



**Tribunale di Spoleto
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

In composizione monocratica nella persona del giudice Federico Falfari ha pronunciato la seguente
SENTENZA

nella causa civile di I grado iscritta al n. xxxx/2021 r.g.
promossa da
Parte_1;

Controparte_1 (P.IVA P.IVA_1 , quale società incorporante per fusione dal Data_1 di Controparte_2 , contumace;

ATTORE

CONVENUTA

e

Controparte_3 (C.F., P.I. e numero di iscrizione nel Registro Imprese di Firenze Num_1), e per essa il procuratore Controparte_4 (C.F., P.I. e numero di iscrizione nel Registro Imprese di Milano Num_2), in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante Dott. CP_5 rappresentata e difesa dall'Avv. Avvocato_2 del Foro di CP_2 , ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in CP_2 , Indirizzo_2 , giusta procura in calce alla comparsa di costituzione;

TERZA INTERVENUTA

CONCLUSIONI

Parte attrice: *“Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito, ogni diversa istanza e deduzione disattesa: IN VIA ISTRUTTORIA, per mero scrupolo, rimettere la causa in istruttoria in accoglimento delle istanze di prova formulate nella seconda memoria ex art. 183 c.p.c., in revoca di ogni ordinanza non ammissiva, nella misura in cui i fatti allegati non fossero ritenuti provati anche per effetto della non contestazione ex art. 115 c.p.c. e senza alcuna inversione dell'onere della prova;*

NEL MERITO

- Accertare e dichiarare l'integrale nullità della garanzia azionata in monitorio e del suo successivo aumento e /o modificazione, in ragione della violazione della normativa consumeristica per i motivi espressi al § A, § A.1. e A.2 dell'atto di opposizione e successivi scritti; per l'effetto revocare in toto il decreto ingiuntivo opposto con ogni consequenziale statuizione sulle spese del monitorio;*
- In subordine e salvo il gravame, accertare e dichiarare la nullità delle pattuizioni in deroga all'art. 1957 c.c. di cui all'atto di garanzia azionato in monitorio sempre per violazione della normativa consumeristica per i motivi espressi al § A., § A.1., A.2 e A.3 dell'atto di opposizione e successivi scritti; in accoglimento della relativa eccezione formulata al § A.3. dell'atto di opposizione dichiarare l'estinzione della fideiussione e l'insussistenza di ogni diritto di garanzia nei confronti dell'opponente; per l'effetto revocare in toto il decreto ingiuntivo opposto con ogni consequenziale statuizione sulle spese del monitorio;*
- In ogni caso dichiarare la nullità delle clausole vessatorie tutte di cui al contratto di garanzia per violazione della disciplina consumeristica per i motivi espressi;*
- In via di eccezione riconvenzionale, rilevare la nullità totale della fideiussione azionata in monitorio per violazione dell'art. 2 L.287 1990 e art. 101 TFUE per le ragioni tutte di cui ai § B. § B.1. dell'atto di opposizione e successivi scritti; per l'effetto revocare in toto il decreto ingiuntivo opposto con ogni consequenziale statuizione sulle spese del monitorio;*
- In subordine e salvo il gravame, e sempre in via di eccezione riconvenzionale, rilevare la nullità delle pattuizioni in deroga all'art. 1957 c.c. di cui all'art. 6 del contratto di garanzia di cui è causa e per l'effetto dichiarare l'estinzione della fideiussione ex art. 1957 c.c. e comunque l'insussistenza di ogni diritto di garanzia*

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Federico Falfari, n. 10 del 08.01.2024

nei confronti dell'opponente per i motivi espressi; per l'effetto revocare in toto il decreto ingiuntivo opposto con ogni conseguenziale statuizione sulle spese del monitorio;

- Accertata e dichiarata la nullità strutturale del contratto di mutuo di cui è causa per violazione della norma di ordine pubblico di cui all'art. 38 TUB, in combinato disposto con la Delibera CICR del Data_2 e istruzioni di CP_6 per quanto emergente per tabulas e alla luce dei motivi espressi al § C dell'atto di opposizione e successivi scritti, norme interne da leggersi in conformità al diritto dell'Unione e segnatamente della Direttiva 2006/48 per i motivi espressi, accertare e dichiarare la nullità o inefficacia della garanzia azionata in quanto riconnessa a contratto integralmente nullo e/o illecito in applicazione dei principi del collegamento negoziale ovvero della c.d. exceptio nullitatis per i motivi espressi sempre al § C dell'atto di opposizione; per l'effetto dichiarare nullo e/o annullare e/o revocare il decreto ingiuntivo opposto, con ogni conseguente provvedimento anche sulle spese del monitorio;

- Compiuto ogni più idoneo accertamento della nullità delle condizioni del contratto dell' Data_3 per violazione di norme imperative di legge, data la sussistenza di pattuizioni indeterminate ex art. 1346 c.c. nonché in violazione dell'art. 117 TUB per i motivi espressi al § D. dell'atto di opposizione e successivi scritti, accertare e dichiarare la nullità della fideiussione azionata in monitorio in quanto garanzia riconnessa ad un prestito che viola norme imperative di legge in applicazione dei principi del collegamento negoziale ovvero della c.d. exceptio nullitatis per i motivi espressi e quindi rigettare la domanda di

pagamento avversaria in quanto infondata; per l'effetto annullare e/o revocare integralmente il decreto ingiuntivo opposto nei

confronti dell'opponente, con ogni conseguente statuizione anche sulle spese del monitorio;

- In subordine, salvo il gravame accertata e dichiarata la invalidità e/o illegittimità del contratto dell' Data_3 per violazione dell'art. 38 TUB per i motivi espressi al § C dell'atto di opposizione e successivi scritti oltre che per violazione di norme imperative di legge, data la sussistenza di pattuizioni nulle in quanto indeterminate in violazione dell'art. 1284 e 1346 c.c., nonché dell'art. 117 TUB sulla base dei motivi espressi al § D dell'atto di opposizione, procedere, tramite CTU sin da ora richiesta, alla rideterminazione del reale dovuto a fronte di detto contratto, con epurazione di tutte le somme non dovute in quanto indebite e/o illecite dall'origine sino a chiusura, determinando il reale saldo finale del rapporto; per l'effetto di tutto quanto sopra accertato annullare e/o revocare il decreto ingiuntivo opposto anche in quanto riportante una somma non dovuta, con ogni conseguente statuizione anche sulle spese del monitorio.

Con vittoria di spese, competenze, oltre spese generali (15%), cpa e iva, da distrarsi a favore dei procuratori antistatari ex art.

93 c.p.c.”.

Parte terza intervenuta: *“Piaccia all'Ecc.mo Tribunale adito, ogni contraria domanda ed eccezione disattesa, - in via principale, rigettare integralmente le domande tutte in quanto infondate in fatto ed in diritto e, comunque, non provate e, per l'effetto, confermare integralmente l'opposto decreto ingiuntivo n. 626/2021 emesso in data Data_4 - in via subordinata, e salvo gravame - previo se del caso accertamento incidentale e conversione del contratto di mutuo fondiario dell' Data_5 a rogito Notaio Per_1 Rep. 10551-Racc. 5574 e successivo contratto modificativo di precedente finanziamento del Data_6 in contratto di mutuo ordinario - condannare il Sig. Parte_1 per i medesimi titoli e ragioni creditorie addotti a sostegno dell'ingiunzione opposta, al pagamento in favore della Controparte_3 [...] quale gestore del riservato denominato “Organizzazione_1”, della complessiva somma di € 81.955,99, ovvero della diversa somma che dovesse risultare dallo stesso dovuta all'esito del presente giudizio, oltre interessi nella misura specificamente richiesta.*

Con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa”.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO

(art. 132 comma II n. 4 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c., come novellati dalla l. 69/09 del Data_7)

Con atto di citazione in opposizione a Controparte_8, quale fideiussore di Persona_2 [...] ha convenuto il Controparte_1 per la revoca del decreto ingiuntivo n. xxx/2021, emesso il Data_4 con il quale gli si ingiungeva il pagamento della somma di euro 81.955,99 (oltre a interessi e spese di procedura).

L'attore, in particolare, ha evidenziato:

- di aver prestato garanzia fideiussoria in relazione alle obbligazioni contratte dalla moglie Persona_2 [...] con la Controparte_2 in particolare un contratto di finanziamento di credito fondiario ex art. 38 t.u.b., sino al limite (come elevato in sede di concessione del suddetto finanziamento) di euro 152.250,00;
- di aver prestato la suddetta fideiussione, da qualificarsi come fideiussione omnibus, in qualità di consumatore; - che l'intero contratto di fideiussione doveva ritenersi abusivo, perché non era dato conoscere al Parte_1 le condizioni e l'entità del credito in relazione al quale era stata concessa la garanzia attraverso l'inserimento della c.d. clausola omnibus;
- che, in ogni caso, dovevano ritenersi abusive (e dunque nulle) le clausole di cui agli artt. 6, 7.1, 9, 7.2, con conseguente applicabilità dell'art. 1957 c.c. e decadenza del creditore dal diritto di escludere il garante;
- che le clausole contenute nella suddetta fideiussione sarebbero comunque da considerare nulle, in quanto frutto dell'applicazione di un'intesa anticoncorrenziale già dichiarata illegittima dall'Autorità Antitrust; - che il contratto di finanziamento sarebbe nullo anche per violazione dell'art. 38 t.u.b.;
- che le clausole del contratto di finanziamento sarebbero nulle, in quanto lo stesso non indicherebbe il tasso effettivo applicato, il regime matematico finanziario applicato, la modalità di calcolo degli interessi, la tipologia del piano di ammortamento.

Si è costituita in giudizio non la società convenuta, bensì la Controparte_3 per mezzo della mandataria Organizzazione_2 cessionaria del credito del CP_1 e della CP_1 la quale ha contestato la proposta opposizione evidenziando l'infondatezza delle avverse censure. In particolare, ha evidenziato:

- la non qualificabilità del Parte_1 come consumatore;
- la non abusività delle clausole del contratto di fideiussione;
- la non applicabilità dell'art. 1957 c.c. e, comunque, la non verificatasi decadenza del creditore;
- la legittimità delle clausole anche sotto il profilo della allegata c.d. nullità antitrust;
- l'infondatezza della censura inerente al presunto superamento del limite ex art. 38 t.u.b.;
- l'infondatezza delle altre censure di merito riguardanti il contratto di finanziamento;
- la sussistenza di un autonomo titolo obbligazionario consistente nella ricognizione di debito sottoscritta anche dal garante in data Data_8.

Alla prima udienza, tenutasi ex art. 127ter c.p.c., l'attore, preso atto della costituzione in giudizio di un differente soggetto rispetto a quelle in favore del quale era stato emesso il decreto opposto, ha eccepito il difetto di titolarità del credito in capo all'intervenuta, l'inefficacia della cessione con riferimento al contratto di garanzia nonché il difetto di rappresentanza processuale ex art. 77 c.p.c. della mandataria Org_2 [...] evidenziando, peraltro, come dalla procura la mandataria avrebbe dovuto essere la CP_4. Con nota autorizzata, in effetti, la terza intervenuta (Controparte_3 ha precisato che la mandataria dovesse intendersi tale ultima società).

All'esito della prima udienza, rigettata l'istanza ex art. 648 c.p.c., sono stati assegnati termini ex art. 183 co. 6 c.p.c.; alla successiva udienza, ritenuta la causa immediatamente matura per la decisione, è stata fissata per la precisazione delle conclusioni la data del Data_9 All'esito del deposito delle comparse conclusionali, la causa è stata rimessa sul ruolo, considerato opportuno un chiarimento ovvero un'integrazione ex art. 182 c.p.c. della procura concessa in favore della mandataria della terza intervenuta.

Alla successiva udienza, le parti hanno di nuovo concluso e sono stati loro concessi i termini ex art. 190 c.p.c., il primo ridotto a giorni 20 ex art. 190 co. 2 c.p.c..

* * * * *

1. Preliminarmente, trattandosi di una questione attinente alla regolare costituzione in giudizio delle parti, occorre evidenziare l'infondatezza dell'eccezione di parte attrice inerente alla procura conferita dalla terza intervenuta.

Sul punto, vale ribadire quanto si è affermato in via generale e sinteticamente nell'ordinanza di rimessione sul ruolo del Data_10, ossia l'applicabilità nel caso in esame del disposto di cui all'art. 2 co. 6 l. 130/1999, il quale prevede che "I servizi indicati nel comma 3, lettera c), (ovvero quelli afferenti la «riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento») possono essere svolti da banche o da intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del decreto legislativo Data_11, n. 385". Nello specifico, l'attore aveva sottolineato come la mandataria Controparte_4 non rientrasse, e questa è una circostanza pacifica, fra le banche né fra gli intermediari finanziari iscritti nell'apposito elenco.

Tuttavia, al rigore di tale disposto, la giurisprudenza ha contrapposto la possibilità di esternalizzazione di alcune attività da parte del mandatario iscritto nell'albo (Master Servicer), in presenza di determinati requisiti; nello specifico la recentissima Trib. Bergamo, sent. n. 2199/23, ha evidenziato come non fosse rilevante che la mandataria "non fosse iscritta all'albo ex art. 106 t.u.b.", considerato che né tale disposizione né la l. n. 130 del 1999 si occupano del mandatario del cessionario del credito in termini tali da determinare, nel caso di specie, una nullità della procura sostanziale e processuale". Prosegue la detta pronuncia rilevando che di tale mandato ben può essere data comunicazione dal debitore mediante la procura in atti, succedanea alla pubblicazione in g.u., e che "in senso opposto a quanto suesposto, non depone l'art. 2, comma 6, della L. n. 130 del 1999, laddove prevede che "i servizi indicati nel comma 3, lettera c)", vale a dire quelli di "riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento" [quelli cui fa riferimento anche l'odierno attore], "possono essere svolti da banche o da intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del decreto legislativo Data_11, n. 385 (...). Invero, anche tale precesto si rivolge a xxx [la mandante] e non già a xxx [la mandataria], anche considerato come quest'ultima, seguendo la terminologia della comunicazione della CP_6 dell>Data_12 (...), debba essere qualificata non come master servicer, bensì come special servicer, costituendo un mero "operatore incaricato delle attività di recupero", come indicato, in generale, da tale comunicazione e, nella fattispecie in esame, dal doc. 1 del fascicolo monitorio, laddove conferisce a quest'ultima società, con equivalente perifrasi, ogni potere rappresentativo – anche processuale – per lo "svolgimento dell'attività di amministrazione, gestione, incasso e recupero di crediti". Ebbene, nella procura allegata alla comparsa di costituzione nella presente sede si legge la medesima terminologia appena riportata, e ritenuta dalla pronuncia citata adeguata a conferire legittimamente mandato allo special servicer per agire in giudizio per il recupero del credito in esame.

Invero, con la citata ordinanza del Data_10 il giudice istruttore aveva eccepito come anche la mandataria, Controparte_3 non risultasse iscritta al suddetto albo, pertanto "pur volendo interpretare la medesima [il mandato ad CP_4 come sola delega di specifiche funzioni sotto il controllo e la vigilanza della delegante, non vi è neppure prova che la delegante abbia i requisiti per procedere allo svolgimento delle attività di cui all'art. 2 co. 3 l. c l. 130/1999".

Dinanzi a tale questione posta al contraddittorio delle parti, tuttavia, condivisibilmente la terza intervenuta ha evidenziato, nelle note del Data_13 che "in base alla disciplina delle operazioni di cartolarizzazione di cui alla legge 130/1999, l'art. 7 al comma 1 prevede che "le disposizioni della presente legge si applicano, in quanto compatibili,... b) alle cessioni a fondi comuni di investimento, aventi per oggetto crediti, costituiti ai sensi del decreto legislativo Data_14 n. 58" ed il successivo comma 2 bis prevede che "nel caso di operazioni realizzate mediante cessione a un fondo comune di investimento, i servizi indicati nell'art. 2, comma 3, lettera c), possono essere svolti, in alternativa ai soggetti di cui all'art. 2, comma 6, dalla società di gestione del risparmio che gestisce il fondo". Ne discende che in ipotesi di cessione di credito ad un fondo comune di investimento, ai sensi dell'art. 7 L. 130/99 il soggetto incaricato della riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento, in alternativa a quelli indicati all'art. 2 comma 6 (vale a dire a banche ed intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 T.U.B.) può essere la stessa società di gestione del risparmio che gestisce il fondo. La legge, dunque, individua una diversa ed alternativa categoria di soggetti che possono svolgere le attività di cui all'art. 2, comma 3, lettera c), che non deve possedere i requisiti di iscrizione all'albo degli intermediari finanziari ex art. 106 T.U.B., vale a dire la – società di gestione del risparmio che gestisce il fondo che si è reso cessionario in un'operazione svolta ai sensi dell'art. 7 L. 130/99. Il disposto normativo autorizza un'interpretazione tale per cui la può acquistare per conto di Org_3 di investimento

gestiti e gestire crediti cartolarizzati senza alcuna necessità di iscrizione nell'albo ex art. 106 TUB. Pertanto, relativamente a CP_3 non è necessaria l'iscrizione all'albo ex art. 106 TUB, posto che la relativa legittimazione trova fondamento nel richiamato art. 7 l. 130/1999, ma è stata debitamente autorizzata a gestire crediti, giusto provvedimento autorizzativo da CP_6. Va, dunque, inizialmente sgombrato il campo dall'erroneo assunto secondo cui la procura rilasciata in favore della Controparte_4 sarebbe affetta da nullità per carenza dei poteri in capo al delegante. Ne discende che Controparte_3, quale gestore indipendente, e in forza dell'autorizzazione di CP_6 iscritta all'Albo delle SGR ex Art. 35 TUF al n. 49 - Sezione Gestori di FIA dal Data_15 la quale Co agisce per conto ed in qualità di gestore del riservato denominato Organizzazione_1" che investe in crediti ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera e, del D.M. Dt_16 n. 30, istituito in forma chiusa, riservato, ha il pieno diritto a procedere al recupero delle somme di cui ai crediti cartolarizzati, svolgendo le attività e i servizi di cui all'art. 2, comma 3, lett. c) L. 130/1999.

È bene ancora una volta evidenziare che Controparte_3 è legittimata al compimento delle anzidette attività in forza dell'autorizzazione ottenuta dalla CP_6 e della sua vigilanza sulle operazioni, come risulta anche dagli documenti allegati, estratti dagli elenchi presenti sul sito della CP_6, in cui Controparte_3 è presente quale soggetto intermediario del tipo Società di Gestione di Fondi (All. 1); inoltre, nell'elenco dei Fondi gestiti dal CP_3 vi è anche il "Organizzazione_4" (All. 2), che investe prevalentemente in crediti, come risulta dai dati relativi al fondo (All. 3)".

Invero, su tale ultimo punto, appare concorde anche parte attrice, la quale nell'ultima memoria conclusionale afferma "La norma, quindi, espressamente prevede che, laddove il veicolo in cui sarebbero confluiti i crediti cartolarizzati da banche sia costituito da un fondo comune di investimento (per definizione gestito da una), le azioni di recupero del preteso credito cartolarizzato rivendicato in un giudizio, per le ragioni già ampiamente evidenziate in atti stante la ratio sottesa alla L. 130/1999, debbano essere direttamente svolte: -o da banche o da intermediari finanziari iscritti all'albo 106 TUB, come prescritto dall'art. 2, comma 6 L. 130/1999; - o dalle che gestiscono il fondo comune di investimento, veicolo nel quale sono confluiti i crediti cartolarizzati, essendo in sostanza la sottoposta alla vigilanza dell'autorità pubblica Org_5 ai sensi del TUF".

Appare superata, dunque, la criticità evidenziata nella citata ordinanza di rimessione della causa in istruttoria, in quanto ciò che si censurava sostanzialmente era la non legittimazione allo svolgimento delle attività di gestione e incasso da parte della mandante (titolare sostanziale); viceversa, data la sussistenza dei presupposti specifici, si è ritenuta legittima la delega di specifiche funzioni di recupero giudiziale del credito a una special servicer, seppur questa non iscritta all'albo di cui all'art. 106 t.u.b.. Sul punto, a contrario, anche la recentissima pronuncia del Tribunale Civitavecchia, Sent., Data_17, nella quale si accerta l'illegittima attività posta in essere dalla mandataria non iscritta all'albo, costituita dalla notifica del precezzo, ma solo in considerazione della natura del precezzo, che non è (ancora) un atto processuale di recupero forzoso del credito, ma intimazione di pagamento stragiudiziale che si pone ancora nella fase della riscossione "ordinaria", riservata ai soggetti vigilati.

2. Sempre in via preliminare, quanto alla questione del difetto di titolarità del credito in capo alla terza intervenuta, quest'ultima ha precisato che "il contratto di cessione è stato concluso da Controparte_3 la quale agisce per conto e in qualità di gestore del "Organizzazione_4", che è dunque il titolare del credito ma opera tramite il proprio gestore, come risulta dall'avviso di cessione pubblicato nella Gazzetta Ufficiale".

In via generale, occorre rilevare sul punto che secondo un primo orientamento, l'allegazione dell'avviso di cessione pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale ai sensi dell'art. 58, co. II, T.U.B., basterebbe al cessionario per dimostrare in giudizio l'avvenuto trasferimento del credito in proprio favore, a condizione che l'avviso consenta di individuare con certezza, mediante il ricorso a caratteristiche comuni, i crediti oggetto della cessione in blocco. Con le parole della Corte di Cassazione "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” (Cassazione civile sez. I, Data_18 n.31188; anche, recente Cassazione civile sez. III, Data_19 n.15884; Cassazione Civile, sez. I, Data_20 n. 17110).

Il principio affermato dalla Suprema Corte si fonda su due ordini di ragioni. Secondo un argomento, il legislatore ha voluto distinguere la cessione di crediti in blocco dalle altre forme di cessione, tant’è, che l’ha assoggettata alla disciplina speciale del Testo Unico Bancario, che deroga alle regole ordinarie sulla cessione del credito stabilite dal codice civile (art. 1264 c.c.). Invero, la ratio della normativa di favore nei confronti del creditore risiede proprio nella natura di questo tipo di cessioni che riguardano un gran numero di rapporti giuridici e, spesso, una pluralità di vicende circolatorie. La finalità, perseguita dall’art. 58 T.U.B., sarebbe completamente vanificata qualora si onerasse il creditore cessionario di provare la titolarità del credito mediante la produzione del contratto di cessione, poiché, significherebbe costringerlo anche a produrre tutti i contratti che riguardano le cessioni precedenti sino a risalire all’originario creditore cedente.

Tale aggravio dell’onere probatorio si porrebbe in contrasto con l’art. 24 Cost, da cui discende il principio di vicinanza della prova ed il divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l’esercizio dell’azione in giudizio. La Suprema Corte aggiunge che “a tal fine, è prevista anche l’emanazione d’istruzioni da parte della CP_6, la quale, nell’esercitare il relativo potere, ha confermato che per “rapporti giuridici individuabili in blocco” devono intendersi “i crediti, i debiti e i contratti che presentano un comune elemento distintivo”, chiarendo che lo stesso “può rivenirsi, ad esempio, nella forma tecnica, nei settori economici di destinazione, nella tipologia della controparte, nell’area territoriale e in qualunque altro elemento comune che consenta l’individuazione del complesso dei rapporti ceduti” (cfr. circolare n. 229 del Data_21”). Il secondo argomento riguarda il raccordo tra la disciplina speciale a cui sono sottoposti i contratti di cessione di crediti in blocco e la disciplina generale del contratto prevista dal codice civile. Secondo la Corte, non vi è alcuna violazione dell’art. 1346 c.c., poiché, la disposizione, nel prevedere che l’oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile, non richiede alcuna indicazione specifica, e pertanto, può ritenersi sufficiente che il credito ceduto in blocco possa essere identificato con certezza sulla base di elementi obiettivi e prestabili risultanti, dallo stesso contratto.

Nel caso di specie, la cessionaria ha prodotto un avviso di cessione di crediti pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana con indicazione dell’esistenza di una lista “Lista VIC 2 CP_1 di Org_6 2021” depositata e consultabile presso la sede legale della Società.

Occorre però dare atto della diffusione sempre maggiore di un orientamento più severo, che ritiene che la pubblicazione dell’avviso di cessione sulla Gazzetta Ufficiale esonerà sì la cessionaria dal notificare la cessione al titolare del debito ceduto, ma non basta a provare la titolarità del credito in capo all’avente causa, se non individua il contenuto del contratto di cessione (Cass., Sez. III, Data_22 n. 22268).

Peraltro, a orientamento è stata data continuità da una parte della giurisprudenza, sostenendo che “tale rilievo è condivisibile, giacché una cosa è l’avviso della cessione – necessario ai fini dell’efficacia della cessione – un’altra è la prova dell’esistenza di un contratto di cessione e del suo specifico contenuto” (Cass., sez. III, Data_23 n. 2780) e dichiarando, conseguentemente, il difetto di legittimazione attiva in capo al cessionario del credito secondo un accertamento più o meno rigido.

Dunque, in base ad una valutazione più rigorosa, la prova della titolarità del credito passa necessariamente mediante la produzione del contratto di cessione o, in alternativa, una liberatoria rilasciata dall’Istituto di credito cedente.

Nel caso di specie, parte terza intervenuta ha prodotto solamente con le note del Data_24 il contratto di cessione; non vi sono dubbi, pertanto, che tale documentazione sia tardiva rispetto alle preclusioni istruttorie, non essendo state neppure indicate ragioni per cui tale documento non è stato prodotto in giudizio in tempo utile.

Tuttavia, con la nota autorizzata del Data_25 deputata a prendere appunto posizione sull’avversa eccezione di difetto di titolarità e di prova dell’avvenuta cessione, la medesima ha prodotto una dichiarazione del cessionario con la quale si attestava l’avvenuta cessione in favore del soggetto costituito dello specifico credito oggetto del presente giudizio. Tale ultimo documento appare del tutto valido e rilevante nella presente sede; pur consci dell’esistenza di un recessivo orientamento minoritario della giurisprudenza di merito, che non ritiene sufficiente neppure tale dichiarazione, si concorda con

quanto affermato dalla Suprema Corte nella pronuncia Cass. civ. Sez. III Ord., Data_26 n. 10200 (“la dichiarazione del cedente infine notiziata dal cessionario intimante al debitore ceduto con la produzione in giudizio, al pari della disponibilità del titolo esecutivo, era un elemento documentale rilevante, potenzialmente decisivo, e come tale ammissibile anche in grado di appello (Cass., Sez. U., Data_27 n. 10790 e succ. conf.): ciò ai fini sopra evidenziati, salvo, poi, l’ulteriore apprezzamento complessivo della condotta delle parti sia nella prospettiva del corretto esercizio della pretesa di pagamento e del corretto adempimento dell’obbligazione, sia in quella, connessa, processuale”), per cui è valutabile anche documentazione successiva alla cessione medesima, fra cui anche la stessa dichiarazione di parte cedente.

Sul punto si veda anche la recente pronuncia della Corte d’Appello Milano Sez. I, Data_28, la quale ha affermato che “La dichiarazione sottoscritta dalla cedente che attesta che il credito è stato da lei ceduto alla cessionaria rappresenta una prova liquida, che conferma la titolarità della posizione soggettiva azionata dalla cessionaria, non avendo alcun interesse la cedente a rendere una dichiarazione a sé contraria”.

Si ritiene, dunque, sussistere sufficiente prova della suddetta cessione.

2.1 Quanto all’efficacia della cessione con riferimento alle garanzie del credito, deve evidenziarsi come il contratto in esame è qualificato pacificamente quale fideiussione (pur essendovi dubbi in merito alla sua natura di fideiussione omnibus o specifica). Ciò significa che tale garanzia, di natura accessoria rispetto al rapporto principale, segue le sorti del medesimo in caso di cessione in blocco; invero, ai sensi dell’art. 4 della legge n. 130/1999 si applicano le disposizioni contenute nell’articolo 58, commi 2, 3 e 4, del testo unico bancario per cui “La banca cessionaria dà notizia dell’avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. La CP_6 può stabilire forme integrative di pubblicità. I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione. Restano altresì applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti. Nei confronti dei debitori ceduti gli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2 producono gli effetti indicati dall’art. 1264 del codice civile”. La norma in questione non opera alcuna differenziazione tra i vari tipi di garanzie, ma, al contrario, espressamente dispone che tutte mantengano la loro validità ed efficacia in favore del cessionario.

L’eccezione in questione, pertanto, merita integrale rigetto.

3. Quanto al merito della pretesa creditoria, in virtù del principio della ragione più liquida, appare opportuno analizzare la censura attinente alla asserita abusività delle clausole contenute nella suddetta fideiussione.

3.1 Quanto alla natura di consumatore dell’odierno attore occorre rilevare quanto segue.

Vale innanzitutto evidenziare come la giurisprudenza di legittimità sia unanime nell’affermare che “la qualifica di consumatore di cui all’art. 3 del d.lgs. Data_29, n. 206 spetta alle sole persone fisiche allorché concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata, dovendosi, invece, considerare professionista il soggetto che stipuli il contratto nell’esercizio di una siffatta attività o per uno scopo a questa connesso” (Cass. Civ., Se. VI, Ord. del Data_30 n. 5705). Pertanto, requisito affinché sia applicabile la disciplina del consumatore non è solamente l’aver agito quale persona fisica ma l’aver agito per soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranea all’attività imprenditoriale.

Ancora, infatti Cass. Civ., Sez. VI, Ord. del Data_31 n. 17466 “Per assumere la qualifica di professionista, ai sensi dell’art. 3 del d.lgs. Data_29, n. 206, non è necessario che il soggetto stipuli il contratto nell’esercizio dell’attività propria dell’impresa o della professione, ma è sufficiente che lo concluda al fine dello svolgimento o per le esigenze dell’attività imprenditoriale o professionale”.

Passando al caso di specie, pertanto, si nota come il Parte_1 abbia sottoscritto contratto di fideiussione in relazione a un debito della moglie Persona_2 la quale tuttavia aveva acceso il finanziamento per lo svolgimento della sua attività imprenditoriale nell'ambito del commercio di fiori e piante.

Nella presente sede, tuttavia, ciò che rileva è la posizione del solo fideiussore, unico ingiunto e attore; in proposito, occorre evidenziare la sussistenza di un orientamento più risalente della giurisprudenza secondo il quale “Al fine di verificare l’applicabilità della disciplina dettata dall’art. 1469bis c.c., terzo comma, n. 19 a tutela del foro del consumatore, occorre considerare che nel contratto di fideiussione la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore. Ne consegue che, qualora il debitore principale sia un imprenditore e l’obbligazione sia stata contratta per scopi connessi all’attività di impresa, il fideiussore, benché non imprenditore, non può evocare in suo favore l’applicabilità del foro del consumatore” (Cass. civ. Sez. III Ord., Data_32 n. 13643). Pertanto, secondo l’interpretazione del novellato art. 1469bis c.c. successiva al 1996 e quella subito successiva all’introduzione del codice del Consumo, la qualifica del fideiussore doveva essere desunta di riflesso da quella del debitore principale, cosicché non vi era spazio per il giudice per sindacare se lo stesso fosse o meno consumatore sulla base di altri elementi. Tale posizione, peraltro, non è stata del tutto abbandonata dalla giurisprudenza, rinvenendosi pronunce anche più recenti che fanno applicazione del medesimo principio; ad esempio Cass. civ. Sez. VI - 3 Ordinanza, Data_33 n. 24846, la quale ha affermato che “In presenza di un contratto autonomo di garanzia, è all’obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell’applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore anche in punto di competenza, in quanto, pure in tale evenienza, come nel contratto di fideiussione, l’obbligazione del garante è funzionale rispetto a quella garantita”.

Occorre però evidenziare del fatto che la materia e l’intera disciplina a tutela del consumatore è di derivazione europea e non può non tenersi conto anche delle coordinate interpretative fornite dalla stessa Corte di Giustizia Europea. Quest’ultima è stata più volte investita del potere di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 TFUE inerente alla interpretazione degli artt. 1, par.1, e 2, lett. b), della Direttiva 93/13/CEE; in particolare viene in rilievo la causa Pt_2 Pt_3 contro Controparte_9 In tale istanza si è domandato alla Decima Sezione della Corte di Giustizia se la protezione riconosciuta dalla predetta Direttiva al consumatore contro le clausole abusive potesse essere applicata anche nel caso in cui una persona fisica presta garanzia (nel caso di specie si trattava di una ipoteca) al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di un ente creditizio in base ad un contratto di credito, quando tale persona fisica non ha alcun collegamento di natura professionale con la suddetta società. Sostanzialmente, ci si è chiesto come debba essere inquadrato giuridicamente il garante/fideiussore che presta garanzia ad un “professionista”, pur rimanendo completamente estraneo agli scopi professionali di quest’ultimo. Per giurisprudenza costante, è tendenzialmente irrilevante sia la natura che l’oggetto del contratto; perciò, prescindendo completamente da tali due elementi, l’indagine sulla applicazione o meno della Direttiva 93/13 deve avere come esclusivo riferimento la qualità dei contraenti (consumatori ovvero professionisti). Per ciò che riguarda il contratto di garanzia e/o fideiussione, il nocciolo della questione concerne l’accessorietà di tale contratto rispetto al negozio principale da cui deriva l’obbligo garantito. Tuttavia, ha rilevato la Corte nella sentenza in oggetto, si deve negare che la nozione di “consumatore” o di “professionista” possa essere assegnata soltanto sulla base del rapporto di accessorietà con il contratto garantito. Al contrario, dal punto di vista dei contraenti, il contratto di garanzia si presenta come un “contratto distinto” in quanto è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale: “è dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito”.

Secondo la Corte, tale criterio corrisponde alla ratio legis su cui si basa il sistema di tutela della Direttiva, ossia che “il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il livello di informazione”, stato che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte unilateralmente dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse. Rinnovando l’ormai consolidata interpretazione della nozione di consumatore in termini “oggettivi”, ai sensi dell’art. 2, lett.b), Dir.93/13, essa deve essere determinata alla luce di un criterio funzionale consistente “nel valutare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell’ambito di attività estranea

all'esercizio di una professione". La Corte, dunque, rompe l'automaticità oggettiva seguita dalla giurisprudenza nazionale tra natura del credito principale e natura di quello accessorio, lasciando al Giudice Nazionale del caso concreto determinare se tale persona abbia agito in qualità di "professionista", quindi nell'ambito della propria attività professionale ovvero sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, oppure in qualità di "consumatore", e quindiper scopi di natura privata. Nell'effettuare tale interpretazione, il Giudice dovrà tenere conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova forniti dalle parti, e quindi, a mero titolo di esempio, le modalità dell'atto, le forme utilizzate, le circostanze di tempo e di luogo, nonché le condizioni di pagamento. Peraltro, la giurisprudenza nazionale è risultata da subito sensibile a tali stimoli esterni; ad esempio, il Tribunale Bologna, con pronuncia del Data_34 ha affermato che "La materia della tutela del consumatore è disciplinata da norme di derivazione europea, e il giudice nazionale è tenuto all'interpretazione conforme al diritto di derivazione europea. Poiché la Corte di Giustizia di Lussemburgo ha ritenuto insufficiente, per individuare il requisito soggettivo della qualità di consumatore nel fideiussore, il richiamo alla posizione del debito garantito, in mancanza di elementi di fatto idonei a verificare se vi siano collegamenti funzionali tra garanzia prestata e debito e ove il fideiussore non abbia sottoscritto l'atto di coobbligazione nella veste di professionista e risulti estraneo all'attività imprenditoriale esercitata dal debitore principale, il fideiussore riveste la qualità di consumatore". Ancora, il Tribunale di Brescia Sez. III, Data_35 ha evidenziato che "Gli artt. 1, par. 1, e 2, let. b), della dir. 93/13 devono essere interpretati nel senso che tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società. Conseguentemente, qualora sia escluso che i fideiussori abbiano agito nell'ambito di un'attività professionale o che sussista un collegamento funzionale nei termini indicati dalla pronuncia della Corte di Giustizia ne deriva che, operando inderogabilmente il foro del consumatore, esso è sottratto ad ogni possibilità di modifica per ragioni di connessione e, stante la preminente esigenza del *simultaneus processus*, esso attrae anche la causa connessa, benché avente ad oggetto l'obbligazione principale". Nello stesso senso si è espressa anche la Suprema Corte: si veda, fra le altre, Cass. civ. Sez. VI - 1 Ord., Data_36 n. 742.

Da ultimo, sul punto, si sono pronunciate anche le Sezioni Unite, le quali hanno affermato che "Nel contratto di fideiussione, i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumeristica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso, senza considerare il contratto principale, come affermato dalla giurisprudenza unionale (CGUE, Data_37, in causa C-74/15, Tarcau, e Data_38, in causa C-534/15, Dumitras), dovendo pertanto ritenersi consumatore il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità estranee alla stessa, nel senso che la prestazione della fideiussione non deve costituire atto espressivo di tale attività, né essere strettamente funzionale al suo svolgimento (cd. atti strumentali in senso proprio)" (Cass. civ. Sez. Unite Ord., Data_39 n. 5868).

Dunque, spetta a questo Tribunale, sulla base della valorizzazione delle circostanze concrete, valutare se l'odierno attore rivestiva la qualità di consumatore nell'ambito della stipula del contratto di fideiussione posto alla base del decreto ingiuntivo opposto.

Ebbene, nel caso in esame non emergono, né in verità sono state allegate, ragioni per cui il Parte_1 abbia agito nell'ambito della sua attività imprenditoriale ovvero presentasse collegamenti con l'attività imprenditoriale svolta dalla di lui moglie mediante la ditta individuale (come è possibile vedere dalla visura in atti). Né, ancora, è possibile sostenere che tale collegamento possa ravvisarsi nel mero rapporto di coniugio; anzi, tale circostanza, rende ancora più evidente come la ragione della garanzia prestata sia da ravvisare appunto nel rapporto di natura personale e affettivo fra le parti, piuttosto che in interessi di natura imprenditoriali del fideiussore.

3.2 Ciò posto con riferimento alla qualità di consumatore del Parte_1 occorre analizzare, alla luce del già citato principio della ragione più liquida, le clausole che appaiono nulle in virtù della normativa consumeristica.

In generale, l'art. 3 par.1 Direttiva n. 93/13/CEE come recepita nel nostro ordinamento nazionale dal Codice del Consumo (art. 33 comma 1), afferma che sono abusive le clausole contenute nei contratti conclusi dal professionista con il Consumatore che “malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto” e che non siano oggetto di trattativa individuale con il Consumatore stesso. L'art. 3, par. 3 della Direttiva 93/13/CEE fa poi riferimento ad un allegato in cui è contenuta una elencazione esemplificativa di clausole abusive de plano, ossia la cd. “lista nera”. In questo elenco si annoverano, tra le altre, anche le clausole predisposte dal professionista che limitino o impediscano al consumatore di formulare eccezioni sul comportamento negligente del professionista stesso, tali quindi da comportare l'estinzione della propria obbligazione, squilibrando così il sinallagma contrattuale in favore del professionista. La clausola abusiva non può avere alcun effetto nell'ordinamento in forza dei principi espressi dall'art. 6 della Direttiva n. 93/13/CEE ed è pertanto nulla ex art. 36 Codice del Consumo.

Passando, dunque, all'analisi del caso concreto, parte attrice ha allegato la nullità, in quanto abusiva, della clausola di cui all'art. 6, la quale dispone di fatto una deroga all'art. 1957 c.c., il quale prevede che “Il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continue. La disposizione si applica anche al caso in cui il fideiussore ha espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale. In questo caso però l'istanza contro il debitore deve essere proposta entro due mesi”.

Ebbene, si ritiene che, sulla base di “un'interpretazione letterale”, la clausola di deroga all'art. 1957 c.c. possa in effetti considerarsi abusiva in forza di una presunzione *iuris tantum* anche ai sensi dell'art. 33 II co. lett.t) Codice del Consumo in quanto “pone a carico del contraente nei cui confronti la stessa clausola produce effetti decadenze e/o limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni”; al fine di superare tale presunzione, è necessaria la prova (non fornita chiaramente) di una trattativa individuale con il consumatore sul contenuto della pagina clausola (si veda da ultimo Cass. n. 2558/2023). In ogni caso e comunque, a ben vedere, ex art. 36, lettera b) del Codice del Consumo, la clausola di deroga all'art. 1957 c.c., in quanto implicante rinuncia del Consumatore a far valere l'inadempimento del professionista ai propri obblighi, segnatamente di buona fede e diligenza nel recupero del credito sottesi alla disposizione del codice civile, sarebbe comunque nulla quantunque oggetto di (insufficiente) trattativa tra le parti. La deroga all'art. 1957 c.c. espone infatti il consumatore all'incertezza temporale dell'escusione della garanzia, in spregio alla ratio stessa della norma, che intende evitare che lo stesso sia appunto soggetto a tempo indeterminato all'escusione ed esonera, a suo esclusivo vantaggio, il professionista dall'agire secondo il termine semestrale codicistico. L'abusività di questa clausola risiede nel comportare uno squilibrio contrattuale, nel privare il consumatore del proprio diritto di opporre eccezioni e nel creare in capo al consumatore garante una situazione sfavorevole rispetto a quella che si concretizzerebbe in applicazione della regola semestrale codicistica ex art. 1957 c.c., il tutto in assenza peraltro di alcun corrispettivo. Essa, dunque, è da considerarsi abusiva in quanto è il prodotto di un comportamento illecito che non consente, oltre alla tutela del consumatore quale parte debole del rapporto, nemmeno la tutela dell'interesse generale ad un mercato a condizioni equilibrate.

Peraltro, tali conclusioni sono state recentissimamente e definitivamente confermate dalla Suprema Corte con ordinanza n. 27558/2023, la quale ha sostenuto che una siffatta clausola “si appalesa allora senz'altro deponente per l'assoggettamento del fideiussore ad una disciplina astrattamente idonea a configurare il significativo squilibrio a danno del consumatore di cui all'art. 1469 bis c.c., spettando peraltro al giudice di merito verificarne l'effettiva integrazione nel caso concreto avuto riguardo al tenore dello stipulato contratto, allorquando come nella specie tale clausola risulti non essere stata oggetto di specifica trattativa comportante l'esclusione dell'applicazione della disciplina di tutela in argomento, successivamente rifiuita nel Codice del consumo (D.Lgs. Data_29 , n. 206), (v. Cass., Data_40 n. 25914; Cass., Dt_41 n. 14288; Cass., 17 Data_42 n. 6802; Cass., Data_43 n. 24262. Cfr. altresì Cass., Data_44 n. 13890). [...] La disciplina di tutela del consumatore posta dal D.Lgs. n. 206

del 2005 - c.d. Codice del consumo - (e già agli artt. 1469 bis c.c. e segg.), che può invero riguardare anche il singolo rapporto, è funzionalmente volta a tutelare il consumatore a fronte della unilaterale predisposizione ed imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso, sostanziantesi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicare la propria autonomia contrattuale, nella sua fondamentale espressione rappresentata dalla libertà di determinazione del contenuto del contratto. Con conseguente alterazione, su un piano non già solamente economico, della posizione paritaria delle parti contrattuali idoneo a ridondare, mediante l'imposizione del regolamento negoziale unilateralmente predisposto, sul piano dell'abusivo assoggettamento di una di esse (l'aderente) al potere (anche solo di mero fatto) dell'altra (il predisponente) (v. Cass., Data_43 n. 24262)".

Ciò posto, deve ritenersi la nullità della suddetta clausola con reviviscenza del disposto dell'art. 1957 c.c. 3.3 Sul punto, parte convenuta asserisce che, trattandosi di garanzia a prima richiesta, risulterebbe sufficiente al fine di non incorrere nella decadenza disposta dal suddetto articolo, anche la proposizione nei confronti del debitore di un'istanza stragiudiziale. Ebbene, in proposito non si disconosce l'orientamento giurisprudenziale (cfr Cass. Civ, sent. n. 13078 del Data_45) per il quale la clausola con cui il debitore si impegni "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". Pronuncia che ha trovato conferma nella sentenza della Suprema Corte n. 22346/17, la quale ha statuito "in una pattuizione contrattuale in cui la garanzia si stabilisce a prima richiesta e, nel contempo, si prevede l'applicazione del primo comma dell'art. 1957 cod. civ., il criterio di esegesi di cui all'art. 1363 cod. civ. impone di leggere il rinvio a detta norma, tanto più se espresso, come nella specie, con un riferimento al termine di cui ad essa e non ad altro dei suoi contenuti, nel senso che il termine debba osservarsi con una mera richiesta stragiudiziale e non nel senso che si debba osservare con l'inizio dell'azione giurisdizionale, secondo la tradizionale esegesi della norma. E' sufficiente osservare che, se il rinvio si intendesse anche alla previsione di tale azione, la garanzia non sarebbe più a prima richiesta, essendovi palese contraddizione nel postulare che una volontà contrattuale di imporre al garante l'adempimento dell'obbligazione di garanzia a semplice richiesta e senza possibilità di eccezioni, possa intendersi nel senso che tale richiesta si debba esprimere con l'azione giudiziaria: è sufficiente osservare che, esigendo l'esercizio dell'azione in giudizio la dimostrazione del bisogno di tutela giurisdizionale espressa nel preceppo dell'art. 100 cod. proc. civ., detta azione postulerebbe che il garante sia stato necessariamente attinto da una richiesta di adempimento dell'obbligo di garanzia in ragione dell'inadempimento del debitore garantito. Sicché l'azione non potrebbe che iniziarsi dopo una richiesta stragiudiziale. Si rileva, per completezza, che soltanto la presenza nella clausola contrattuale di un richiamo del paradigma dell'art. 1957 cod. civ. non solo con riferimento al termine decadenziale, ma anche alla prevista modalità di esercizio dell'azione, potrebbe, previa, naturalmente, valutazione del caso di specie, giustificare la conclusione che, ferma la natura a prima richiesta della garanzia, l'impeditimento della decadenza esiga l'azione in sede giurisdizionale".

Tale principio, tuttavia, anche ove volesse ritenersi condivisibile, non pare potersi applicare al caso di specie.

Invero fra le clausole tacciate di abusività dall'attore vi è anche quella di cui all'art. 7.1, la quale dispone l'obbligo di pagare immediatamente alla banca a semplice richiesta scritta, ossia, la medesima clausola che renderebbe, per quanto sopra detto, possibile poi alla banca di soddisfare l'onere di attivazione per il recupero nei confronti del debitore principale anche con iniziativa stragiudiziale.

Ebbene, non deve mancarsi di osservare, tuttavia, che anche tale clausola c.d. "a prima richiesta" possa considerarsi abusiva ai sensi del Codice del Consumo, in quanto clausola che limita i diritti di cui il consumatore godrebbe secondo la normativa nazionale, in assenza di sua previsione. Trattasi, infatti, di clausola che stabilisce il diritto di esigere immediatamente la prestazione, anche a prescindere dalla

puntuale prova del credito e rinviando nel tempo sia la possibilità di dare piena prova del credito, sia la possibilità di sollevare eccezioni da parte del consumatore, con evidente squilibrio contrattuale.

Sul punto, peraltro, anche la giurisprudenza di merito si è pronunciata; si veda, fra le altre, Tribunale Padova sez. II, Data_46, la quale ha affermato che “In tema di fideiussione, la clausola secondo cui le parti abbiano convenuto che il pagamento debba avvenire “a prima richiesta” va valutata come vessatoria ai sensi dell’art. 33, comma 2, lett. t) del d.lgs. n. 206 del 2005 in quanto stabilisce una limitazione alla facoltà di proporre l’eccezione di estinzione del vincolo obbligatorio sulla base dell’ordinaria disciplina codicistica. In ogni caso, simili clausole sembrano censurabili anche sulla base della previsione generale dell’art. 33, comma 1, del Codice del Consumo, posto che è difficilmente contestabile che le stesse determinano un significativo squilibrio degli obblighi derivanti dal contratto; si consideri, infatti, che il consumatore, ricevendo la costituzione in mora, rimane esposto all’esercizio di un’azione giudiziale per il termine prescrizionale ordinario di 10 anni in luogo di quello, assai più contenuto, previsto dall’art. 1957 cod. civ.”.

Tali conclusioni risultano coerenti anche con quanto affermato dalla Suprema Corte con riferimento al differente caso del contratto autonomo di garanzia; si veda, infatti, Cass. civ. Sez. III Ord., Data_47 n. 5423, la quale ha rilevato che “La disciplina degli artt. 33, 34, 35 e 36 c. cons. trova applicazione anche ai contratti atipici e ciò, quanto alla previsione dell’art. 36, comma 1, anche là dove la clausola accertata come abusiva esprima il profilo di atipicità del contratto. In relazione al contratto atipico di garanzia a prima richiesta e senza eccezioni, l’accertamento dell’eventuale posizione di consumatore del garante deve avvenire con riferimento ad esso e non sulla base del contratto garantito e nel caso di riconoscimento al garante della posizione di consumatore è applicabile a sua tutela la disciplina degli artt. 33, 34, 35 e 36 c. cons. ed in particolare la previsione dell’art. 33, lett. t) e ciò, quanto alla clausola di limitazione della proponibilità di eccezioni, sia con riferimento alle limitazioni inerenti ad eventuali eccezioni relative allo stesso contratto di garanzia, sia con riferimento all’esclusione della proponibilità di eccezioni relative all’inadempimento del rapporto garantito da parte del debitore garantito, con la conseguenza che in quest’ultimo caso, ove la clausola venga riconosciuta abusiva, il contratto conserverà validità ai sensi del citato art. 36, comma 1 ed il garante potrà opporre dette eccezioni”. Con tale pronuncia, dunque, la Corte di Cassazione ha preso posizione circa il rapporto fra i contratti di garanzia a prima richiesta e la disciplina del Codice del Consumo, con riguardo alla disciplina ivi contenuta al Titolo I, Parte III, ed in particolare alla disposizione di cui all’art. 33, comma 2 lett. t) del medesimo Codice. Infatti, come visto, l’art. 33 al comma 2 lett. t) annovera tra le clausole da presumersi vessatorie quelle limitative della facoltà di proporre eccezioni, le quali risultano astrattamente idonee a ricoprendere le clausole di pagamento “a prima domanda” e “senza eccezioni” generalmente contenute in detti contratti. Peraltro, la Corte di Cassazione ha ritenuto che fosse possibile dichiarare la nullità di tali clausole, nonostante queste siano l’espressione stessa della connotazione causale di tale tipologia di contatto atipico (in altre parole, la previsione di dette clausole rappresenta la ragione giustificativa di un contratto di garanzia autonoma).

Invero, la Corte ha osservato che, nonostante il possibile stravolgimento causale del contratto in caso di nullità di tali clausole caratterizzanti, sia preferibile l’opzione interpretativa per cui ai contratti autonomi di garanzia debba applicarsi la tutela consumeristica, compresa quella di cui all’art. 33 comma 2 lett. t), e ciò alla luce della fedele lettura della fonte comunitaria in adempimento della quale è stato adottato il Codice del Consumo. Infatti, al decimo considerando della Direttiva CE 93/13/CEE del Data_48 è espressamente previsto che le regole uniformi in merito alle clausole vessatorie da adottarsi dagli Stati membri debbano trovare applicazione con riferimento a qualunque contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, fatta eccezione per i contratti di lavoro, relativi ai diritti di successione ed allo statuto familiare nonché nei contratti relativi alla costituzione ed agli statuti delle società. Al tredicesimo considerando, poi, si legge che “le disposizioni legislative o regolamentari degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori non contengono clausole abusive” e che pertanto “non si reputa necessario sottoporre alle disposizioni della presente direttiva le clausole che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative”. La Corte ha dedotto, dunque, con riferimento al decimo considerando che riferendosi l’ambito di applicazione della Direttiva a tutti i contratti, esclusi quelli menzionati, la disciplina consumeristica

nazionale debba essere ritenuta applicabile sia ai contratti tipici sia a quelli atipici contenenti clausole abusive. Con riferimento al tredicesimo considerando, invece, la Corte ha desunto che, avendo inteso il legislatore comunitario sottrarre alla disciplina consumeristica agli schemi contrattuali tipici, a contrario questi ha inteso sancire che alla Direttiva debbano sogniacere gli schemi contrattuali atipici. Tale lettura sembra essere altresì suffragata dal tenore del diciannovesimo considerando, nella parte in cui si legge che “la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l’oggetto principale del contratto”, nonché dall’art. 4 comma 2 della Direttiva, il quale recita che “la valutazione del carattere abusive non verte sulla definizione dell’oggetto principale del contratto”. E dunque, nulla osta, secondo la Corte, a che si possa ritenere la tutela consumeristica applicabile in toto ai contratti di garanzia autonoma, ove il limite della valutazione dell’abusività delle clausole non può inficiare il solo oggetto del contratto, che nel caso di specie è da ricondursi alla funzione di garanzia.

Pertanto, se è possibile rilevare l’abusività e dichiarare la nullità delle suddette clausole contenute nel contratto autonomo di garanzia, a maggior ragione sarà possibile, anzi doveroso, rilevare tale vizio nell’ambito di un contratto di fideiussione con clausola a prima richiesta, la cui eliminazione non muta la natura del contratto tipico medesimo.

Dunque, ritenuta la nullità anche della suddetta clausola, si deve ritenere che il creditore sia decaduto dalla possibilità di agire nei confronti del fideiussore, non avendo avuto la diligenza necessaria nel procedere al

recupero del credito nei confronti del debitore principale nelle tempistiche di cui all’art. 1957 co. 3 c.c.. Infatti, dovendosi considerare (per quanto detto, in un caso di fideiussione “semplice”, una volta depurata della clausola abusiva di cui all’art. 7.1) solamente gli atti di recupero giudiziali, dinanzi alla scadenza dell’obbligazione principale da collocarsi temporalmente in data Data_49 (comunicazione della decadenza dal beneficio del termine da parte dell’istituto di credito alla debitrice), non risulta che la CP_6 abbia provveduto ad agire in via giudiziale prima del Data_50 con l’atto di precezzo (ammesso che tale atto possa considerarsi quale atto giudiziale) e comunque con il successivo pignoramento del Data_51 ,di oltre un anno successivo rispetto alla sopra detta scadenza.

Alla luce delle sopra esposte considerazioni, deve ritenersi la decadenza del creditore dal diritto di procedere nei confronti del garante, odierno attore, con conseguente accoglimento della presente opposizione.

4. Infine, posto l’assorbimento delle altre censure inerenti al contratto di fideiussione e al contratto di finanziamento stante l’accoglimento delle domande sopra indicate, non merita condivisione neppure la subordinata richiesta di condanna dell’opponente in virtù del diverso titolo negoziale, costituito dalla rinegoziazione del credito avvenuta nel 2012 con contestuale ricognizione del debito residuo.

Infatti, a prescindere dall’espresa valenza non novativa del suddetto accordo (si veda art. 1), è pacifico in giurisprudenza che il mero riconoscimento di debito non è autonoma fonte di obbligazione e non ha alcuna efficacia sanante nei confronti di nullità che riguardino il contratto posto alla base del medesimo. Sul punto, fra le moltissime, si veda Corte di Cassazione, con ordinanza n. 2855 del Data_52 , secondo cui “Il piano di rientro che viene concordato tra la banca ed il cliente, considerando la natura meramente ricognitiva del debito, non preclude la contestazione della nullità delle clausole negoziali preesistenti. Pertanto, la banca, attrice in giudizio per il pagamento del saldo, non viene esonerata dal documentare le condizioni convenute nel contratto di conto corrente, che è soggetto alla forma scritta ad substantiam secondo quanto disposto dall’art. 117 T.U.B.”.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo ai sensi del d.m. 55/14, così come aggiornato dal d.m. 147/22, tenuto conto del valore della controversia, della difficoltà delle questioni poste all’attenzione del Tribunale che giustifica l’utilizzo del parametro medio, delle fasi di giudizio effettivamente svolte e dell’assenza di istruttoria, che giustifica la riduzione al 50% della voce relativa alla fase di trattazione/istruttoria.

P.Q.M.

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

- Accoglie l'opposizione di parte attrice e, per l'effetto, revoca il d.i. del Tribunale di Spoleto n. xxx/2021, emesso il Data_4
- Condanna Controparte_1 e Controparte_3 in solido fra loro, al pagamento delle spese di lite in favore dell'opponente, nella somma di euro 406,50 per spese vive ed euro 11.268,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfettario ed accessori come per legge, da distrarsi in favore del difensore dichiaratosi antistatario.

Spoleto, Data_53

Ex parte