c. - esclusivamente al termine semestrale indicato dalla predetta disposizione; pertanto, deve ritenersi sufficiente ad evitare la decadenza la semplice proposizione di una richiesta stragiudiziale di pagamento, non essendo necessario che il termine sia osservato mediante la proposizione di una domanda giudiziale, secondo la tradizionale esegesi della norma, atteso che, diversamente interpretando, vi sarebbe contraddizione tra le due clausole contrattuali, non potendosi considerare "a prima richiesta" l'adempimento subordinato all'esercizio di un'azione in giudizio". (Cass. Civ. Sez. 3 Sentenza n. 22346 del 26/09/2017).

Richiesta stragiudiziale di cui, ripetesi, non vi è prova in atti prima del 4.2.2014.

L'accoglimento del pocanzi esaminato motivo di opposizione ha natura assorbente e consente di soprassedere dalla disamina degli ulteriori profili di impugnativa negoziale, tanto di quelle rivolte al rapporto di garanzia, quanto di quelle riferite al contratto di mutuo.

Si rileva inoltre come parte opponente non abbia svolto alcuna domanda consequenziale alla concessione della provvisoria esecuzione, in particolare con riguardo alle eventuali iscrizioni ipotecarie subite per effetto del provvedimento interinale, sicché nessun ordine di cancellazione può essere reso, in difetto, peraltro dell'acquisizione agli atti di idonea documentazione ipotecaria.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, a norma del d.m. 55/2014, con applicazione dei parametri medi per lo scaglione di riferimento e con esclusione della fase istruttoria, del tutto omessa stante la mancata richiesta di termini ex art. 183, co. 6 c.p.c. e la natura documentale della causa.

p.q.m.

il Tribunale di Treviso, in composizione monocratica, in persona del dott. Andrea Valerio Cambi, disattesa ogni altra domanda, eccezione o istanza, definitivamente pronunciando, così provvede:

- accoglie l'opposizione e per l'effetto revoca il decreto ingiuntivo n. 4378/2014 pronunciato in data 8.9.2014 dal Tribunale di Treviso;

- condanna Banca _____ alla rifusione in favore di _____ delle spese del presente giudizio che si liquidano in € 459,60 per spese ed € 8.030,00 per compenso professionale oltre a spese generali al 15%, IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Treviso, 22/05/2018.

Il giudice

Dott. Andrea Valerio Cambi