

N. R.G. 13033/2018



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

Il tribunale, nella persona del giudice dott. Gianluigi Canali
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I grado iscritta al n. r.g. 13033/2018 promossa da:

BANCA [REDACTED], C.F. [REDACTED] in persona del Presidente del Consiglio
d'amministrazione e legale rappresentante *pro tempore* [REDACTED], rappresentata e difesa,
anche disgiuntamente, dagli [REDACTED] entrambi del foro di Brescia ed
elettivamente domiciliata presso il loro studio in [REDACTED] giusta procura
alle liti allegata

ATTORE

contro

[REDACTED], nato a [REDACTED], e ivi
residente in [REDACTED] e [REDACTED] nata a [REDACTED],
[REDACTED], residente in [REDACTED] via [REDACTED], rappresentati e difesi
dall'avvocato Angelo Riva, con studio in Rovato, Corso Bonomelli n. 107, giusta procura allegata in
modalità telematica *ex art. 83, III comma, c.p.c.*, in calce alla comparsa di costituzione e risposta, con
domicilio digitale *ex art. 16 sexies d.lgs. 179/2012* presso la casella PEC
angelo.riva@brescia.pecavvocati.it

CONVENUTA

i quali hanno concluso come da verbale d'udienza del 8.1.2020.



FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 5.9.2018 la Banca [redacted] conveniva in giudizio [redacted] esponendo: che in data 1.8.2018 veniva emesso dal Tribunale di Brescia il decreto ingiuntivo n. 4021/2018 (R.G. 10284/2018), con il quale era ingiunto a [redacted] e [redacted] in qualità di garanti della società F.Ili [redacted] oggi fallita con la denominazione [redacted], di pagare in via solidale e senza dilazione alla Banca [redacted] di [redacted] la somma di € 373.441,84, oltre interessi al tasso del 4% semplice in ragione d'anno da calcolarsi dal 21.12.2017 al saldo, oltre le spese liquidate di € 4.185,00 per compenso e di € 634,00 per esborsi; che in forza di tale titolo erano iscritte ipoteche giudiziali presso la conservatoria dei RR-II di [redacted] in data 10.8.2018 ai nn. P. [redacted] sul bene immobile di proprietà di [redacted], sito nel comune di [redacted], via [redacted], [redacted] che i convenuti non adempievano alla predetta obbligazione; che costituivano con atto a rogito N. [redacted], trascritto in data [redacted], un fondo patrimoniale ex artt. 167 e ss. c.c., destinandovi la piena proprietà del suddetto immobile; che sussistevano, quindi, i presupposti per chiedere e ottenere la revoca ex art. 2901 c.c. dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale; che sussisteva, innanzitutto, il credito vantato dalla Banca [redacted] nei confronti dei convenuti; che, invero, la banca stipulava con la società [redacted] un contratto di finanziamento fondiario ex art. 38 ss. D.lgs. 385/1993 di € 240.000,00, da rimborsarsi mediante pagamento di n. 1 rata di soli interessi con scadenza il 30.9.2010 e n. 240 rate mensili posticipate calcolate dal 31.10.2010 e fino al 30.9.2030; che la società debitrice non onorava le rate pattuite; che il 26.6.2014 la banca [redacted] e la società [redacted], rappresentata dal Presidente del consiglio di amministrazione, [redacted], e dai consiglieri G. [redacted] ed E. [redacted], sottoscrivevano un atto di assenso ad iscrizione di ipoteca volontaria a garanzia della rinegoziazione del debito allora in essere ed pari a € [redacted], pattuendo un rientro da effettuarsi mediante pagamento di n. 48 rate mensili di € 2.787,00 cadauna a partire dal 1.7.2014 e sino al 1.6.2018, successivamente rinegoziato con scritture del 27.10.2014 e 15.3.2016; che il perdurare delle condizioni di morosità costringeva la banca [redacted] con lettera del 2.10.2017 a revocare l'affidamento in c/c, nonché il mutuo fondiario, intimando il pagamento del dovuto; che la banca [redacted] chiudeva la posizione addebitando a conto sofferenza anche l'importo di € 135.393,87 per esposizione in c/c n. 24668; che in data 8.4.2005 [redacted] e [redacted] rilasciavano in favore della società E. [redacted] s.r.l. una fideiussione *omnibus* per

l'importo di € 360.000,00, successivamente aumentata a € 410.000,00; che la società [REDACTED] mutava la sua denominazione in [REDACTED] e in data [REDACTED] veniva dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Brescia; che considerata l'insolvenza della società debitrice e rilevata la trascrizione del fondo patrimoniale ad opera dei garanti, a mezzo del quale gli stessi distoglievano l'immobile in cui risiedevano dalla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c., la banca [REDACTED] chiedeva e otteneva il decreto ingiuntivo n. [REDACTED] con il quale il Tribunale di Brescia ingiungeva ai medesimi di pagare in via solidale alla banca la somma di € 373.441,84; che, dunque, era provata l'esistenza del credito di [REDACTED], che sussisteva l'*eventus damni*, atteso che i convenuti costituivano in fondo patrimoniale la piena proprietà dell'unico bene immobile di cui risultava proprietario [REDACTED]; che il fondo patrimoniale impugnato, stipulato il 22.7.2008, era trascritto ed annotato nell'atto di matrimonio soltanto alla fine del mese di settembre 2013, allorquando la società debitrice garantita dai convenuti non era più in grado di far fronte al pagamento del mutuo (ed infatti aveva cessato il pagamento delle rate a partire dall'aprile 2013) ed aveva un conto corrente immobilizzato e con forte saldo passivo (pari a € 124.723,65), per il complessivo ammontare di € 343.276,93; che, dunque, era anche provata la consapevolezza del pregiudizio che l'atto impugnato arrecava alle ragioni creditorie della banca.

Per tutte queste ragioni chiedeva, in via principale e di merito, di dichiarare inopponibile e/o inefficace ex art. 2901 c.c. nei confronti dell'attrice [REDACTED] l'atto di costituzione del fondo patrimoniale stipulato il [REDACTED] rogito [REDACTED], Rep. [REDACTED] - Racc. [REDACTED], trascritto in data [REDACTED] RG [REDACTED] presso l'Agenzia delle Entrate - Ufficio Provinciale di Brescia - Servizio di Pubblicità Immobiliare di Salò, sul bene immobile in piena proprietà di [REDACTED], sito nel Comune di [REDACTED] (BS), [REDACTED] e così censito: *Geotesto Edilizia*, [REDACTED], [REDACTED] con ordine al competente Conservatore dei RR.II. di Brescia, con esonero di sua responsabilità, di trascrivere e/o annotare l'*emananda* sentenza come per legge. Con vittoria di spese di lite.

Con comparsa di costituzione e risposta del 3.12.2018 si costituivano [REDACTED] e [REDACTED] chiedendo il rigetto delle domande proposte nei loro confronti da parte attrice perché infondate in fatto e in diritto.

Più precisamente, esponevano: che la fideiussione invocata dalla banca [REDACTED] era nulla per contrarietà all'art. 2, comma 3, della legge n. 287/90; che, in conseguenza, doveva essere dichiarato il difetto di legittimazione passiva dei convenuti, non assumendo gli stessi la veste di garanti della società



già [REDACTED], che non vi erano in ogni caso i presupposti per l'esercizio dell'azione revocatoria; che, infatti, il fondo patrimoniale era stato costituito prima della sua trascrizione nei pubblici registri immobiliari; che il debito per cui si procedeva era stato contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia dei coniugi [REDACTED] in quanto sia l'importo preteso a titolo di residuo saldo sul mutuo contratto in data 30.9.2010 e sia l'importo relativo all'apertura di credito in conto corrente erano entrambi crediti che attenevano all'attività di impresa esercitata sotto forma di società di capitali dalla [REDACTED], che la costituzione del fondo patrimoniale non era stata compiuta con scopo fraudolento in quanto era avvenuta prima che sorgesse il credito della banca; che, infatti, il fondo patrimoniale era stato costituito in data 22.7.2008 mentre il mutuo per il quale la banca procedeva per la maggior parte del credito era stato stipulato il 30.9.2010 e cioè oltre due anni dopo dalla costituzione del fondo patrimoniale; così anche l'esposizione derivante dall'utilizzo di apertura di credito sul conto corrente n. [REDACTED] intestato alla [REDACTED], risultava successiva alla costituzione del fondo patrimoniale; che, infine, il credito vantato dalla banca nei confronti della società [REDACTED] e portato dal decreto ingiuntivo n. [REDACTED] era stato ritualmente contestato ed opposto.

Per tutte queste ragioni, concludeva chiedendo di accertare la nullità della fideiussione sottoscritta dai convenuti e, per l'effetto, dichiarare i convenuti carenti di legittimazione passiva e respingere la domanda anche secondo diversa e migliore qualificazione giuridica; di rigettarsi in ogni caso tutte le domande attoree in quanto infondate, in fatto ed in diritto. Con vittoria di spese di lite.

In sede di seconda memoria *ex art. 183, VI comma, c.p.c.* i convenuti rilevavano che la nullità della clausola n. 6) del contratto di fideiussione determinava la decadenza della banca creditrice dalla possibilità di rivolgere le proprie istanze nei confronti dei fideiussori.

In sede di seconda memoria *ex art. 183, VI comma, c.p.c.*, la banca [REDACTED] eccepiva la tardività dell'eccezione di decadenza dal termine di cui all'art. 1957, I primo, c.c., nonché l'inammissibilità della modifica della domanda operata da parte convenuta.

La causa veniva istruita solo documentalmente.

Il Giudice, ritenuta la causa matura per la decisione, fissava per precisazione delle conclusioni l'udienza dell'8 gennaio 2020.

All'esito della predetta udienza di precisazione delle conclusioni, il Giudice tratteneva la causa in decisione, assegnando alle parti i termini di cui all'art. 190 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE



1. Sulla nullità parziale del contratto di fideiussione

La domanda revocatoria è infondata e, pertanto, va rigettata.

I convenuti eccepiscono la nullità delle seguenti clausole del contratto di fideiussione in essere con banca **V** per violazione della normativa antitrust (cfr. doc. n. 10 del fascicolo monitorio prodotto da parte attrice):

- art. 2 che prevede che *«Il Fideiussore s'impegna altresì a rimborsare all'azienda di credito le somme che dall'Azienda 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 che prevede che *«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 limiti previsti dall'art. 1957 cod. civ., che si intende derogato»;*
- art. 8 che prevede che *«Nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite sino dichiarate invalide la fideiussione si intende fin d'ora estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate»;*

Nella prospettazione difensiva dei convenuti la nullità di tali clausole si riverserebbe interamente sul contratto di fideiussione, che sarebbe così viziato da nullità assoluta ovvero, in subordine, da nullità parziale, con conseguente sostituzione delle clausola nulle con la normativa codicistica.

L'eccezione è fondata e va accolta nei termini che seguono.

Preliminarmente appare opportuno osservare come la difesa articolata dai convenuti muova dal presupposto della nullità della garanzia o di clausole della stessa al fine di ottenere il rigetto della domanda revocatoria avanzata nei loro confronti. Ciò comporta, pertanto, che la eccepita nullità rimanga relegata a un accertamento di carattere incidentale, senza che a ciò si ricollegli una declaratoria conseguente, suscettibile di accertamento con efficacia di giudicato.

Tanto premesso, esaminiamo ora le ragioni che portano a ritenere fondata l'eccezione di nullità del contratto di fideiussione in esame.

La questione trae origine dal provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 emesso dalla Banca d'Italia in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi ai sensi degli artt. 14 e 20 L. n. 287 del 1990, vigenti fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la l. n. 262 del 2005, a far tempo dal 12 gennaio 2016, avente ad oggetto il denunziato contrasto tra lo schema contrattuale di fideiussione



omnibus predisposto dall'A.B.I. e l'articolo 2 della l. n. 287 del 1990 ("Legge Antitrust"), in virtù della quale «1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari; 2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, (...); 3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».

La Banca d'Italia nella sua qualità *pro tempore* di autorità di vigilanza sulla concorrenza e sul mercato finanziario (oggi deferita all'AGCM) ha espresso un parere negativo (con riferimento agli artt. 2, 6 e 8) in relazione allo schema contrattuale uniforme predisposto dall'associazione bancaria italiana A.B.I. e da alcune associazioni di consumatori avente ad oggetto uno schema di fideiussione *omnibus* a garanzia delle operazioni bancarie. Lo schema standard era costituito da 13 articoli che contemplavano variamente gli obblighi del fideiussore (2, 3, 4, 6, 7, 8, 10), gli obblighi della banca (art. 5) e particolari disposizioni per i fideiussori che rivestivano la qualifica di consumatori.

I dubbi della BDI si appuntavano, in particolare, sulle clausole di reviviscenza della fideiussione (art. 2" 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") ovvero sulla permanenza del vincolo fideiussorio in ipotesi di vicende estintive e di nullità dell'obbligazione principale (art. 8 "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate), ovvero sulle deroghe all'art. 1957 c.c. (art. 6: "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").

In proposito la Banca d'Italia, dopo avere riconosciuto come tali clausole fossero già stabilmente inserite negli schemi delle fideiussioni *omnibus* ordinariamente predisposte dagli istituti di credito, ha affermato come le stesse fossero il frutto di un accordo lesivo della concorrenza, accordo consacrato nel modello di fideiussione predisposto dall'A.B.I. e sottoposto al suo vaglio preventivo.

In particolare la Banca d'Italia ha evidenziato come «secondo l'Autorità, l'istruttoria ha consentito di rilevare come il contenuto dello schema sia sostanzialmente riprodotto nei contratti delle banche



interpellate; l'ampia diffusione delle clausole oggetto di verifica non può essere ascritta a un fenomeno "spontaneo" del mercato, ma piuttosto agli effetti di un'intesa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica» e, ancora, che «la previsione di talune clausole implicanti oneri aggiuntivi a carico del fideiussore risulta coerente con l'esigenza, presente nell'ordinamento giuridico, di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta dalle banche. Tale esigenza viene soddisfatta, nello schema contrattuale predisposto dall'A.B.I., dalla clausola che dispone il pagamento del fideiussore "a prima richiesta" della banca. Le altre clausole oggetto di approfondimento istruttorio non sono risultate altrettanto necessarie alla funzione della garanzia bancaria; in tal senso, la loro diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela».

In particolare, «con riferimento alla deroga all'articolo 1957 cod. civ. configurata dall'articolo 6 dello schema A.B.I., occorre rilevare che essa ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Tale clausola, pertanto, appare suscettibile di arrecare un significativo vantaggio non tanto al debitore in difficoltà – come ritiene l'A.B.I. – quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello della prescrizione dei suoi diritti verso il garantito) per far valere la garanzia fideiussoria. Ne potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze e conseguentemente sbilanciata la posizione della banca stessa a svantaggio del garante».

Per quanto concerne, invece, le clausole che dispongono la reviviscenza della garanzia dopo l'estinzione del debito principale (artt. 2 e 8 dello schema) essa impegnano il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell'estinzione della garanzia a seguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato di tutelare le proprie ragioni di regresso nei confronti di quest'ultimo (cfr. art. 1953 cod. civ.). «Da ciò derivano conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l'obbligo di restituzione della banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso».

Sulla base di tali considerazioni la Banca d'Italia ha osservato che «Gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'A.B.I. per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie



(fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90».

Preso atto, quindi, della censura operata dalla Banca d'Italia nei termini e per le motivazioni sopra riassunte, va ulteriormente ricordato come la Corte di Cassazione già nel 1999 (Cass. 827/1999), poi richiamata più recentemente nel 2017 (Cass. 29810/2017), abbia osservato come l'art. 2 della legge n. 287 del 1990 (cosiddetta legge "antitrust"), allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le "intese" fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non abbia inteso riferirsi solo alle "intese" in quanto contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare "voluti". Il legislatore, infatti, con la suddetta disposizione normativa ha inteso – in realtà ed in senso più ampio – proibire il fatto stesso della distorsione della concorrenza, che può essere il frutto anche di comportamenti "non contrattuali" o "non negoziali".

Secondo la Corte di Cassazione, quindi, *«si rendono – così – rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzatesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente "unilaterali". Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle "intese", non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione – anche successiva al negozio originario – la quale – in quanto tale – realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza».*

Ne deriva dunque che sono nulle le fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie conformi allo schema di contratto predisposto dall'A.B.I., alla luce del provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia e che da tale accertamento non sono esclusi i contratti che costituiscono applicazione "a valle" di un'intesa anticoncorrenziale vietata dall'art. 2 legge 287/1990, anche se stipulati anteriormente al riconoscimento dell'illiceità dell'intesa da parte dall'Autorità Garante (Cassazione civile, 12 dicembre 2017, n. 29810).

Ne consegue che l'estensione della nullità dall'intesa anticoncorrenziale in senso lato, ai negozi a "valle", frutto ed espressione di tale intesa, implica che sia assolto l'onere probatorio in ordine al collegamento esistente tra la prima e il secondo, ossia al fatto che la fideiussione *omnibus* prestata nel caso di specie sia stata modellata sullo schema di contratto predisposto dall'associazione di imprese



con la finalità di aderire allo stesso e in tal modo escludere un ambito di differente negoziabilità (così, Cassazione civile, Sez. I, 22/5/2019, n.13846).

In altre parole, occorre rilevare se gli effetti distorsivi dell'intesa anticoncorrenziale si siano effettivamente trasferiti sui negozi stipulati "a valle" dell'intesa illecita, atteso che, da un lato, la declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi dell'art 2 della L. n. 287 del 1990, non comporta automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, costituendo però al contempo *«una prova privilegiata, quando non una presunzione, del danno patito dal singolo consumatore»*, in ragione della sua *«elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare»* un danno (Cass. Sez. I, Sentenza n. 11904 del 2014).

Dinanzi a tale prova la banca può fornire prova contraria del nesso causale tra l'illecito concorrenziale e il danno, ma non con argomentazioni generali, tese a rimettere in discussione i fatti costitutivi della sussistenza della violazione della disciplina sulla concorrenza, già valutati dall'Autorità Garante, bensì offrendo precise indicazioni su situazioni e comportamenti relativi ad essa e al garante, idonei a dimostrare che le clausole vagliate non siano state determinate dalla partecipazione all'intesa illecita, ma da altri fattori (Cass., Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 9116 del 2014).

Venendo al caso in esame, va quindi vagliata la sussistenza di una coincidenza delle condizioni contrattuali, di cui qui si dibatte, col testo dello schema contrattuale espressivo della vietata intesa restrittiva.

Tale verifica non può che aver esito positivo, atteso che le clausole nn. 2, 6 e 8 della fideiussione stipulata fra la banca [REDACTED] e [REDACTED] e [REDACTED] appaiono redatte utilizzando pedissequamente la terminologia e le espressioni contenute nello schema contrattuale predisposto dall'A.B.I.

La coincidenza della clausole in contestazione con quella incriminate giustifica una solida presunzione che la garanzia predisposta dall'istituto di credito e sottoposta alla sottoscrizione da parte dei fideiussori fosse stata modellata recependo in chiave monolitica lo schema di categoria, in quanto concordato nell'interesse del sistema bancario, con esclusione di possibili differenti pattuizioni ad opera delle parti. Presunzione non superata dalle asserzioni difensive di banca [REDACTED], la quale si è limitata a contestazioni generiche, sostanzialmente volte a mettere in discussione i fatti costitutivi dell'intesa anticoncorrenziale, senza allegare circostanze idonee a dimostrare che le clausole in contestazione siano state in realtà frutto di un autonoma e consensuale negoziazione tra le parti.



Ne segue che va rilevata la nullità delle clausole nn. 2, 6 e 8 della fideiussione quivi azionata.

La nullità di tali clausole contrattuali non travolge però automaticamente l'intero contratto di fideiussione, ma deve essere necessariamente coniugata con quanto sancito dall'art. 1419 c.c. il quale prevede che la nullità di alcune clausole contrattuali travolge il contratto nella sua interezza solo se risulta che il contraente non l'avrebbe stipulato in loro assenza (così, Cassazione civile, Sez. I, Sent. n. 24044/2019; Sentenza n.192 del 22/1/2020).

Invero, secondo alcuni recenti pronunciamenti della Corte di legittimità, la nullità a valle delle fideiussioni *omnibus* in questione può essere vagliata alla stregua *«dell'art. 1419 c.c., laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalla intesa illecita, posto che, in linea generale, solo la banca potrebbe dolersi della loro espunzione»* (Cassazione civile sez. III - 19/2/2020, n. 4175).

Nel caso di specie non è contestato, né può essere posto in dubbio che le parti avessero intenzione di rafforzare il credito della banca attraverso la garanzia e che, quindi, questa sarebbe stata voluta e prestata anche in difetto delle clausole illecite, rispondendo comunque all'interesse negoziale di entrambi i contraenti.

Viepiù che la banca [redacted] nella prima memoria *ex art. 183, VI comma, c.p.c.* ha esplicitamente riconosciuto che *avrebbe concluso la fideiussione in ogni caso, pur senza le clausole summenzionate, essendo qualsiasi garanzia migliore della mancanza di garanzia. Nell'economia complessiva dell'affare, di fatti, per la Banca è oggettivamente più conveniente rinunciare ai benefici di quelle clausole, piuttosto che all'ampliamento della garanzia patrimoniale generica.*

Accertata, dunque, la nullità parziale del contratto di fideiussione con riferimento alle clausole nn. 2, 6 e 8, ne consegue che per le specifiche ipotesi dalle stesse disciplinate trova applicazione la disciplina codicistica.

Più precisamente, per quel che qui rileva, la dichiarata nullità della clausola n. 6, che derogava all'art. 1957, I comma, c.c., determina automaticamente l'applicabilità al caso *de quo* della disposizione testé richiamata e, conseguentemente, del principio per cui *«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»*.

2. Sull'applicabilità dell'art. 1957 c.c.

Va, pertanto, rigettata l'eccezione di parte attrice secondo cui la decadenza in esame sarebbe stata dedotta tardivamente dai convenuti, solo a mezzo della prima memoria *ex art. 183, VI comma, c.p.c.*,



notoriamente dedicata alla sola precisazione o modificazione delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte.

Infatti, «in relazione all'opzione difensiva del convenuto consistente nel contrapporre alla pretesa attorea fatti ai quali la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto sul quale la predetta pretesa si fonda, occorre distinguere il potere di allegazione da quello di rilevazione, posto che il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (pertanto sempre soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), mentre il secondo compete alla parte (e soggiace perciò alle preclusioni previste per le attività di parte) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte, dovendosi in ogni altro caso ritenere la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito» (Cassazione, Sezioni Unite 1099/1998; Cass. 12353/2010; Cass. 27045/2018).

Tanto premesso, deve osservarsi che la sostituzione della norma in esame con la clausola derogatoria dichiarata nulla costituisce un effetto consequenziale dell'accertata nullità, sicché la decadenza di cui all'art. 1957, I comma, c.c., non costituendo un'eccezione in senso stretto rispetto alla quale risulta indispensabile l'iniziativa di parte, ben può essere rilevata d'ufficio dal Giudice quale fatto estintivo risultante dal materiale probatorio legittimamente acquisito.

3. Sulla compatibilità dell'art. 1957, I comma, c.c. con la fideiussione a prima richiesta

Secondo la banca ██████████ l'art. 1957, I comma, c.c. non potrebbe comunque operare nel caso in esame, per incompatibilità della disposizione medesima con la garanzia a prima richiesta, quale è quella di cui è titolare la banca nel caso di specie.

Orbene, sul punto occorre osservare che con la garanzia "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta" il fideiussore si impegna a rinunciare ad opporre - prima del pagamento - le eccezioni che gli competono, in deroga all'art. 1945 c.c., sicché essa si risolve in una clausola *solve et repete* ex art. 1462 c.c. (laddove non valga viceversa a sottolineare l'autonomia dal rapporto principale garantito, in tal caso sostanziandosi in un contratto autonomo di garanzia).

La deroga all'art. 1957 c.c. non può d'altro canto ritenersi implicita nell'inserimento, nella fideiussione, di una clausola di "pagamento a prima richiesta" o di altra equivalente, sia perché detta norma è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente, sia perché la presenza di una clausola siffatta non assume comunque rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come "contratto autonomo di garanzia" o come "fideiussione", potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome) sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia infine a clausole, il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, (non all'esclusione, ma) a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria. Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento a prima richiesta di per sé incompatibile con l'applicazione della citata norma codicistica, spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, la volontà in concreto manifestata dalle parti con la stipulazione della detta clausola (Cassazione civile sez. III, 12/12/2005, n. 27333).

Nel caso in esame, la nullità della disposizione derogatoria determina *ipso iure* l'applicabilità dell'art. 1957, I comma, c.c., e la presenza di clausole "a prima richiesta" nella fideiussione sottoscritta dai convenuti con la banca ██████████ non assume alcuna valenza preclusiva.

4. Sulla decadenza di cui all'art. 1957, I comma, c.c.

Va ora verificato se nel caso in esame la banca ██████████ abbia proposto entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale le sue istanze contro il debitore principale, pena l'estinzione dell'obbligazione fideiussoria.

A tal riguardo, occorre rilevare che l'art. 1957, I comma, c.c. 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 ad sortire il risultato sperato*» (Cassazione civile sez. II, 29/01/2016, n.1724).



Per quanto attiene poi al profilo della decorrenza del termine di sei mesi, allorché la fideiussione riguardi obbligazioni aventi scadenze periodiche, come nel caso in esame, «il "dies a quo" agli effetti dell'art. 1957 c.c., è quello di scadenza delle singole prestazioni e non già quello che segna l'estinzione dell'intero rapporto» (Cass. 6/2/2004 n. 2301).

Tanto premesso, va rilevata l'estinzione dell'obbligazione fideiussoria per non aver la banca [redacted] attivato una tutela giurisdizionale nei confronti del debitore principale entro sei dalla scadenza dell'obbligazione di questi.

Secondo parte attrice tale termine sarebbe stato rispettato, *mediante la missiva del [redacted], richiamata dagli stessi convenuti, con la quale la Banca ha chiesto a loro ed alla debitrice principale il pagamento del dovuto per il residuo mutuo fondiario e per l'esposizione in conto corrente. A ciò si aggiunga (...) che ha comunque dato corso alle azioni giudiziarie nei confronti della debitrice principale, (...). In particolare, la Banca ha tempestivamente depositato ricorso per l'insinuazione del proprio credito al passivo di detto [redacted] srl in liquidazione (cfr. doc. 11), nel quale è stata infatti ammessa (cfr. doc. 12) ed ha altresì proceduto in via esecutiva mediante notifica in data 27-30 marzo 2018 di atto di precetto contro la società debitrice (doc. 23) e richiesta di pignoramento immobiliare il successivo 4-7 maggio 2018 (doc. 24), regolarmente iscritto a ruolo al n. [redacted] del Tribunale di [redacted] (doc. 25).*

Ebbene, deve osservarsi che le iniziative giurisdizionali rilevano ai fini *de quibus* solo nella misura in cui siano state azionate nei confronti del debitore principale nel termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione di questi, dovendosi, peraltro, far riferimento alla singole scadenze dei ratei maturati per le ragioni sopra già esposte.

Parte attrice nulla ha detto in merito alla data di scadenza dell'obbligazione principale.

Tuttavia, la stessa è ricavabile dalla documentazione in atti.

Più esattamente, nel ricorso per decreto ingiuntivo promosso da parte attrice nei confronti dei fideiussori (cfr. doc. n. 2 prodotto da parte attrice) la banca ha esplicitamente dichiarato che la società debitrice si rendeva morosa del pagamento delle rate a rientro del mutuo fondiario ([redacted] dei documenti allegati al fascicolo monitorio prodotto da parte attrice) a partire da febbraio 2017.

La circostanza è, peraltro, confermata dagli estratti di conto corrente (cfr. doc. [redacted] prodotti da parte attrice).

Seguiva la missiva del 2.10.2017 (non rilevante evidentemente ai fini del termine di decadenza in esame) inviata dalla banca [redacted] al debitore principale, l'allo [redacted] in liquidazione e in



copia conoscenza ai fideiussori, [REDACTED], con la quale di dava atto della revoca dei finanziamenti in essere, della conseguente decadenza dal beneficio del termine sulle proprie esposizioni debitorie (mutuo e apertura del credito) chiedendo a tutti i debitori il pagamento della somma complessiva di € 365.142,38 (doc. n. 22 prodotto da parte attrice).

La prima iniziativa giurisdizionale promossa nei confronti del debitore principale deve identificarsi nella domanda di insinuazione al passivo del fallimento [REDACTED], in [REDACTED]

È di tutta evidenza quindi che il termine di 6 mesi (decorrente da febbraio 2017) previsto dall'art 1957, I comma, c.c. sia decorso, con conseguente estinzione dell'obbligazione fideiussoria quivi azionata.

Per tutte queste ragioni, la domanda revocatoria è infondata e va rigettata.

5. Sulle spese processuali e sulle domande di responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.

Le spese processuali, in applicazione del principio della soccombenza, sancito dall'art. 91 c.p.c., devono gravare sull'attore e si liquidano avuto riguardo all'entità economica della ragione di credito alla cui tutela la domanda era diretta (giudizi innanzi al Tribunale - scaglione tabellare da € 260.001,00 a 520.000,00) ed in rapporto all'attività difensiva rispettivamente espletata dei convenuti in complessivi € [REDACTED] per compensi (di cui € [REDACTED] per la fase di studio, € [REDACTED] per la fase introduttiva, € [REDACTED] per la fase istruttoria € [REDACTED] per la fase decisionale) in favore di [REDACTED] e [REDACTED], oltre rimborso forfettario del 15% cpa e Iva.

P.Q.M.

Il Tribunale di Brescia, definitivamente pronunciando nella causa fra le parti di cui in epigrafe, ogni altra istanza ed eccezione disattesa:

- rigetta la domanda revocatoria promossa da banca [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] e [REDACTED];

- condanna [REDACTED] alla refusione delle spese processuali che si liquidano in € [REDACTED] per compensi in favore [REDACTED], oltre rimborso forfettario del 15% cpa e Iva;

Brescia,

Il Giudice
Gianluigi Canali

Il provvedimento è stato redatto con la collaborazione del magistrato ordinario in tirocinio, dott.ssa Argela Randazzo

