



n. 7767/2018 R.A.C.C.

Tribunale Ordinario di Padova
SEZIONE SECONDA CIVILE

Nella causa civile iscritta al n. R.G. **7767/2018** promossa da:

VITTORINO

ROBERTO GIUSEPPE

ALESSANDRO

ATTORI

contro

BANCA POPOLARE DI PUGLIA E BASILICATA SOC. COOP. PER AZIONI

CONVENUTA

Il Giudice Istruttore a scioglimento della riserva assunta all'udienza odierna, rilevato che parte convenuta/opposta ha ottenuto il decreto ingiuntivo qui opposto contro i fideiussori della debitrice Gruppo Srl;

rilevato che gli attori/opponenti hanno impugnato il decreto ingiuntivo eccependo in principalità la nullità del contratto di fideiussione alla luce del provvedimento della Banca d'Italia del 2005 che, a seguito di una istruttoria in collaborazione con la AGCM, ha rilevato la nullità di tre clausole contenute nel modello di fideiussione predisposta dall'ABI;

rilevato che nel fissare l'odierna udienza, la provvisoria esecutività del decreto è stata sospesa con provvedimento emesso *inaudita altera parte* a fronte della sussistenza di *fumus* sulla nullità del titolo posto alla base di un credito superiore ai 130.000 così che il *periculum* di dover pagare una somma tanto ingente a fronte di un titolo nullo appare sussistere *in re ipsa*;

rilevato che la convenuta/opposta ha chiesto il rigetto dell'opposizione deducendo che gli attori non potrebbero dirsi consumatori avendo garantito le obbligazioni di una società così che la loro posizione debba essere attratta da quella della debitrice che agisce invece per scopi inerenti la sua professione come statuito anche da Cass. Sez. 3, Sentenza n. 25212 del 29/11/2011 confermata da Cass. 1627/2015;



rilevato che l'opposizione è fondata su prova scritta rappresentata dalla produzione del contratto e dal provvedimento della Banca d'Italia del 2005 da cui si evince che il modulo utilizzato dalla convenuta/opposta è proprio quello che è stato oggetto della istruttoria svolta dalla Banca d'Italia al fine della verifica di una violazione della normativa sulla concorrenza;

rilevato in particolare che il contratto sottoscritto dagli attori non può definirsi come un contratto autonomo di garanzia poiché per poterlo definire tale, a prescindere dal tenore del nome dato alla tipologia di rapporto, deve farsi riferimento al fatto che la parte, oltre a dover pagare immediatamente, possa o meno opporre eccezioni alla creditrice (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 22233 del 20/10/2014);

rilevato che l'assenza del divieto di porre eccezioni porta alla qualifica del contratto come di fideiussione a nulla rilevando il punto 9 del contratto poiché quella clausola fa riferimento non alla impossibilità di opporre alcuna eccezione, bensì alla impossibilità di contestare solo il tempo *“in cui la banca esercita la sua facoltà di recedere dai rapporti col debitore”*;

rilevato che tale carenza impedisce di conferire al contratto la natura di contratto autonomo di garanzia;

rilevato che la posizione giurisprudenziale espressa da Cass. 25212/2011 e 1627/2015 non pare condivisibile avuto a mente il principio espresso da Corte di Giustizia ordinanza 19/05/2015 Tarcà, C-74/1, punto 20 e segg. (*“la nozione di «consumatore», ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo (v. sentenza Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, punto 21). Essa deve essere valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione. (...) Nel caso di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata”*);

rilevato che sul punto non rilevarebbe una differente posizione giurisprudenziale nazionale dovendo riconoscere preminenza alla decisione comunitaria essendo il giudice interno prima di tutto un



giudice comune inserito in un sistema europeo connotato da elementi più simili a quello in uso nei sistemi di *common law* anche in punto di applicazione del precedente comunitario;

rilevato che sul punto la Cassazione ha già avuto modo di precisare che “*Va innanzitutto rammentato che il dictum della Corte di Giustizia costituisce una regola iuris applicabile dal giudice nazionale in ogni stato e grado del giudizio; con la conseguenza che la sentenza della Corte di Giustizia è fonte di diritto oggettivo (Cass. 17994/15; Cass. 1917/12; Cass. 4466/05; Cass. 857/95*” (Cass., ord., 8 febbraio 2016, n. 2468);

rilevato che la precisazione sulla natura di consumatore o professionista del fideiussore rileverà per la successiva valutazione che dovrà essere compiuta dal giudice comune in punto di applicazione dell’art. 47 CEDU in punto di diritto ad un ricorso effettivo e che sul punto “*il giudice nazionale deve esaminare d’ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. Tale obbligo incombe al giudice nazionale anche in sede di verifica della propria competenza territoriale*” (Corte di giustizia, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon* p. 35);

rilevato che la natura di consumatori degli attori, allegata nell’atto di citazione in opposizione, è stata contestata dalla convenuta solo alla luce del principio espresso dalla Cassazione più sopra richiamata e che tale contestazione è cedevole rispetto all’applicazione dei principi comunitari più sopra richiamati e non è stata oggetto della prova positiva che gli attori abbiano un rapporto sociale forte con la società che possa qualificare la fideiussione rilasciata come funzionale al loro scopo professionale all’interno della società debitrice mentre dalla visura prodotta dalla convenuta si rileva che i soggetti soci/amministratori sono solo tali Magon Vanda (3.000 euro) e Mazzocchi Paola (17.000 euro) che detengono la totalità del capitale sociale pari a 20.000 euro;

rilevato infine che, allo stato, per come gli attori hanno formulato le conclusioni nell’atto di citazione la domanda di nullità delle fideiussione è stata proposta in via principale con un accertamento che dovrà necessariamente avere la forza di giudicato con tutto ciò che ne consegue in punto di competenza del Tribunale delle Imprese di Milano, impregiudicato in ogni caso il diritto di modifica e precisazione della domanda eventualmente riducendola affinché la stessa abbia una efficacia solo *incideter tantum* a prescindere dalla circostanza che la nullità fosse totale o parziale;



Conferma

La sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto come già disposto con decreto del 25/10/2018.

Conferma l'udienza del 22/01/2019 quale prima udienza *ex art.* 183 c.p.c..

Manda alla cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza alle parti costituite.

Padova li 13 novembre 2018

IL GIUDICE ISTRUTTORE

- Dott. Giorgio Bertola -

