

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO
di SANTA MARIA CAPUA VETERE
Terza Sezione Civile**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Elisabetta Bernardel ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. xxxx promossa da:

FIDEIUSSORE con il patrocinio dell'avv. OMISSIS, elettivamente domiciliato in OMISSIS, presso il difensore avv. OMISSIS

ATTORE

Contro

BANCA S.P.A. (C.F.), con il patrocinio dell'avv. OMISSIS elettivamente domiciliato in OMISSIS presso il difensore

CONVENUTO

CONCLUSIONI

All'udienza del 5.12.2023 le parti concludevano come da verbale ed il Giudice tratteneva la causa in decisione con i termini di cui all'art. 190 c.p.c.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 17.10.2019, il **FIDEIUSSORE** conveniva in giudizio **BANCA SPA** per sentire accogliere le seguenti conclusioni "1) accertare e dichiarare, in relazione alla posizione dell'attore e con riferimento al contratto di mutuo fondiario per Notar = (repertorio raccolta, sottoscritto in Caserta il 13.7.2011, la nullità della garanzia fideiussoria di cui all'art. 5 del detto contratto e che nulla deve perciò lo scrivente alla Banca s.p.a. quale ipotetico fideiussore; 2) in via alternativa e/o subordinata accertare e dichiarare la nullità dell'art. ibis del capitolato costituente l'allegato 'C' del mutuo (contenente "Condizioni Generali Disciplinanti Le Fideiussioni"), ovvero ancora accertare e dichiarare la nullità della clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. contenuta nell'ars. 3 bis, 2° capoverso, sesto trattino, del cennato capitolato di mutuo con conseguente liberazione, per le motivazioni di cui al corpo del presente atto, del fideiussore sig. ai sensi dell'art. 1957 e.e. 3) condannare controparte al pagamento delle competenze professionali di lite, ivi comprese le spese generali ex art. 19 L.P. con attribuzione al procuratore anticipatario."

A sostegno della domanda deduceva che la BANCA SPA con contratto di mutuo fondiario per Notar repertorio -raccolta sottoscritto in Caserta il 13.7.2011 "si obbligava a concedere alla società S.r.L. la somma di € 2.500.000,00 (di cui € 500.000,00 erogati contestualmente al perfezionamento del mutuo, laddove la restante parte sarebbe stata erogata alla parte mutuataria) ". Precisava, quindi, di essersi costituito fideiussore nel detto contratto, ex articolo 5 (rubricato "garanzia fideiussoria") pro-quota nei confronti della Banca per l'adempimento di qualsiasi obbligazione della parte mutuataria o di chi dovesse subentrare nel suo rapporto con l'istituto di credito fino alla concorrenza dell'importo ivi indicato (il tutto per un totale di cinquemilioni di euro). Affermava che tale garanzia fideiussoria era in contrasto con l'articolo 2 comma 2, lettera a) L.287/1990 per violazione della normativa antitrust e della libertà di concorrenza poiché "regolata dall'articolo 3 bis di cui al richiamato capitolato allegato al presente atto", rubricato, appunto, "Condizioni Generali Disciplinanti Le Fideiussioni") che seguiva lo schema contrattuale dell'ABI per le fideiussioni a garanzia delle operazioni bancarie trasmesso alla Banca d'Italia l'11.7.2003 e che conteneva, tra l'altro : la clausola di revivescenza (cfr. art.3 bis del capitolato, 2° capoverso, secondo trattino, secondo cui: "Il fideiussore s' impegna altresì a rimborsare alla Banca le somme che dalla Banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo"); la clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. (cfr. art.3 bis del capitolato, 2° capoverso, sesto trattino, secondo cui: "I diritti derivanti alla Banca dalla

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

Registro affari amministrativi numero 8231/11

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

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

fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobligato o garante entro i termini previsti dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato") e la clausola di sopravvivenza (cfr. art.3 bis del capitolato, 2° capoverso, settimo trattino, ultima alinea, secondo cui: "...Nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione s'intende fin d'ora estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate, in deroga all'art.1939 cod. civ.").

Con comparsa di risposta depositata il 13.07.2020 si costituiva la BANCA SPA chiedendo il rigetto delle domande avverse; in particolare, in via preliminare, eccepiva l'improcedibilità della domanda per omesso esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione nonché il difetto di competenza per materia del Tribunale adito in favore del Tribunale delle Imprese. Nel merito contestava la fondatezza in fatto e in diritto dell'avversa domanda, evidenziando che, nel caso di specie la garanzia rilasciata dall'attore non fosse qualificabile come 'fideiussione omnibus', piuttosto come contratto autonomo di garanzia o "fideiussione specifica" e non rientrando, pertanto, nell'ambito della disamina "anticoncorrenziale" della Banca d'Italia. Affermava inoltre la validità della clausola derogatoria alla disciplina di cui all'art. 1957 c.c. Con vittoria di spese.

Concessi i termini di cui all'art. 183, co. 6 c.p.c., la causa, medio tempore assegnata a questo Giudice (a far data dal 2.4.2021), veniva rinviata all'udienza del 05.12.2023 per la precisazione delle conclusioni.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente deve ritenersi tardiva l'eccezione di incompetenza funzionale sollevata dalla Banca convenuta, in quanto non rilevata dal Giudice alla prima udienza, tenutasi il 24.11.2020.

Occorre infatti rammentare che a mente dell'art. 167 secondo comma c.p.c., nella comparsa di costituzione, da depositarsi almeno venti giorni prima dell'udienza, il convenuto a pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Se è omesso o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine perentorio per integrarla.

Ebbene, per quanto attiene al caso di specie, sebbene l'udienza fosse fissata in citazione per il 13.7.2020, differita alla prima utile al 14.7.2020, la comparsa di costituzione del convenuto, contenente anche detta eccezione, risulta depositata solo il 13.7.2020, dunque ben oltre il termine di decadenza.

Né può ritenersi differito il termine per la costituzione in ragione del provvedimento emesso in data 10.7.2020, con cui il precedente Giudice istruttore ha rinviato ad altra udienza (24.11.2020).

Occorre infatti sottolineare che il termine di venti giorni va computato a ritroso dalla data in cui il convenuto è citato a comparire nell'atto introduttivo, salvo il caso di decreto emesso ai sensi dell'art. 168 bis, comma 5, cpc. Non può attribuirsi valore di decreto ex art. 168 bis c.p.c. al rinvio d'ufficio dell'udienza per mere esigenze di ruolo, peraltro intervenuto oltre la scadenza del termine per la costituzione del convenuto ex art. 166 c.p.c. (in un caso analogo v. Trib. Cosenza n. 339/2022).

Nel regime della rilevazione della questione di competenza di cui all'articolo 38 del codice di procedura civile, nel testo sostituito dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, ove il convenuto abbia tardivamente sollevato un'eccezione di incompetenza per materia, per valore o per territorio inderogabile (all'udienza di cui all'articolo 183 del codice di procedura civile, anziché nella comparsa di risposta, nel rispetto del termine di cui all'articolo 166 del codice di procedura civile), il potere di rilevazione officioso della stessa eccezione o di una diversa eccezione di incompetenza per materia, per valore o per territorio inderogabile deve essere esercitato necessariamente ed espressamente dal giudice nella detta udienza, restando, in mancanza, la competenza radicata avanti al giudice adito (Cass. Civ. n. 25381/2023).

Per quanto attiene al caso di specie l'incompetenza funzionale in favore del Tribunale di Napoli Sezione Specializzata in materia di Imprese non è stata oggetto di rilievo officioso entro la prima udienza di trattazione, ai sensi dell'art. 38 primo comma c.p.c., tenutasi in data 24.11.2020, di guisa che è diventata insindacabile e irretrattabile la competenza del giudice adito.

Passando al merito, la domanda attorea è parzialmente fondata e va accolta per quanto di ragione.

In ordine, infatti, alla qualificazione del contratto, si ritiene che abbia natura fideiussoria specifica, non già omnibus.

Occorre rammentare che il contratto autonomo di garanzia è un contratto atipico che ha la funzione di sollevare il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale e che si distingue dalla fideiussione sia in relazione all'oggetto, sia in relazione allo scopo perseguito. In relazione all'oggetto, "l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto

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

Registro affari amministrativi numero 8231/11

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

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

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". La causa in concreto invece "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" (Cass., sez. un., 18 febbraio 2010 n. 3947).

Nella pratica è ricorrente la difficoltà di discernere tra fideiussioni e contratti autonomi di garanzia, a causa della frequente inserzione tra le condizioni generali di contratto di clausole dal contenuto atipico, come quella che attribuisce alla banca la facoltà di esigere il pagamento "a prima richiesta" e che può essere rivenuta tanto in un contratto autonomo, quanto in una fideiussione.

Quest'ultima infatti è notoriamente caratterizzata dalla accessorietà della garanzia e quindi dalla possibilità per il garante di opporre al creditore le stesse eccezioni che sono in facoltà del debitore principale, per paralizzare la pretesa creditoria, per cui la clausola avrebbe la funzione di differire soltanto la proponibilità delle eccezioni, ma non di inibirle del tutto (cd. clausola solve et repete). Diversamente, nel contratto autonomo, il rapporto di garanzia si astraie dal rapporto garantito, in modo da assicurare al creditore un pronto soddisfacimento con immediata disponibilità dell'indennizzo e da inibire la proponibilità di eccezioni relative al rapporto garantito (Trib. Napoli Nord n. 3553/2022).

Le uniche eccezioni opponibili dal garante autonomo sono state individuate nella nullità del rapporto di provvista per contrarietà a norme imperative, nella inesistenza del rapporto garantito, nella nullità del contratto di garanzia stesso e nella c.d. "exceptio doli generalis", per il caso di escussione fraudolenta della garanzia da parte del creditore (Tribunale Salerno, 05/03/2020, n.893).

Detto principio è stato confermato (cfr. Cass. civ., sez. I, n. 1186/2020) come di seguito: "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 altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore 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."

"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" (cfr. Cassazione civile, sez. III, n. 30181/2018).

In applicazione dei suddetti principi, si rileva che, nel caso di specie, il contratto stipulato tra Banca e _ prevede, in tutte le sue clausole, il richiamo al tipo "fideiussione", per procedere alle deroghe alla relativa disciplina, sottoscritte espressamente.

Non viene, invece, prevista la clausola di pagamento "senza eccezioni." salvo per quanto attiene al momento della richiesta da parte della Banca, sicché non può operare il principio giurisprudenziale già sopra richiamato secondo il quale l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale. Deve allora, ai fini della qualificazione della fattispecie, procedersi ad un'interpretazione del contratto (ai sensi dell'art. 1362 c.c.) in cui si colga la reale intenzione delle parti e si verifichi se, attraverso l'uso del nomen juris ma anche delle varie clausole apposte, la prima richiesta rilevi in termini processuali — a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione principale, di cui costituisce accessorio — ovvero se rimuove ogni tipo di vincolo con suddetta obbligazione.

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

Registro affari amministrativi numero 8231/11

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

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

Infine, argomento a conforto della natura fideiussoria è che il negozio di garanzia contiene proprio quelle clausole, esaminate nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 41994/2021 (art. 2, art. 6, ed art. 8) che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI: art. 2 - clausola di reviviscenza della fideiussione ("il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo"); art. 6 - clausola di deroga all'art. 1957 c.c. ("i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato"); art. 8 - clausola di permanenza del vincolo fideiussorio, in ipotesi di vicende estintive e di nullità dell'obbligazione principale ("qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate").

Per tutti i motivi esposti il negozio de quo, che contiene siffatte disposizioni agli artt. 2, 6 ed 8, è da qualificare come fideiussione, ancorché specifica e non omnibus, in quanto riferita al solo contratto di mutuo e non già a tutte le obbligazioni intercorrenti tra la società e Banca.

Deve dunque rigettarsi la domanda principale volta alla declaratoria di nullità del contratto di fideiussione per riproduzione delle clausole abusive dello schema ABI, non potendo qualificarsi come fideiussione omnibus.

Ciò posto, deve però accogliersi la domanda subordinata proposta dalla parte attrice.

Deve infatti affermarsi la nullità parziale del contratto di fideiussione in oggetto, ex art. 1419 c.c., in ragione della nullità della clausola derogatoria alla disciplina di cui all'art. 1957 c.c., in quanto vessatoria ai sensi dell'art. 33 Cod. Cons., dovendo qualificarsi, il , consumatore.

Per quanto attiene alla qualifica di consumatore occorre sottolineare 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 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). (Nella specie, la S.C. ha affermato la giurisdizione italiana nella causa riguardante un libero professionista che aveva garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, al medesimo riconducibile sulla scorta di plurimi elementi indiziari, e ha statuito che spetta al giudice di merito stabilire se la prestazione della garanzia rientri nell'attività professionale del garante o se vi siano collegamenti funzionali che lo leghino alla garantita o se abbia agito per scopi di natura privata e che non si può necessariamente considerare il fideiussore alla stregua di un "professionista di riflesso", rimanendo altrimenti frustrate le finalità della disciplina consumeristica) (Cass. Civ. n. 5868/2023).

In ordine poi alla illegittimità di siffatta deroga, secondo il recente approdo della giurisprudenza di legittimità è vessatoria, ai sensi dell'art. 1469-bis c.c. (applicabile ratione temporis), la clausola del contratto di fideiussione che deroghi all'art. 1957, comma 1, c.c., in senso favorevole al creditore, dispensandolo dal rispetto del termine di sei mesi ivi previsto per far valere le proprie ragioni contro il debitore principale inadempiente (Cass. Civ. n. 27558/2023).

Ebbene per quanto attiene al caso di specie, a sostegno della qualifica di consumatore del , parte attrice ha depositato la visura storica della società garantita, s.r.l. , da cui emerge che il non abbia rivestito né la carica di amministratore, né quella di socio.

Ciò detto, qualificata la garanzia come fideiussoria ed il consumatore, deve dunque ritenersi che la clausola di cui all'art. 3 bis delle condizioni generali di fideiussione, concernente la deroga all'art. 1957 c.c. sia nulla.

Ebbene, considerato che l'atto di citazione contenente la domanda di accertamento dell'intervenuta decadenza è stato notificato il 17.10.2019, e dalla documentazione prodotta dall'attore può affermarsi che l'obbligazione principale fosse scaduta in data 16.3.2019, coincidente con la dichiarazione di decadenza dal beneficio del termine e richiesta di restituzione dell'intero anuontare erogato a titolo di mutuo ed interessi dalla Banca, in applicazione dell'alt. 1957 c.c., a mente del quale "Il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi

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

Registro affari amministrativi numero 8231/11

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

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

abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate." la fideiussione deve essere dichiarata inefficace, non avendo la Banca promosso le sue istanze contro il debitore, ove per "istanze" debbano intendersi "atti di natura giudiziale" (cfr. Cass. Civ. n. 25197/2023).

In conclusione, in parziale accoglimento della domanda di parte attrice, la BANCA va dichiarata decaduta dalla possibilità di escutere la garanzia prestata da con atto per Notaio del 13.7.2011, rep. racc. registrato a Santa Maria Capua Vetere, il 14.7.2011 al n.

Le spese seguono la soccombenza e vanno poste a carico di parte convenuta, nella misura liquidata in dispositivo, tenuto conto dei parametri medi previsti per lo scaglione indeterminabile di scarsa complessità dal DM 55/2018, aggiornato al D.M. 147/2022.

P.Q.M.

Il Tribunale di S. Maria C.V., in persona del Giudice Unico, dr.ssa Elisabetta Bernardel, definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

1. in parziale accoglimento della domanda presentata da dichiara Banca s.p.a. decaduta dalla possibilità di escutere la garanzia prestata da con atto per Notaio , del 13.7.2011, rep. : racc registrato a Santa Maria Capua Vetere, il 14.7.2011 al:

2. Condanna Banca s.p.a. alla refusione delle spese di lite, in favore di **FIDEIUSSORE**, che si liquidano in € 7.616,00 per onorari, 545,00 per esborsi, oltre spese generali ed accessori di legge, da distarsi a favore del difensore dichiaratosi anticipatorio.

Santa Maria Capua Vetere, lì 13 giugno 2024

Il Giudice
dott. Elisabetta Bernardel

EX PARTE