

TRIBUNALE ORDINARIO DI CREMONA
SEZIONE CIVILE

VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. xxxx/2020

Oggi 18/10/2022, alle ore 10.30, innanzi al giudice designato, dott. Daniele Moro, sono presenti:

Per **FIDEIUSSORE 1**, l'avv. OMISSIS
Per **FIDEIUSSORE 2**, l'avv. OMISSIS
Per **FIDEIUSSORE 3**, l'avv. OMISSIS
Per **SERVICER** l'avv. GERVASINI MATTEO

Il giudice invita le parti a precisare le conclusioni e a discutere oralmente la causa.

Le parti precisano le rispettive conclusioni come da appositi fogli depositati telematicamente e discutono la causa.

Il giudice, all'esito della discussione, pronuncia sentenza *ex art. 281 sexies c.p.c.*, dando lettura del dispositivo e della parte motivazionale.

Cremona, 18/10/2022

Il giudice
Daniele Moro

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI CREMONA
SEZIONE CIVILE

Il Tribunale in composizione monocratica, nella persona del giudice Daniele Moro, ha pronunciato *ex art. 281 sexies c.p.c.* la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. r.g. xxxx/2020 promossa da:

FIDEIUSSORE 1 con il patrocinio dell'Avv. OMISSIS,
FIDEIUSSORE 2 con il patrocinio dell'Avv. OMISSIS,
FIDEIUSSORE 3, con il patrocinio dell'Avv. OMISSIS,

- parte attrice -

nei confronti di:

SERVICER, procuratrice di **BANCA** con il patrocinio dell'avv. Gervasini Matteo,

- parte convenuta -

CONCLUSIONI

Per parte attrice: *“vaglia l'Ill.mo Tribunale adito, contrariis reiectis, in via preliminare accertare la mancata prova della legittimazione ad agire di **SERVICER** e per l'effetto revocare e/o annullare e/o rendere inefficace il decreto ingiuntivo opposto. Nel merito, in via principale: revocare e/o annullare e/o rendere inefficace il decreto ingiuntivo per cui è causa, accertando la nullità del contratto di fideiussione cd. omnibus sottoscritto dagli odierni opposenti, per contrarietà all'art. 2, comma 2, lett. a), L. n. 287 del 1990 (c.d. normativa antitrust), ovvero, tenuto conto della recente pronuncia delle SS.UU. della Corte di Cassazione n. 41994 del 30.12.2021 intervenuta medio tempore sul tema, accertando e dichiarando *ex art. 1419 c.c.* la nullità parziale del contratto di fideiussione in relazione alle clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale (cd. schema ABI) contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, ai sensi degli artt. 2, comma 3 l. n. 287/90, e, per l'effetto, liberare i garanti **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2**, **FIDEIUSSORE 3** per intervenuta decadenza *ex art. 1957 c.c.* In via subordinata, revocare e/o annullare e/o rendere inefficace il decreto ingiuntivo di cui è causa, accertando e dichiarando, ad ogni modo: a) con riferimento al contratto di conto corrente n. xxxx, - la mancata prova, da parte della banca opposta, della comunicazione degli estratti conto prima della domanda giudiziale, ai sensi dell'art. 119 TUB; - l'illegittima applicazione della CIV per violazione della normativa sulla trasparenza e per la mancata dimostrazione da parte dell'intermediario dell'effettivo svolgimento di un'attività istruttoria, per un indebito aggravio, a carico del correntista,*

Sentenza, Tribunale di Cremona, Giudice Daniele Moro, del 18.10.2022 n.502

pari a complessivi euro 46.780,00, salvo la maggior o minor somma ritenuta di giustizia anche a seguito di CTU contabile, sulla cui nomina ancora si insiste; b) quanto al mutuo chirografario n. xxxxxx: - l'indeterminatezza del contratto per la mancata specificazione della tipologia di ammortamento adottata, con conseguente applicazione dell'art. 117, comma 7, TUB, per un indebito aggravio, a carico del mutuatario, pari a euro 4.156,48, salvo la maggior o minor somma ritenuta di giustizia anche a seguito di CTU contabile, sulla cui nomina ancora si insiste; - l'illegittima applicazione del tasso minimo c.d. floor, per un indebito aggravio, a titolo di interessi corrispettivi, a carico del correntista, pari a complessivi euro 189,54, salvo la maggior o minor somma ritenuta di giustizia anche a seguito di CTU contabile, sulla cui nomina ancora si insiste. In via istruttoria, rimettere la causa sul ruolo istruttorio: - ammettendo consulenza tecnica d'ufficio esclusivamente sui contratti di fideiussione, affinché il nominando professionista confermi le seguenti circostanze e, segnatamente, risponda al seguente quesito: verifichi il CTU il contenuto delle clausole contrattuali inserite nelle fideiussioni sottoscritte dagli opposenti (cfr. allegato 4 dell'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo) e delibi se vi è l'esatta riproduzione di quanto previsto nello schema ABI (cfr. allegato 2 dell'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo) alla luce del provvedimento di Banca d'Italia n° 55 del 2005 (allegato 3 dell'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo).- ammettendo consulenza tecnica d'ufficio contabile sui contratti di conto corrente n. xxxx e di mutuo chirografario n. xxxxxx volta a confermare le risultanze ottenute dal perito di parte opponente. In ogni caso con il favore delle spese di lite in favore del sottoscritto Procuratore che si dichiara antistatario. Nella denegata ipotesi di mancato accoglimento dei motivi di opposizione, disporre la compensazione delle spese di lite ai sensi e per gli effetti dell'art. 92, 2° co. c.p.c. tenuto conto del recente mutamento giurisprudenziale intervenuto medio tempore in tema di nullità delle fideiussioni cd. omnibus”.

Per parte convenuta: “voglia l'illustrissimo Tribunale di Cremona, contrariis reiectis: in via preliminare: accertare e dichiarare l'incompetenza per materia dell'adito Tribunale di Cremona a conoscere delle domande formulate dai signori **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2 e FIDEIUSSORE 3** di accertamento e dichiarazione di nullità della fideiussione omnibus rilasciata in data 10/5/2016 da **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2 e FIDEIUSSORE 3** in favore **BANCA** per violazione della L.287/1990 art. 2. Nel merito: respingere l'opposizione proposta dai signori avverso il decreto ingiuntivo n.394/2020 ing. pronunciato dal Tribunale di Cremona in data 19 maggio 2020, in quanto infondato in fatto ed in diritto per i motivi esposti nella negli atti di causa depositati atti dalla creditrice opposta e conseguentemente confermare il decreto ingiuntivo n.xxxx/2020 ing. pronunciato dal Tribunale di Cremona in data 19 maggio 2020; rigettare altresì tutte le altre domande formulate dai signori **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2, FIDEIUSSORE 3** in quanto infondate in fatto ed in diritto per i motivi esposti in narrativa. Spese e compensi di causa interamente rifusi. Nel merito in via subordinata: condannare i signori **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2, FIDEIUSSORE 3** a pagare in solido a **BANCA** la somma di €600.000,00, salva diversa somma che dovesse risultare di giustizia a seguito dell'espletata istruttoria. Spese diritti ed onorari di causa interamente rifusi”.

CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

I sig.ri **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2 e FIDEIUSSORE 3** proponevano opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. xxx/2020, emesso dal Tribunale di Cremona in favore di **SERVICER.**, procuratrice di **BANCA.**, con il quale veniva ingiunto il pagamento della somma di euro 600.000,00, oltre spese legali, in ragione del negozio fideiussorio datato 10.5.2016 (cfr. doc. n. 7 fascicolo monitorio).

Gli attori deducevano:

- la mancanza di prova “della legittimazione ad agire di **BANCA**”;
- la “nullità della fideiussione omnibus, per essere quest'ultima strutturata secondo il modello emanato dall'ABI nel luglio del 2003...la fideiussione de qua è affetta da nullità insanabile: la nullità assoluta delle fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI, discende dal carattere essenziale delle clausole riportate negli artt. 2, 6 e 8 del detto schema, sicché il vizio delle stesse determina la nullità dell'intero contratto ex art. 1419, comma 1, c.c.”;

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Cremona, Giudice Daniele Moro, del 18.10.2022 n.502

- che “per pacifica opinione della dottrina e della giurisprudenza (per cui, cfr., da ultimo ed ex multis, Cass. 1584/2016), nel contratto di conto corrente bancario l'obbligo di rendiconto, incombente sull'istituto di credito, ex art. 119 TUB, si esplica attraverso l'invio periodico degli estratti conto, ricorrendo altrimenti un'ipotesi di inadempimento, che a sua volta si riflette sull'onus probandi posto dalla legge a carico della banca vocata in ius in sede di opposizione a decreto ingiuntivo (dove essa è attore in senso sostanziale), nonché sul diritto di legittima difesa del correntista e di eventuali terzi garanti. **BANCA** dovrà, pertanto, fornire prova circa l'effettiva notificazione, quanto meno al 'debitore' principale – in un tempo anteriore alla domanda giudiziale – dei detti estratti conto”; - “l'illegittimo addebito della CIV nel corso del rapporto, per la violazione della normativa sulla trasparenza e per la mancata dimostrazione da parte dell'intermediario dell'effettivo svolgimento di un'attività istruttoria...va rilevato, poi, che un indice presuntivo dell'assenza di un'effettiva attività istruttoria consiste nella molteplicità di addebiti CIV a breve distanza l'uno dall'altro. E proprio questa è, peraltro, la situazione che si è verificata nel caso di specie, rispetto al quale è ragionevolmente improbabile che un'utile attività istruttoria possa essere avvenuta con cadenza corrispondente a quella degli addebiti avutisi a titolo di CIV. Dunque, l'intermediario deve fornire la prova di aver svolto, per ciascuno sconfinamento, una effettiva attività istruttoria, dovendosi concludere, in caso contrario, per l'illegittimità dell'applicazione della CIV...nella fattispecie in esame, l'importo illegittimamente richiesto dalla banca opposta, perché non dovuto, è pari a complessivi euro 46.780,00”;

- che in relazione al contratto di mutuo “sono emerse le seguenti anomalie: 1. indeterminatezza del piano di ammortamento; 2. applicazione del tasso minimo c.d. floor. Sotto il primo profilo, va invero rilevata la mancata specificazione, sia nel contratto di mutuo che nell'allegato piano, della tipologia di ammortamento, il quale non viene indicato nemmeno genericamente (es. francese, italiano, tedesco ecc.)...Di tal che, in sostituzione del tasso dichiarato nullo troverà applicazione il tasso nominale dei buoni ordinari del tesoro ai sensi dell'art. 117, comma 7, TUB. Il ricalcolo degli interessi al tasso BOT, evidenzia che la differenza tra gli interessi calcolati al tasso BOT e quelli richiesti al cliente, è pari a euro 4.156,48...in relazione alla clausola floor, si mette in evidenza che la misura del tasso minimo o floor del 5,00% ha trovato applicazione dalla prima all'ultima rata: di fatto il cliente non ha mai goduto di alcuna riduzione dell'Euribor ed è come se avesse sottoscritto un contratto a tasso fisso e non variabile”. L'illegittima applicazione del cd. “tasso minimo floor.” ha determinato “un indebito aggravio, a titolo di interessi corrispettivi, a carico del correntista, pari a complessivi euro 189,54”.

Alla stregua di quanto dedotto, i signori **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2 e FIDEIUSSORE 3** chiedevano l'accoglimento delle domande sopraccitate.

Si costituiva **SERVICER**, in qualità “di procuratrice di “**BANCA**” la quale, argomentato circa la fondatezza delle proprie pretese e l'infondatezza di quelle altrui, chiedeva in via preliminare “di accertare e dichiarare l'incompetenza per materia dell'adito Tribunale di Cremona a conoscere delle domande formulate dai signori **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2, FIDEIUSSORE 3** accreditamento e dichiarazione di nullità della fideiussione” e “nel merito” il rigetto di ogni richiesta ex adverso formulata; in subordine, domandava la condanna degli attori al pagamento della somma che risultasse essere dovuta al termine dell'istruttoria processuale.

La convenuta deduceva:

- che “in data 1 dicembre 2014 **BANCA** apriva presso la propria filiale di Crema (CR), il conto corrente n. xxx, intestato alla società **DEBITRICE PRINCIPALE**”;

- che “in data 21 giugno 2016 **BANCA** concedeva a **DEBITRICE PRINCIPALE**, che lo accettava, il mutuo chirografario n. xxxxxx per l'importo di €75.000,00 da estinguersi in ventiquattro mesi, oltre al periodo di preammortamento, con ventuno rate mensili scadenti la prima il 31 ottobre 2016 e l'ultima il 30 giugno 2018”;

- che “in data 10 maggio 2016 gli odierni oppositori, **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2, FIDEIUSSORE 3** si erano costituiti fideiussori della **DEBITRICE PRINCIPALE** fino concorrenza dell'importo massimo di € 600.000,00 per l'adempimento delle obbligazioni verso la banca, dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura già consentite o che fossero state in seguito consentite”;

Sentenza, Tribunale di Cremona, Giudice Daniele Moro, del 18.10.2022 n.502

- che “in data 9 gennaio 2020 con sentenza n. xxx/2020 il Tribunale di Milano dichiarava il fallimento di **DEBITRICE PRINCIPALE**”;

- che “in data 18 aprile 2020 **BANCA** depositava presso il Tribunale di Cremona ricorso per ingiunzione nel quale esponeva che a quell'epoca il credito vantato nei confronti della **DEBITRICE PRINCIPALE** ammontava ad € 798.867,33, oltre agli ulteriori interessi maturati dal 19/7/2019, data di passaggio a sofferenza della posizione.

La banca chiedeva però che fosse ingiunto agli odierni opposenti, **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2, FIDEIUSSORE 3**, di pagare soltanto la minor somma di € 600.000,00 giacché la fideiussione omnibus dagli stessi prestata a garanzia dell'obbligazioni assunte da **DEBITRICE PRINCIPALE** era limitata a tale importo”;

- che “la domanda di nullità del contratto di fideiussione e di risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza, ai sensi dell'art. comma 2 L. 287/1990, spetta alla competenza funzionale esclusiva ed inderogabile del Tribunale delle imprese di Milano”;

- che “appare evidente l'inapplicabilità della disciplina antitrust all'istituto della fideiussione bancaria attiva quando si consideri che: 1) la fideiussione bancaria attiva non è un prodotto né un servizio bancario offerto dall'impresa del settore creditizio alla clientela...2) le banche non possono essere qualificate come imprese che offrono sul mercato la fideiussione bancaria attiva alla clientela...3) il fideiussore che si accinge a concedere una fideiussione attiva non è qualificabile come un consumatore che “domanda” al mercato un prodotto o un servizio bancario 4) dopo aver concesso la fideiussione, il fideiussore non può essere; 5) poiché non gli viene offerto né acquista alcunché dalle banche, il fideiussore non ha alcuna facoltà di operare una scelta effettiva tra prodotti o servizi offerti dai diversi istituti di credito...6) la conformazione standardizzata delle condizioni negoziali della fideiussione omnibus non è idonea a menomare il diritto di scelta effettiva del garante tra prodotti in concorrenza dal momento che un siffatto diritto di scelta tra ‘prodotti in concorrenza non sussiste affatto in capo al fideiussore”;

- che “parte opponente non ha in alcun modo allegato né provato di aver subito effettivo e concreto pregiudizio in conseguenza dell'intesa anticoncorrenziale invocata, essendosi limitata a dedurre la violazione dell'art. 2 L.287/1990 da parte del contratto di fideiussione”;

- “l'insussistenza della nullità della fideiussione, quale contratto a valle di un'eventuale intesa anticoncorrenziale a monte”;

- di avere “fornito già in sede monitoria tutti gli elementi di prova volti a dimostrare non solo l'ammontare del saldo passivo finale ma anche lo svolgimento del rapporto di conto corrente per tutta la sua durata, avendo prodotto non solo i relativi contratti ma anche tutti gli estratti conto conto dal giorno di apertura, quando il conto presentava “saldo zero”...Gli estratti conto sono stati inviati con cadenza periodica alla debitrice principale, la quale non ha mai mosso alcuna contestazione né in merito al mancato invio degli stessi né tanto meno in merito alle singole operazioni in essi appostate...La banca non era, invece, tenuta ad inviare gli estratti conto ai fideiussori i quali, conseguentemente, non sono legittimati ad eccepire il mancato invio”;

- che “i fideiussori, **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2, FIDEIUSSORE 3** sono privi di interesse ad agire con riferimento alla domande (comunque infondate e contestate) di accertamento di illegittima applicazione della CIV, di indeterminatezza della tipologia di ammortamento e di illegittima previsione del tasso floor”. Infatti, “il debito della debitrice principale stato conteggiato nel ricorso per ingiunzione in € 798.867,33

- l'accoglimento delle eccezioni avversarie determinerebbe comunque una riduzione del debito della debitrice principale di soli € 51.126,02 (= € 46.780,00 + € 4.156,48 + € 189,54) - qualora le eccezioni avversarie fossero fondate il credito effettivamente vantato dalla banca nei confronti della debitrice principale si ridurrebbe pertanto ad € 747.741,31 (= € 798.867,33 - € 51.126,02) ossia ad un importo comunque superiore al limite della fideiussione prestata dagli ingiunti pari ad € 600.000,00”;

- che “la prova della legittimazione di **SERVICER** ad agire in qualità di procuratrice di **BANCA** per il recupero dei crediti in sede stragiudiziale e giudiziale, è fornita dalla procura rilasciata da **BANCA** con scrittura privata del autenticata dal notaio **OMISSIS**”.

L'opposizione è infondata e deve essere rigettata per le ragioni che seguono.

Preliminarmente ritiene questo giudice che:

Sentenza, Tribunale di Cremona, Giudice Daniele Moro, del 18.10.2022 n.502

1) **BANCA** abbia attribuito a **SERVICER** il potere di instaurare il presente giudizio, come provato dal documento n. 4 di parte convenuta nella parte in cui si legge “**BANCA** nomina e costituisce quale procuratrice **SERVICER** affinché la medesima, a mezzo dei propri legali rappresentanti pro-tempore, dei suoi amministratori, dirigenti, dipendenti e procuratori regolarmente autorizzati, ponga in essere, in nome e per conto della mandante, in qualità di mandataria, tutto quanto necessario, utile e/od opportuno ai fini della gestione stragiudiziale e giudiziale dei crediti affidati alla mandataria” e dalla comunicazione proveniente da **BANCA** avente ad oggetto “**DEBITRICE PRINCIPALE**” (cfr. doc. n. 14 di parte convenuta:

“con contratto sottoscritto in data 31 maggio 2019 - **BANCA**, con sede legale in **OMISSIS**, codice fiscale e numero d’iscrizione presso il Registro delle Imprese della Camera di Commercio di **OMISSIS**, iscritta al R.E.A. di **OMISSIS** al n. XXXXXX ha conferito a **SERVICER**. - con sede – l’attività di amministrazione, gestione e il recupero dei propri Crediti, tra i quali il credito rinveniente dal rapporto richiamato in oggetto con le relative garanzie accessorie, conferendo a quest’ultima relativa procura”);

2) sia infondata la doglianza attorea riconducibile alla mancanza di prova circa la comunicazione periodica degli estratti conto. Invero, a prescindere dal fatto che gli interessati neppure allegano che l’istituto di credito non abbia adempiuto la predetta obbligazione, limitandosi ad asserire che la circostanza è indimostrata, si rileva che nel ricorso monitorio la convenuta ha depositato in giudizio tutti gli estratti conto del rapporto contrattuale con decorrenza dall’inizio del rapporto e che tali documenti non sono stati oggetto di alcuna contestazione da parte dei sig.ri **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2** e **FIDEIUSSORE 3**. Conseguentemente, è provato che la fallita società **DEBITRICE PRINCIPALE** abbia maturato un debito nei confronti di **BANCA** pari a euro 743.715,06, come risulta dall’ultimo estratto conto del 19.7.2019 (cfr. Cass. Civ., Sez. 1, sent. n. 23313 del 27/9/2018 secondo cui “la banca che intende far valere un credito derivante da un rapporto di conto corrente, deve provare l’andamento dello stesso per l’intera durata del suo svolgimento, dall’inizio del rapporto e senza interruzioni”).

Differentemente da quanto adombrato dagli attori, l’eventuale omessa comunicazione di alcuni estratti conto in pendenza del rapporto negoziale non incide sulla possibilità dell’istituto di credito di agire in giudizio al fine di ottenere la condanna del correntista alla corresponsione dell’importo dovuto ma si ripercuote sull’aspetto dell’incontestabilità delle poste indicate nel documento;

3) sia irrilevante analizzare le doglianze attoree relative “all’indebito aggravio, a carico del correntista, pari a complessivi euro 46.780,00, all’indebito aggravio, a carico del mutuatario, pari a euro 4.156,48 e all’indebito aggravio, a titolo di interessi corrispettivi, a carico del correntista, pari a complessivi euro 189,54”, poiché l’accertamento è inidoneo a procurare una qualsivoglia utilità ai sig.ri **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2** e **FIDEIUSSORE 3**.

Infatti, i predetti con atto datato 10.5.2016 si sono “costituiti fideiussori solidali di **DEBITRICE PRINCIPALE** e dei suoi successori o aventi causa sino alla concorrenza dell’importo di euro 600.000,00 per l’adempimento delle obbligazioni verso codesta banca, dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura”. Orbene, considerato che ai fideiussori è stato ingiunto il pagamento della somma di euro 600.000,00 e che il debito della società garantita derivante dal contratto di conto corrente è pari a euro 743.715,06, nell’ipotesi in cui le contestazioni attoree fossero fondate, il decreto ingiuntivo non sarebbe revocato, in quanto il debito residuo della società **DEBITRICE PRINCIPALE** sarebbe comunque superiore all’importo oggetto del negozio fideiussorio;

4) debba essere rigettata l’eccezione sollevata dalla convenuta finalizzata ad ottenere la dichiarazione di incompetenza del Tribunale di Cremona “a conoscere delle domande formulate dai signori **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2**, **FIDEIUSSORE 3** di accertamento e dichiarazione di nullità della fideiussione omnibus rilasciata in data 10/5/2016”. Sul punto si sottolinea che l’art. 33 L. 287/1990 deve essere interpretato nel senso di ritenere sussistente la competenza del Tribunale indicato nella citata disposizione normativa solamente nell’ipotesi in cui l’azione di nullità sia proposta in via principale.

Nel caso di specie gli attori introducono nel giudizio il tema della nullità dell’intesa di cui all’art. 2 L. 287/1990 come eccezione riconvenzionale, diretta a sostenere la tesi della nullità derivata del negozio fideiussorio. La trattazione delle questioni prospettate spetta, pertanto, al Tribunale che ha emesso il decreto ingiuntivo opposto.

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Cremona, Giudice Daniele Moro, del 18.10.2022 n.502

Ciò detto deve essere esaminata l'eccezione attorea di invalidità del negozio fideiussorio e la questione sollevata da questo giudice circa la nullità delle clausole nn. 2, 6 e 9 del predetto negozio, in quanto conformi a quelle predisposte dall'ABI, che costituiscono manifestazione di un illegittimo accordo anticoncorrenziale.

Si rileva in primo luogo che **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2 e FIDEIUSSORE 3**, su cui grava l'onere di provare l'esistenza dell'intesa anticoncorrenziale, hanno prodotto in giudizio l'accertamento effettuato dalla Banca d'Italia, che costituisce prova privilegiata in relazione alla sussistenza del fatto accertato.

Dall'esame della documentazione prodotta emerge che nei negozi fideiussori stipulati dagli attori sono presenti le clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI, e cioè la cd. "clausola di reviviscenza" secondo la quale il fideiussore è tenuto "a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo", la cd. "clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c."

in forza della quale "i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato" e la cd. "clausola di sopravvivenza" in base alla quale "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate".

L'Autorità amministrativa indipendente ha accertato che l'applicazione "in modo uniforme" delle predette clausole si pone in contrasto con l'articolo 2, c. 2, lettera a), della legge n. 287/1990.

La costante applicazione delle clausole anche in epoca successiva all'accertamento effettuato dalla Banca d'Italia è confermata dall'analisi dei documenti attorei denominati "schema fideiussioni omnibus".

Le conseguenze derivanti dall'inserimento delle clausole nei negozi fideiussori sono state esaminate dalla Corte Suprema di Cassazione a Sezioni Unite, la quale, dopo un'articolata motivazione, ha enunciato il seguente principio di diritto: "i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge succitata e dell'art. 1419 cod. civ., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti" (cfr. Cass. Civ., Sez. U., sent. n. 41994 del 30/12/2021).

Pertanto, nel caso di specie, devono essere dichiarate nulle le clausole dei negozi fideiussori di contenuto analogo a quelle presenti nello schema ABI. Non può essere dichiarata la nullità totale dei negozi fideiussori. Infatti è ragionevole ritenere che le parti, nella circostanza in cui avessero conosciuto la nullità delle pattuizioni, avrebbero comunque concluso l'accordo, poiché lo stesso era finalizzato esclusivamente a incrementare la tutela dell'istituto bancario in rapporto al rischio d'insolvenza della società **DEBITRICE PRINCIPALE**.

In ragione della questione di nullità sollevata da questo giudice, nella memoria depositata ex art. 101 c.p.c., i sig.ri **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2 e FIDEIUSSORE 3** hanno chiaramente manifestato la volontà di ottenere la revoca del decreto ingiuntivo opposto sulla base della decorrenza del termine semestrale di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c. Secondo la tesi sostenuta dalla convenuta la disciplina richiamata dagli attori non è applicabile, in quanto l'obbligazione dei fideiussori di corrispondere alla banca l'importo dovuto dal soggetto garantito "a semplice richiesta scritta" (cfr. clausola negoziale n. 7) costituisce "una deroga parziale della disciplina dettata dall'art. 1957 c.c.; deroga parziale limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta è sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, essendo il creditore esonerato dall'ulteriore onere di proporre azione giudiziaria".

A dire della convenuta, pertanto, le richieste stragiudiziali di pagamento inviate ai fideiussori e alla società garantita nel mese di giugno 2019 hanno "evitato la decadenza dalla fideiussione e gli opposenti sono rimasti obbligati quali fideiussori di **DEBITRICE PRINCIPALE**".

Sentenza, Tribunale di Cremona, Giudice Daniele Moro, del 18.10.2022 n.502

La pretesa attorea fondata sull'applicazione dell'art. 1957 c.c. è ammissibile, poiché legata alla questione rilavata d'ufficio dal giudice (Cfr. Cass. Civ. Sez. U., sent. n. 26242 del 12/12/2014), ma deve essere rigettata.

Sul punto, per quanto di interesse, è opportuno sottolineare che nel caso in cui la fideiussione sia prestata senza il beneficio della preventiva escussione del debitore principale, come nella presente fattispecie, la liberazione del fideiussore ex art. 1957 c.c. si verifica nell'ipotesi in cui il creditore, entro il termine di 6 mesi decorrente dalla scadenza dell'obbligazione garantita, non abbia proposto le sue istanze contro il debitore principale ovvero contro i fideiussori (cfr. Cass. Civ. Sez. 3, ord. n. 24296 del 16/10/2017 secondo cui: "giovà considerare, anzitutto, che l'art. 1957 cod. civ., nell'imporre al creditore di proporre la sua "istanza" contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore, tende a far sì che il creditore stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa (Sez. 2, Sentenza n. 1724 del 29/01/2016, Rv. 638531). Lo scopo della norma è far sapere al fideiussore se egli sia tenuto o meno alla garanzia. Diversamente, il fideiussore resterebbe incerto, fino alla definitiva prescrizione dell'obbligazione principale, sul fatto se il debitore garantito sia inadempiente oppure no. La ratio dell'art. 1957, primo comma, cod. civ., pertanto, è limitare il periodo di incertezza a sei mesi. Sotto questo profilo, la disposizione in commento prevede un termine di decadenza in senso proprio: una volta intraprese serie iniziative nei confronti del debitore principale, tali da far chiarezza sull'inadempimento dello stesso, i diritti del creditore nei confronti del fideiussore sono fatti salvi e restano soggetti al termine di prescrizione ordinario. La menzionata situazione di incertezza, tuttavia, viene meno anche nel caso in cui il creditore si renda parimenti diligente, agendo direttamente nei confronti del fideiussore.

Com'è noto, infatti, il fideiussore è obbligato in solido con il creditore principale, ai sensi dell'art. 1944 cod. civ., a meno che le parti non pattuiscono il beneficio dell'escussione. Pertanto, per il combinato disposto degli artt. 1944 e 1957 cod. civ., deve ritenersi che nel termine semestrale di decadenza previsto dalla seconda norma, il creditore possa, a sua scelta, promuovere le sue "istanze" nei confronti del debitore principale o del fideiussore. Con la conseguenza che, qualora il creditore abbia tempestivamente proposto l'istanza contro il fideiussore, esercitando la facoltà di scelta spettantegli in base ai principi della solidarietà passiva, non è tenuto ad agire, prima della scadenza del suddetto termine, anche nei confronti del debitore principale (Sez. 3, Sentenza n. 19300 del 03/10/2005, Rv. 585159; Sez. 1, Sentenza n. 7345 del 01/07/1995, Rv. 493165; Sez. 2, Sentenza n. 8444 del 20/08/1990, Rv. 468936; Sez. 1, Sentenza n. 4868 del 06/08/1988, Rv. 459687). In sostanza, possono darsi due ipotesi; se le parti hanno pattuito il beneficio di escussione, il creditore deve agire nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita, ai sensi dell'art. 1957, comma primo, cod. civ., se non vuole perdere il diritto nei confronti del fideiussore; se, invece, le parti non hanno stabilito nulla al riguardo (cosiddetta fideiussione solidale), l'istanza giudiziale, da proporre entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale, può essere rivolta, a scelta del creditore, contro l'uno o l'altro dei condebitori solidali. In altri termini, nella fideiussione solidale, entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita, il creditore può chiedere l'adempimento indifferentemente al garante o al debitore principale; in mancanza, perderà l'azione nei confronti del garante e potrà agire unicamente verso il debitore, entro i termini di prescrizione. L'equipollenza fra le "istanze" rivolte nei confronti del debitore principale (testualmente previste dall'art. 1957 cod. civ.) e le analoghe iniziative intraprese direttamente nei confronti del fideiussore discende direttamente dal principio di solidarietà posto dall'art. 1944 cod. civ. Ragionando diversamente, il creditore sarebbe costretto ad escutere il debitore principale - peraltro nel breve termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita - anche se nel frattempo avesse già agito, addirittura in sede giudiziaria, nei confronti del fideiussore. Una tale conclusione non può essere condivisa perché, per un verso, imporrebbe al creditore un onere accessorio che frustrerebbe il principio della solidarietà presuntiva che impronta il regime legale della garanzia fideiussoria, facendo venire meno il diritto del creditore di agire anche solo verso il fideiussore; per altro verso, perché non avrebbe senso logico né giuridico ipotizzare l'esistenza un onere di decadenza in relazione ad una azione giudiziaria già avviata").

Sentenza, Tribunale di Cremona, Giudice Daniele Moro, del 18.10.2022 n.502

Nel caso di specie, la natura dell'istanza che la creditrice doveva rivolgere ai fideiussori è stata prevista dagli interessati, in quanto l'art. 7 del negozio fideiussorio prevede espressamente che *"il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio"*. In estrema sintesi i contraenti hanno stabilito che la finalità di conoscenza evidenziata dalla Suprema Corte di Cassazione doveva essere raggiunta mediante l'invio di una richiesta stragiudiziale di pagamento da parte dell'istituto di credito. Orbene, considerato che l'obbligazione garantita dai sig.ri **FIDEIUSSORE 1**, **FIDEIUSSORE 2** e **FIDEIUSSORE 3** è scaduta in data 10.6.2019, le richieste di pagamento ricevute dagli stessi in data 25.6.2019 e 14.6.2019 e non oggetto di alcuna contestazione hanno impedito il verificarsi della decadenza di cui all'art. 1957 c.c. (cfr. Cass. Civ., Sez. 3, sent. n. 13078 del 21.5.2008: *"va per completezza di disamina rilevato che è senz'altro esatto - come affermato dalla ricorrente mediante il richiamo di Cass., n. 10574/2003 - che l'art. 1957 c.c., comma 1, c.c. pone una regola la cui ratio va individuata nell'esigenza di impedire che il fideiussore, per l'inerzia del creditore, resti incerto in ordine agli effetti ed alla sorte della sua obbligazione, e possa essere pregiudicato per ciò che attiene al suo rapporto col debitore principale. Epperò questa corte ha anche chiarito che la clausola con cui il creditore si impegna a soddisfare il creditore "a semplice richiesta" o entro un tempo predeterminato, può essere interpretata come deroga pattizia alla forma con cui l'onere di avanzare istanza entro il termine di cui all'art. 1957 c.c. deve essere osservato (vale a dire con la proposizione di un'azione giudiziaria), nel senso che l'osservanza dell'onere di cui alla citata disposizione può essere considerato soddisfatto dalla stessa richiesta di pagamento formulata dal creditore al fideiussore, prescindendo dalla proposizione di un'azione giudiziaria (così Cass., n. 7345/95, in motivazione); azione che d'altronde può essere indifferentemente rivolta, a scelta del creditore, contro l'uno o l'altro dei due condebitori solidali, e dunque anche contro il fideiussore, con effetti ugualmente idonei ad impedire l'estinzione della fideiussione (Cass., s.u., n.5572/79, cui s'è uniformata la giurisprudenza successiva). Tale tesi va senz'altro condivisa. Invero, una volta che il fideiussore tenuto al pagamento a prima o a semplice richiesta sia invitato dal creditore a provvedervi per affermato inadempimento del debitore principale, per un verso è obbligato a farlo secondo il meccanismo proprio del selve et repete, in quanto solo dopo l'avvenuto pagamento può eventualmente agire in ripetizione verso il creditore facendo valere tutti i diritti che competono al debitore nel rapporto principale; e, per altro verso, è reso immediatamente edotto dell'inadempimento del debitore. Se non paga, non solo si rende inadempiente, ma si pone anche volontariamente nella condizione di non potersi immediatamente surrogare ex art. 1949 c.c., dopo aver pagato, nei diritti che il creditore aveva contro il debitore, così dando luogo ad una situazione nella quale risulta fortemente incisa la ragione sopra delineata della tutela assicurata al fideiussore dall'art. 1957 c.c. Sembra dunque giustificata la conclusione che, quante volte il fideiussore sia tenuto al pagamento "a prima o a semplice richiesta", o comunque entro un tempo convenzionalmente determinato, il rispetto dell'art. 1957 c.c. da parte del creditore garantito deve ritenersi soddisfatto con la stessa richiesta rivolta al fideiussore entro il termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale (o di due mesi nel caso in cui il fideiussore abbia espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale), con la conseguenza che, una volta tempestivamente effettuata la richiesta di pagamento al fideiussore, il creditore non è più tenuto ad agire giudizialmente contro il debitore").*

Gli attori si sono obbligati a corrispondere l'importo dovuto da **DEBITRICE PRINCIPALE** "a semplice richiesta scritta" della banca e non hanno adempiuto la prestazione pattuita nonostante la creditrice abbia correttamente richiesto il pagamento. In applicazione del principio di autoresponsabilità, gli attori, soggetti pienamente consapevoli del debito della società garantita e del dovere di corrispondere la massa monetaria oggetto della fideiussione, non possono giovarsi della propria condotta inadempiente in danno della parte che si è comportata diligentemente.

In conclusione, sebbene le clausole esaminate (cd. clausola di reviviscenza, la cd. clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c. e la cd. clausola di sopravvivenza) siano nulle, il negozio fideiussorio è valido e la creditrice non è decaduta dalla possibilità di agire nei confronti dei fideiussori ex art. 1957 c.c.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo sulla scorta del D.M. 37/18 e tenuto conto del valore della controversia.

Sentenza, Tribunale di Cremona, Giudice Daniele Moro, del 18.10.2022 n.502

P.Q.M.

Il Tribunale di Cremona, definitivamente pronunciando, disattesa o assorbita ogni istanza ed eccezione, così dispone:

-rigetta l'opposizione formulata **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2 FIDEIUSSORE** e, per l'effetto, conferma il decreto ingiuntivo opposto;

- condanna i sig.ri **FIDEIUSSORE 1, FIDEIUSSORE 2 e F IDEIUSSORE 3** alla rifusione delle spese di lite in favore di parte convenuta, che si liquidano in euro 20.000,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfetario per spese generali al 15%, oltre IVA se e in quanto dovuta e CPA come per legge.

Cremona, 18/10/2022

Il giudice
Daniele Moro

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS