



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Prima civile, composta dai Sigg.:

Dott. Giuseppe Magnoli	Presidente rel.
Dott.ssa Maria Tulumello	Consigliere
Dott.ssa Vittoria Gabriele	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile n. R.G. 458/2020 promossa con atto di citazione notificato in data 10 giugno 2020 e **posta in decisione all'udienza collegiale del 7 dicembre 2022.**

da

B. V. S.C.P.A. (), con sede in Vestone (BS),
in persona del Presidente *pro-tempore* del CdA, rappresentato e
difeso dall'avv. T. P. (), del
procuratore domiciliatario come da procura in atti.

APPELLANTE

contro

R. P. S.P.A. (), rappresentato e difeso dall'avv.
Laura S. (C.F.) del Foro di Brescia, procuratore
domiciliatario come da procura in atti.

APPELLATO

DOTT. M. B. (), in qualità di
O.C.C. liquidatore nel procedimento di liquidazione del patrimonio, ex art. 14 ter ss.
l. 3/2012, n. 50/2016 RG, per nomina 10.2.2017 del Tribunale di Brescia,
rappresentato e difeso dall'avv. () del Foro
di Brescia, procuratore domiciliatario come da procura in atti.

TERZO INTERVENUTO

In punto: appello a sentenza del Tribunale di Brescia, I Sez. Civile, pubblicata in data 16 marzo 2020, n. 606.

Sent. N.
Cron. N.
Rep. N.
R. Gen. N. 458/2020
Camp. Civ. N.

OGGETTO: Bancari
(deposito bancario,
cassetta di sicurezza,
apertura di credito
bancario)
Codice: 140041



CONCLUSIONI**Dell'appellante**

“In via principale, in accoglimento dei motivi di appello e in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Brescia n. 606/2020, pubblicata in data 16.03.2020, nella causa iscritta al n. 647/2015 di R.G., accogliere le domande proposte nel giudizio di primo grado, qui ritrascritte: “nel merito, respingere la proposta opposizione, perché infondata, e tutte le domande proposte dalla opponente, confermando il decreto ingiuntivo n. 8506/14 ord. e n. 19620/14 ruolo, emesso dal Tribunale di Brescia in data 19.11.2014, condannando in ogni caso l’opponente al pagamento della somma ingiunta o di quella ritenuta di giustizia”;

- in via istruttoria, previa, occorrendo, rimessione in termini ex art. 153, comma 2, c.p.c., ammettere il deposito dell’atto di intervento della B. V. nella procedura esecutiva immobiliare n. 263/2014 di R.G. del Tribunale di Brescia munito del timbro del depositato del 12.09.2014;

- in ogni caso, spese e compenso professionale del doppio grado interamente rifiuti.”

Dell'appellato e del terzo intervenuto

“Ogni contraria istanza reietta e disattesa, in via preliminare:

a) respingersi l’istanza di sospensione in via provvisoria dell’esecutività della sentenza appellata, non sussistendo (e non essendo stati comprovati) né i gravi e fondati motivi previsti dall’art.283 c.p.c. né il dedotto pericolo di insolvenza;

b) ritenersi l’inammissibilità delle produzioni documentali avversarie effettuate in violazione dell’art.345 c.p.c. in sede d’appello e rigettarsi l’istanza di remissione in termini formulata ex art.153, co. 2, c.p.c. in quanto infondata; per l’effetto ritenersi l’inutilizzabilità dei documenti illegittimamente versati in atti e disporre l’espunzione dal fascicolo processuale.

In principalità e nel merito: rigettarsi l’appello ex adverso, in quanto infondato in fatto e in diritto e ritenersi l’inammissibilità dei motivi d’impugnazione avversari e delle eccezioni e domande ivi svolte per la prima volta in grado d’appello; per l’effetto, confermarsi l’impugnata sentenza in ogni sua parte.

In ogni caso rilevata la nullità della fideiussione prestata da R. E. per cui è causa o in subordine delle clausole sub artt. 2, 5 e 6 della fideiussione medesima per violazione dell’art. 2 L. n. 287 del 10.10.1990, e comunque accertata l’infondatezza della pretesa creditoria ex adverso tutelata, rigettarsi la domanda avversaria e revocare il decreto ingiuntivo opposto, con la migliore motivazione e con ogni consequenziale declaratoria.

In ogni caso: con condanna, dell’attrice, alla rifusione delle spese di causa, anche del presente secondo grado di giudizio”.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

B. concludeva in data 28 dicembre 2010 con B. titolare della B. Moda Sport, un contratto di mutuo fondiario ex art. 38 TUB per la somma di €.155.000,00.



A garanzia della somma erogata veniva iscritta ipoteca, per €.310.000,00 su un bene immobile di proprietà di P. B. e a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni assunte dall'impresa Boscain venivano rilasciate due fideiussioni omnibus, dell'importo di 90.000,00 € ciascuna, da B. L. e R. E. P. B. si rendeva inadempiente, non avendo pagato ad aprile 2014 undici rate del mutuo.

Conseguentemente con raccomandata del 16 aprile 2014 la banca revocava il finanziamento. Inoltre, successivamente la banca chiedeva ed otteneva l'emissione di un decreto ingiuntivo per l'importo di €.90.000,00, oltre interessi e spese, nei confronti dei due fideiussori R. E. e B. L. R. E. proponeva opposizione avverso il predetto decreto ingiuntivo, disconoscendo le firme in calce alla fideiussione, nonché eccependo la nullità del mutuo, e conseguentemente della fideiussione, per violazione del limite di finanziabilità, nonché considerato che il contratto di mutuo sarebbe stato stipulato per estinguere debiti verso istituti di credito.

Inoltre, l'opponente invocava la liberazione del fideiussore per obbligazione futura ex art. 1956 c.c., la nullità della clausola 5 del contratto, e la decadenza dalla fideiussione ex art.1957 c.c..

Costituendosi in giudizio la banca confermava l'autenticità delle sottoscrizioni, chiedendo congiuntamente la verifica della scrittura privata, nonché eccepiva l'infondatezza delle ulteriori domande ed eccezioni sollevate.

Tutto quanto considerato il tribunale dava ingresso al procedimento di verifica della scrittura privata, disponendo CTU grafologica, la quale accertava l'autenticità delle sottoscrizioni.

Nel merito il giudice di prime cure, accertata l'autografia della sottoscrizione, e con ciò accolta l'istanza di verifica, sulle domande delle parti rilevava quanto segue:

- sull'eccezione di improcedibilità della domanda, sollevata da parte opponente in sede di precisazione delle conclusioni, per essere stata ammessa alla procedura di liquidazione del patrimonio, che detta eccezione doveva ritenersi infondata, in quanto nella L. n. 3/12, disciplinante – per quanto qui rileva - la liquidazione dei beni (art.14-ter) <<nelle situazioni di sovraindebitamento non soggette né assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle erogate dal presente capo>> (art.6), non è contenuta una norma uguale a quella di cui all'art. 52 LF, la quale prevede che ogni credito deve essere accertato mediante insinuazione allo stato passivo, né, data la disciplina di cui all'art.14 disp. att. c.c., la predetta disposizione può applicarsi al caso in esame in via di estensione per analogia; conseguentemente il creditore è legittimato ad agire in giudizio per ottenere un titolo (la sentenza), in forza del quale essere ammesso al passivo della procedura di liquidazione del patrimonio;

-sull'eccezione di inoperatività della disciplina in tema di fideiussione, in ragione della qualificazione della lettera di fideiussione prodotta in monitorio quale contratto autonomo di garanzia, anzitutto che l'eventuale nullità del contratto di mutuo sarebbe risultata irrilevante, posto che la nullità del contratto garantito comporta la liberazione del garante anche nelle ipotesi in cui quest'ultimo si fosse obbligato in forza di un contratto autonomo di garanzia, e comunque perché nella specie non ricorrevano i presupposti per la qualificazione dell'impegno assunto dal garante come contratto autonomo di garanzia, a ciò non bastando la sola previsione



dell'obbligo a carico del fideiussore di pagare a prima richiesta, perché non ne sarebbe derivata la preclusione alla facoltà di proporre eccezioni relative al contratto garantito (art.1945 c.c.), col che il contratto, in conformità alla sua stessa denominazione, andava qualificato come fideiussione;

- sul merito delle eccezioni relative al rapporto garantito (mutuo), quanto all'eventuale superamento del limite di finanziabilità previsto dall'art. 38 TUB, che parte opponente non aveva provato la durata del periodo di ammortamento, né l'entità della somma capitale ancora dovuta, né infine il valore dell'immobile, in tal modo risultando impossibile qualsiasi verifica circa il superamento del limite di finanziabilità; quanto all'ulteriore profilo di nullità sollevato, in ragione dell'affermato utilizzo delle somme erogate per estinguere debiti pregressi verso la stessa banca finanziatrice, che l'eccezione in discorso non poteva ritenersi fondata, posto che *“l'utilizzo della somma di denaro mutuata non può comportare alcuna censura sul piano causale, atteso che “il mutuo fondiario, quale risulta dalla disciplina di cui agli artt. 38 ss d.lgs. 1 settembre 1993, n.385, non è mutuo di scopo, poiché di esso non è elemento essenziale la destinazione della somma mutuata a determinate finalità” (Cass. 26.3.12 n. 4792).”*, rilevando inoltre che l'erogazione del finanziamento non aveva aumentato l'esposizione dell'impresa verso la banca, ma anzi ne aveva migliorato la situazione debitoria.

- sulle invocazione da parte del fideiussione delle norme a tutela del consumatore – contestata dalla banca sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale per la quale l'applicabilità o meno della disciplina consumeristica dipende non dalla posizione del garante bensì da quella del debitore principale, ed è pertanto esclusa ogni qual volta il debitore principale sia un imprenditore – che tale conclusione si pone in contrasto con la giurisprudenza eurounitaria sul punto e che la stessa è stata perciò superata dalla stessa Corte di Cassazione la quale ha affermato il principio secondo il quale *“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, 19 novembre 2015, in causa C-74/15, Tarcau, e 14 settembre 2016, 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. 16.1.20 n. 742)*, e che pertanto sulla base di tale criterio deve ritenersi applicabile al caso in esame la disciplina a tutela del consumatore, con la conseguenza che - in ragione di ciò - la clausola n.5 della fideiussione, la quale stabilisce che la banca può pretendere il pagamento da parte del fideiussore anche senza prima aver agito nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione, in quanto volta ad aggravare la posizione del consumatore, deve ritenersi nulla, non avendo la banca fornito la prova che l'articolo sopracitato fosse stato oggetto di trattativa individuale fra le parti;

- sulla ricostruzione in fatto della vicenda, in relazione alla quale la banca aveva dedotto di aver agito nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla risoluzione del contratto di mutuo, essendo intervenuta in una procedura esecutiva già pendente, ed aveva prodotto, a sostegno di tale affermazione, a doc.7,



comunicazione con cui il creditore precedente aveva dato notizia ai creditori ipotecari dell'inizio dell'esecuzione, che tale documento non costituiva prova idonea dell'effettuazione dell'effettivo intervento della banca nella procedura esecutiva e che pertanto non potesse ritenersi raggiunta la prova circa il fatto che la banca l'intervenuto esercizio dell'azione giudiziale nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla risoluzione del contratto di finanziamento, con conseguente estinzione per decadenza ex art.1957 c.c. dell'obbligazione fideiussoria.

- che quindi l'opposizione ex art.645 cpc doveva essere accolta, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo e condanna della banca opposta, in applicazione del principio di soccombenza, alla rifusione in favore di parte opponente delle spese di lite, mentre quelle di CTU, dato l'esito della stessa, dovevano essere poste a carico di parte opponente.

Propone appello avverso la predetta sentenza B [REDACTED] - [REDACTED] S [REDACTED], per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1957 c.c.: parte appellante osserva che la sentenza di primo grado è errata nella parte in cui il tribunale ha implicitamente ritenuto applicabile l'art. 1957, comma 1 c.c., interrogandosi unicamente in ordine alle modalità con cui può essere validamente derogato dalle parti nel caso di contratto stipulato da un consumatore.

Infatti, la banca osserva che l'art. 1957, comma 1 c.c. 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 principale e le abbia coltivate. Dal tenore letterale della norma è possibile evincere che l'applicazione della norma presuppone che l'obbligazione principale sia sottoposta a un termine, e che la durata della garanzia sia a questo correlata.

Tale interpretazione è stata avvalorata anche dalla giurisprudenza di legittimità la quale ha affermato che *"quando la durata della fideiussione è correlata, non alla scadenza dell'obbligazione principale, ma al suo integrale inadempimento, l'azione del creditore nei confronti del fideiussore non è più soggetta ad alcun termine di decadenza, con conseguente estraneità della relativa situazione all'ambito di operatività dell'art. 1957 c.c. (cfr. Cass. civ., sez. III, 13.04.2007, n. 8839 e 19.07.1996, n. 6520, ma anche sez. III, 23.3.1994, n. 2827; sez. I, 1.07.1995, n. 7345; sez. III, 22.11.2002, n. 16758; sez. III 3.08.2005, n. 16233)."*

Tuttavia, parte appellante osserva che nel caso di specie la fideiussione è stata rilasciata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni assunte dalla ditta Boscain Moda Sport e l'art. 5 del contratto prevede espressamente che *"i diritti derivanti alla Banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore"*.

La banca osserva pertanto che tale clausola, ricollegando la permanenza del vincolo all'integrale adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore principale, nei limiti dell'importo garantito, vale ad escludere l'applicabilità dell'art. 1957 c.c..

Pertanto, parte appellante reputa nel caso di specie ultronea l'espressa deroga all'art. 1957 c.c., non essendo tale norma in ogni caso applicabile, considerato che la fideiussione è stata prestata senza limiti di tempo.



Tutto quanto considerato parte appellante osserva che *“tale rilievo è assorbente di ogni ulteriore questione, essendo del tutto ininfluyente verificare se la clausola in deroga all’art. 1957 c.c. abbia o meno natura vessatoria e se la sig.ra Rampini rivesta o meno la qualità di consumatore.”*

Infine, parte appellante eccepisce che l’art. 1957 c.c. non risulta in ogni caso applicabile al caso di specie, in quanto il contratto deve essere qualificato come contratto autonomo di garanzia e non come fideiussione.

2) Falsa applicazione degli artt. 33 e 35 del Codice del Consumo: parte appellante contesta la pronuncia di primo grado nella parte in cui ha affermato la natura vessatoria della clausola di deroga all’art. 1957 c.c., avendo il tribunale erroneamente ricondotto la clausola in questione alla fattispecie prevista dalla lettera t) dell’art. 33 del Codice del Consumo.

Secondo giurisprudenza consolidata infatti una simile clausola non risulta essere vessatoria (Cass. civ., sez. I, ord. 3.12.2019, n. 31569; sez. VI-1 ord. 4.12.2017, n. 28943 e precedenti ivi richiamati; sez. III, sent. 21.05.2008, n. 13078).”

Per tale ragione quindi la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la clausola di deroga all’art. 1957 c.c. non rientra fra le clausole particolarmente onerose, per le quali l’art. 1341 c.c. richiede la specifica approvazione per iscritto.

Parte appellante deduce pertanto che l’art. 5 non è riconducibile ad alcuna clausola espressamente prevista all’art. 33, comma 2 del Codice del Consumo, né alla previsione generale contenuta nel primo comma del medesimo articolo, secondo la quale devono essere considerate vessatorie le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

In conclusione, quindi parte appellante eccepisce che il tribunale avrebbe dovuto ritenere validamente derogato per volontà delle parti l’art. 1957 c.c., senza compiere alcuna ulteriore indagine comprovante l’avvenuta doppia sottoscrizione della clausola, né in ordine alla applicabilità al caso in esame della disciplina prevista a tutela del consumatore.

3) Violazione del principio di legittimo e incolpevole affidamento e del diritto di difesa ex art. 24 Costituzione, per un imprevedibile radicale sopravvenuto mutamento della giurisprudenza comunitaria e nazionale: parte appellante eccepisce che il riconoscimento dello *status* di consumatore in capo al fideiussore è conseguenza di un imprevedibile e radicale mutamento giurisprudenziale, che ha determinato un’estensione del campo di applicazione della tutela del consumatore a fattispecie che in precedenza ne erano escluse.

In particolare, parte appellante osserva che nel caso di specie la fideiussione è stata stipulata nel 2009 e che al momento dell’introduzione del giudizio, nel 2015, sia il giudice comunitario che quello nazionale ritenevano che in fattispecie analoghe al fideiussore non fosse applicabile la disciplina a tutela del consumatore. Ulteriormente parte appellante deduce che fino allo spirare dei termini ex art. 190 c.p.c., nonostante fossero già intervenute le pronunce della Corte di Giustizia del 19 novembre 2015 causa C-74/15 e del 14 settembre 2016 causa C-534/15, la giurisprudenza nazionale aveva sempre confermato il proprio originario orientamento, mutandolo unicamente con la sentenza n.742 del 16 gennaio 2020.

Parte appellante ritiene dunque l’applicazione retroattiva del nuovo orientamento contraria al principio di legittimo ed incolpevole affidamento delle parti, e, se



applicato a giudizi in corso, lesivo del diritto di difesa.

Infine parte appellante eccepisce che ove tale istanza dovesse essere disattesa, la banca dovrà in ogni caso essere rimessa in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2 c.p.c. con conseguente possibilità di dedurre nuove istanze istruttorie e di produrre documenti, incluso l'atto di intervento da cui si evince il rispetto del termine previsto dall'art. 1957 c.c..

4) Falsa applicazione del principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c.: nella denegata ipotesi in cui si ritenesse applicabile al caso in esame l'art. 1957 c.c., parte appellante osserva che in ogni caso è errata la pronuncia impugnata nella parte in cui il tribunale ha ritenuto che non sia stata raggiunta la prova relativamente al fatto che la banca ha agito nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla risoluzione del contratto di mutuo.

Parte appellante deduce che fin dalla fase monitoria ha dato atto di essere intervenuta nella procedura esecutiva nei confronti di B. P. parte appellata non ha mai contestato tale circostanza, avendo essa criticato unicamente il rispetto del termine di sei mesi non con decorrenza dalla data di risoluzione del rapporto avvenuta nel 2014, ma con decorrenza da quando si erano manifestati i primi insoluti, ovvero dal 2011.

In conclusione, parte appellante eccepisce che non avendo parte appellata contestato la tempestività dell'azione della banca rispetto al termine di sei mesi dalla risoluzione del mutuo, il tribunale avrebbe dovuto astenersi da qualsiasi controllo probatorio dal fatto non contestato, ritenendolo dimostrato.

Infine, parte appellante osserva che *“in ogni caso, avendo l'appellante incolpevolmente riposto il proprio affidamento sul fatto che la circostanza non era in contestazione, sussistono i presupposti perché sia disposta la rimessione di termini e sia autorizzato il deposito del doc. n. 3, da cui risulta che l'intervento nella procedura iscritta al n. 263/2014 di R.G. Es. Imm. del Tribunale di Brescia è stato depositato il 12.09.2014, entro il termine di sei mesi dalla risoluzione dei rapporti con l'obbligo principale, che risale al 16.04.2014”*.

5) Falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c.: parte appellante domanda la riforma della pronuncia impugnata nella parte in cui non ha disposto la compensazione delle spese di lite, nonostante la reciproca soccombenza delle parti e l'intervenuto radicale mutamento della giurisprudenza.

Costituendosi in giudizio E. R. contesta in via preliminare l'ammissibilità delle produzioni documentali effettuate per la prima volta in sede di appello, osservando che non ricorrono i presupposti per la remissione in termini.

Per quanto concerne il primo motivo parte appellata deduce la novità delle eccezioni formulate, e conseguentemente la loro inammissibilità ai sensi dell'art. 345 c.p.c..

Parte appellata osserva in ogni caso che le argomentazioni proposte da parte appellante risultano infondate, essendo basate sull'art. 5 del contratto di fideiussione, disposizione affetta da nullità sotto molteplici profili, anche poiché conforme allo schema ABI del 2003.

Ulteriormente parte appellata osserva che le argomentazioni proposte a sostegno del primo motivo di appello sono infondate, in quanto il tenore letterale dell'art. 1957 c.c. è chiaro nel prevedere che il fideiussore rimane obbligato fino alla scadenza



dell'obbligazione principale, e che la garanzia può protrarsi oltre alla scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il creditore e le abbia diligentemente continuate.

Quest'ultima disposizione, in quanto dispositiva, può essere derogata dalle parti, permanendo in ogni caso la correlazione fra la garanzia e la scadenza dell'obbligazione garantita.

Il fideiussore deduce che nel caso in esame l'obbligazione principale è costituita da un mutuo fondiario, riguardo al quale parte appellante ha dichiarato che non erano state corrisposte, all'aprile 2014, undici rate.

Parte appellata deduce che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che qualora il debito sia ripartito in scadenza periodiche il *dies a quo*, richiesto dall'art. 1957 c.c., va individuato in quello dalla scadenza delle singole prestazioni, e non già dell'intero rapporto.

Ulteriormente parte appellata contesta la novità dell'eccezione relativa alla qualificazione del contratto come autonomo di garanzia.

Con riferimento al secondo motivo parte appellata afferma che l'art. 5 del contratto di fideiussione stabilisce una limitazione alla facoltà di proporre l'eccezione di estinzione del vincolo obbligatorio sulla base dell'ordinaria disciplina codicistica. Ulteriormente parte appellante eccepisce che la banca ha omesso di provare che la clausola in contestazione sia stata oggetto di specifica trattativa individuale.

Per quanto concerne il terzo motivo parte appellata contesta che non è intervenuto un mutamento normativo della disciplina applicabile, ma l'ordinanza n.742/2020 della Corte di Cassazione ha soltanto fatto propria una linea interpretativa, conforme alla giurisprudenza eurounitaria.

Ulteriormente parte appellata eccepisce con riferimento al quarto motivo di appello che la banca non ha offerto nel corso del giudizio la prova di aver entro sei mesi proposto le sue istanze contro il debitore.

Nelle more del giudizio di primo grado la Sig.ra R. [redacted] è stata ammessa alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento con liquidazione del patrimonio; è intervenuto nella presente fase del giudizio anche il Dott. M. [redacted] B. [redacted], in qualità di O.C.C. liquidatore del procedimento, deducendo le medesime eccezioni e contestazioni formulate dalla Sig.ra R. [redacted], tanto che l'appellata originaria e l'intervenuto si sono associati nella medesima comparsa di costituzione a ministero dell'avv. L. [redacted] S. [redacted].

All'udienza del 4 novembre 2020 la Corte ha rigettato la richiesta di sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado e, visto l'art.345 cpc, ha dichiarato inammissibile la produzione con l'atto d'appello dell'atto di intervento della banca appellata nella procedura esecutiva immobiliare n.263/2014 RG tribunale di Brescia, munito del timbro del depositato del 12/09/2014, non ritenendo di ravvisare nella specie gli estremi per l'accoglimento dell'istanza di rimessione in termini ex art.153 cpc, in quanto il documento è di formazione anteriore rispetto allo spirare dei termini di cui all'art.183, 6° comma, cpc, e l'appellante non ha fornito idonea spiegazione su quale fosse la causa dell'omessa produzione di tale documento entro il termine di legge, né del perché detta omissione dovrebbe ritenersi ad essa non imputabile.

All'udienza di precisazione delle conclusioni del 7 dicembre 2022 la causa è stata assegnata a sentenza, con termini massimi di legge per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.



MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo parte appellante contesta la sentenza impugnata nella parte in cui il tribunale ha implicitamente ritenuto applicabile l'art. 1957, comma 1 c.c., interrogandosi soltanto in ordine alle modalità con cui può essere validamente derogato dalle parti nel caso di contratto stipulato da un consumatore.

A sostegno della propria deduzione parte appellante adduce che la non applicabilità dell'art. 1957 c.c. consegue al fatto che, nel caso di specie, il vincolo fideiussorio permane fino all'integrale adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore principale nei confronti della banca, nonché dal fatto che il contratto deve essere qualificato come contratto autonomo di garanzia.

La Corte reputa prioritario l'accertamento in ordine alla configurazione della garanzia come autonoma oppure come fideiussoria.

Si osserva che secondo il principio espresso dalle SS.UU. della Suprema Corte (Cass.3947/2010) *“il contratto autonomo di garanzia (cd Garantievertrag), espressione dell'autonomia negoziale ex art.1322 cod.civ., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale e prestazione dovuta dal garante; inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un “vicario” del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore”*.

Ciò che differenzia le due fattispecie è dunque la causa, che nel caso di fideiussione si sostanzia nella richiesta di adempimento, rivolta al garante anziché all'obbligato principale (con ciò manifestandosi il carattere di accessorietà rispetto all'obbligazione principale), mentre nel caso di garanzia autonoma si realizza nella richiesta di una prestazione diversa, di regola costituita da un indennizzo predeterminato (in buona sostanza una penale non riducibile), svincolato dalla prestazione oggetto del rapporto fondamentale così come dalla stessa commisurazione della natura dell'inadempimento (ritardo, inesattezza, incompletezza) e dalla sua maggiore o minore gravità. Nella logica della pura e semplice traslazione del rischio economico dell'affare.

Tale ricostruzione è avvalorata anche dalla recente giurisprudenza di legittimità, la



quale ha affermato che “*il contratto autonomo di garanzia si caratterizza, rispetto alla fideiussione, per l'assenza dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all'art. 1945 c.c., e dalla conseguente preclusione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché dalla proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento effettuato da quest'ultimo.*” (Cassazione civile sez. II, 17/06/2022, n.19693)

Ciò posto, il contratto oggetto di causa, considerato il suo tenore letterale e l'accessorietà della garanzia all'adempimento delle obbligazioni stipulate con la banca, deve essere qualificato come fideiussione.

Nel caso in esame non è, infatti, dato ravvisare alcuna effettiva distinzione fra la causa dei due rapporti (tale per cui l'oggetto della garanzia, avente finalità di mera copertura del rischio economico, si presenti come del tutto distinto rispetto a quello dell'obbligazione oggetto del rapporto fondamentale), che sola potrebbe giustificare la qualificazione della garanzia contrattualmente assunta come autonoma: la garanzia è al contrario strutturata proprio mediante l'assunzione, da parte del garante, sia pure entro un predeterminato limite quantitativo, delle medesime obbligazioni che verso la banca ha assunto la debitrice principale.

Conclusione quest'ultima non smentita bensì confermata dalla previsione contenuta all'art. 6 del contratto, per la quale <<*nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende estesa altresì a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate*>>: se infatti il finanziamento è ritenuto invalido, compete al finanziatore il credito alla restituzione della somma erogata, non maggiorata degli accessori pattuiti; la previsione contrattuale null'altro stabilisce, quindi, se non che anche in tal caso all'obbligato principale, e cioè il soggetto finanziato, se ne aggiunge un altro, e cioè il garante, con funzione vicariante, propria quindi del rapporto di fideiussione e non della garanzia autonoma.

Preso atto del rapporto di accessorietà sussistente fra il contratto di fideiussione e l'obbligazione principale, la Corte osserva che l'art. 1957 c.c. dispone 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 continuate*”.

Ciò premesso, la Corte reputa priva di fondamento l'affermazione di parte appellante secondo cui, essendo nel caso in esame la fideiussione correlata all'integrale adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore principale, l'azione del creditore nei confronti del fideiussore non sarebbe soggetta ad alcun termine di decadenza: ad assumere rilievo non è la scadenza dell'obbligazione di garanzia, bensì di quella garantita, che nel caso di specie è il mutuo fondiario ex art. 38 TUB, erogato in data 28/12/2010 a P. B. La scadenza di tale mutuo, che costituisce obbligazione principale ai sensi dell'art. 1957 c.c., che ordinariamente si individua in corrispondenza alla data dell'ultimo rateo di ammortamento, essendo intervenuta ad opera della banca la revoca del finanziamento ex art.1819 cc, deve



essere individuata in tale data, ovvero il 16/04/2014. A decorrere dalla quale decorre il termine di decadenza semestrale di cui all'art.1957 c.c. Il primo motivo di gravame non può pertanto trovare accoglimento.

Rilevata la connessione sussistente fra il secondo ed il terzo motivo di appello, si reputa opportuna la trattazione congiunta degli stessi.

Nello specifico con il secondo motivo parte appellante censura la pronuncia di primo grado nella parte in cui ha ritenuto applicabili le disposizioni a tutela del consumatore, cui è conseguito l'accertamento della natura vessatoria della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. (articolo 5 del contratto di fideiussione).

Con l'ulteriore terzo motivo di appello la banca ha eccepito la violazione del principio di legittimo ed incolpevole affidamento e del diritto di difesa ex art. 24 Cost. a causa dell'imprevedibile mutamento giurisprudenziale intervenuto.

In primo luogo la Corte reputa quest'ultima affermazione infondata in quanto nel caso di specie non si ravvisa una situazione di cosiddetto "*prospective overruling*", ovvero non è intervenuto un mutamento giurisprudenziale improvviso ed imprevedibile di una norma processuale, determinante un effetto preclusivo del diritto di azione e di difesa di una parte; al contrario la giurisprudenza di legittimità ha progressivamente aderito all'interpretazione fornita dalla CGUE relativamente alla disciplina sostanziale applicabile in materia.

Ne consegue la conferma del rigetto dell'istanza di rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2, non sussistendo i presupposti richiesti dalla medesima disposizione, come già ritenuto in ordinanza, le cui motivazioni devono intendersi qui integralmente confermate e ritrascritte.

Nel merito si rileva che l'orientamento interpretativo cui ha aderito la sentenza impugnata è stato recentemente confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno chiarito 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, 19 novembre 2015, in causa C-74/15, Tarcau, e 14 settembre 2016, 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*"(Cassazione civile sez. un., 27/02/2023, n.5868).

Dunque, considerato che nel caso in esame la Sig.ra R. [REDACTED] ha stipulato la fideiussione per finalità estranee ad eventuali attività lavorative da essa svolte, la Corte riconosce l'applicabilità della disciplina a tutela del consumatore.

Per quanto concerne l'accertamento della vessatorietà dell'art. 5 del contratto di fideiussione, la Corte osserva che si presumono vessatorie, secondo il disposto di cui al secondo comma dell'art.33 del d.lgs. n.206/2005, tra le altre, <<le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di>> <<t) sancire a carico del consumatore



decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi>>

Tra queste rientra senz'altro la clausola che contempla la rinuncia ad avvalersi della decadenza di cui all'art.1957 c.c..

E' bensì vero che l'art.1957 non è norma cogente: << *La regola dell'art. 1957 cod. civ. può essere derogata e la deroga può essere implicita nell'impegno del fideiussore di garantire comunque, senza limiti di durata, l'adempimento dell'obbligazione principale, impegno che può desumersi, a sua volta, dall'interpretazione complessiva del contratto di garanzia e del contratto principale*>>: Cass. sez. 3, Sentenza n. 9455 del 11/06/2012; anzi è ammessa pure la deroga implicita: << *In tema di fideiussione, la limitazione di responsabilità fissata dall'art. 1957 c.c. può essere implicitamente derogata attraverso l'impegno assunto dal fideiussore di garantire comunque, senza limiti di durata, l'adempimento dell'obbligazione principale, impegno che può desumersi dall'interpretazione complessiva del contratto di garanzia e di quello principale.*>> (Cass. Sez. 1 - , Ordinanza n. 31569 del 03/12/2019). Ed è altrettanto vero che di regola il carattere indisponibile o meno di un diritto consegue alla natura del rapporto cui si riferisce ed alla tipologia degli interessi che esso mira a tutelare (oltre che, ovviamente, al carattere inderogabile della disposizione normativa che lo regola) e che un diritto indisponibile non diventa indisponibile se titolare ne è un consumatore.

Va tuttavia osservato che il carattere disponibile della disposizione normativa prevista a favore di una delle parti del contratto non esclude la vessatorietà della clausola che ne escluda l'applicabilità, ove ciò si risolve nella limitazione della facoltà per la parte di proporre eccezioni (nella specie quella di decadenza ex art.1957 c.c.), secondo il disposto di cui all'art.33 lett. t) Codice del Consumo (d.lgs n.206/2005).

In tal caso la clausola in questione potrà sì risultare idonea a derogare la disciplina dispositiva anche nel caso di rapporto consumeristico ma solo se stipulata con rispetto della disciplina prevista a favore del consumatore.

Com'è noto, in conformità a quanto disposto dall'art. 34, 4° comma, del Codice del Consumo (d.lgs n.206/2005), <<*non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale*>>: ne consegue che, per escludere il carattere vessatorio dell'art. 5 del contratto, quest'ultimo doveva essere stato fatto oggetto di specifica trattativa individuale fra le parti, cosa non avvenuta nel caso di specie.

Pertanto, ritenuta l'applicabilità della disciplina consumeristica, ed accertato, per quanto precede, il carattere vessatorio dell'art. 5 del contratto di fideiussione, ne deriva l'accertamento della relativa nullità e della conseguente applicabilità alla fattispecie del disposto di cui all'art.1957 c.c.; di qui il rigetto anche dei motivi di gravame in discorso.



Con il quarto motivo parte appellante eccepisce la falsa applicazione del principio di non contestazione ex art. 115 c.p.c..

Parte appellante deduce di non aver prodotto il documento, comprovante l'intervento nella procedura esecutiva entro il termine di sei mesi previsto dall'art. 1957 c.c., avendo riposto incolpevolmente il proprio affidamento sul fatto che la circostanza non era oggetto di contestazione, e che il tribunale ha erroneamente ritenuto tale fatto non provato.

Prima di passare all'esame del merito della questione, il collegio rileva che il giudice di prime cure ha - implicitamente ma inequivocabilmente - posto, quale premessa della decisione adottata, la necessità per il creditore, onde evitare la decadenza di cui all'art.1957 c.c., di agire in via giudiziale nei confronti del debitore principale entro i sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione¹. Sul punto non risulta esservi stata contestazione alcuna, ragion per cui la premessa in tal senso va senz'altro confermata.

Nel merito la Corte rileva che parte appellata nell'atto di citazione in opposizione, a pag. 8, ha dedotto che *“poiché la creditrice non ha tempestivamente proposto le sue istanze contro il debitore, è intervenuta la decadenza dalla fideiussione, con ogni conseguenza di legge”*; l'avvenuta proposizione di istanze contro il debitore principale nel termine di cui all'art.1957 c.c. è stata pertanto contestata da parte opponente, la quale ha in tal modo ritualmente sollevato eccezione di decadenza.

Per contrastare la quale la parte opposta ha affermato di esser intervenuta in procedura esecutiva promossa da terzi nei confronti del debitore principale, ed attualmente essa assume doversi ritenere incontrovertibile tale circostanza in ragione dell'assenza di una specifica contestazione a tale riguardo da parte dell'opponente, giusta il disposto di cui all'art.115 cpc.

Tale tesi non può tuttavia trovare accoglimento.

La Corte rileva infatti che non può essere addebitato all'opponente, ed odierna appellata, alcun onere di contestazione specifica circa le attività giudiziali intraprese da parte appellante nel procedimento esecutivo, trattandosi di fatto che non può presumersi alla stessa noto né conoscibile, essendo - fino a prova contraria - il fideiussore soggetto estraneo alla procedura esecutiva intrapresa nei confronti del debitore principale.

Secondo consolidato principio giurisprudenziale *“l'onere di contestazione, la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste soltanto*

¹ In tal senso Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1724 del 29/01/2016: << L'art. 1957 c.c., 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, a pena di decadenza dal suo diritto verso quest'ultimo, 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; pertanto, il termine "istanza" si riferisce ai vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito e dalla loro idoneità a sortire il risultato sperato.>>



quando i fatti controversi siano noti alla parte, con la conseguenza che spetta a chi denunci la violazione del principio di non contestazione allegare che la controparte era a conoscenza della circostanza assunta come controversa, non essendo altrimenti configurabile a carico della predetta un onere di contestazione sulla questione.”(Cassazione civile sez. III, 15/02/2023, n.4681, in senso conforme Cassazione civile sez. lav., 01/02/2021, n.2174).

Ne consegue che nel caso di specie non è possibile pervenire al rigetto dell'eccezione di decadenza ex art.1957 c.c. in virtù del principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c..

Per le medesime considerazioni, oltre che per quelle espresse in ordinanza, la corte conferma il rigetto dell'istanza di rimessione in termini ex art.153 c.p.c., già disposto all'esito dell'udienza del 4 novembre 2020.

Va pertanto respinto anche il motivo di appello in discorso.

Infine, con riferimento alle eccezioni di nullità del contratto di fideiussione, sollevate da parte appellata, per violazione della disciplina *antitrust*, essendo stato il contratto predisposto utilizzando lo schema ABI del 2003, la Corte rileva quanto segue:

-parte appellata, nella propria comparsa conclusionale, ha preso atto del fatto che le Sezioni Unite, con la pronuncia n.41994/2021, hanno chiarito che l'eventuale presenza di clausole ricomprese nello schema ABI del 2003 dichiarato in violazione della disciplina *antitrust*, comporta unicamente la nullità parziale delle singole clausole e non la nullità totale dell'intero contratto di fideiussione;

-l'accertamento della nullità dell'art. 5 del contratto di fideiussione per violazione della disciplina a tutela del consumatore, conseguendone l'applicabilità alla fattispecie del disposto di cui all'art.1957 c.c., comporta l'assorbimento dell'eccezione di nullità parziale del contratto di fideiussione per violazione della disciplina a tutela della concorrenza;

-parte appellata eccepisce che anche gli articoli 2 e 6 del contratto di fideiussione² sono sovrapponibili alle disposizioni contenute nello schema ABI del 2003, conseguendone quindi la nullità; l'esame di tale questione, peraltro inconferente, in assenza di prova circa la relativa applicazione, è da ritenersi assorbita in ragione della ritenuta estinzione per decadenza ex art.1957 c.c. dell'obbligazione fideiussoria.

Spese

Con il quinto motivo parte appellante deduce la mancata applicazione dell'art. 92 c.p.c., poiché la reciproca soccombenza delle parti nel precedente grado di giudizio e

² l'art. 2 prevede che “*il fideiussore s'impegna altresì a rimborsare alla Banca le somme che alla 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*”; l'art. 6 prevede che “*nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano state dichiarate invalide, la fideiussione si intende fin d'ora estese a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate*”.



il mutamento giurisprudenziale intervenuto avrebbero dovuto determinare la compensazione delle spese di lite.

Il motivo è parzialmente fondato. E' infatti vero che la banca appellante è risultata vittoriosa nella procedura di verifica, così che deve ravvisarsi la reciproca soccombenza. Ma è altrettanto vero che la pretesa creditoria da essa avanzata nei confronti dell'opponente, ed odierna appellata, Rampini Elena, è risultata infondata.

Stante la reciproca soccombenza delle parti nel giudizio di primo grado, e la ritenuta insussistenza di qualsiasi credito dell'appellante in forza dei titoli monitoriamente azionati nei confronti dell'appellata, ed altresì tenuto conto dell'intervenuto mutamento giurisprudenziale nelle more del giudizio, la Corte dispone, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., la compensazione parziale delle spese di lite di ambo i gradi del giudizio nella misura del 50%, con condanna dell'appellante – di cui si è accertata la prevalente soccombenza - alla rifusione in favore dell'appellata della restante metà delle spese stesse, che si liquidano per l'intero quanto al primo grado come da sentenza appellata, e per il presente grado di giudizio come da dispositivo, in conformità ai criteri di cui al DM 55/2014, come modificati dal DM n.147/2022, scaglione compreso tra €.52.001,00 a €.260.000,00.

Rilevato che Re [redacted] E [redacted] e B [redacted] tt. M [redacted] liquidatore nel procedimento ex art.14 ter legge n.3/2012, 50/2016 RG, nel presente grado di giudizio sono difese dal medesimo avvocato L [redacted] S [redacted] ed hanno depositato i medesimi atti difensivi, la Corte non ritiene poter liquidare le spese di lite autonomamente, risultandone un'ingiustificata duplicazione, ed invece ne effettua la liquidazione unitaria con maggiorazione del 20% sull'unico compenso riconosciuto, ai sensi dell'art. 4, comma 2 DM 55/2014.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Brescia – Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando:

-rigetta l'appello proposto da B [redacted] V [redacted] S.C.P.A. avverso la sentenza del Tribunale di Brescia, Sez. I, pubblicata in data 16 marzo 2020, che conferma integralmente.

-dichiara compensate per metà le spese di entrambi i gradi del giudizio; condanna la parte appellante alla rifusione in favore di quella appellata della restante metà delle spese stesse, che si liquidano, per l'intero, per il primo grado come da sentenza e per il presente grado in euro 13.787,58, di cui euro 2.997,00 per la fase di studio, euro 1.911,00 per la fase introduttiva, euro 5.103,00 per la fase decisionale, €1.998,20 quale aumento ai sensi dell'art. 4, comma 2 D.M. 55/2014, oltre rimborso forfettario spese generali (15% su compenso totale) ed oltre accessori di legge pari a €1.798,38, da ciò detratto quanto eventualmente già percepito in esecuzione della sentenza di primo grado.



Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del 19 aprile 2023.

Il presidente estensore
Giuseppe Magnoli

