

N. 11773/2021 R.G.

**TRIBUNALE ORDINARIO di BRESCIA**

SEZIONE IV CIVILE

Nella causa civile iscritta al n. r.g. **11773/2021** promossa da:

[REDACTED], con l'Avv. [REDACTED]

OPPONENTE/I

contro

[REDACTED], con l'Avv. [REDACTED]

OPPOSTO/I

Il Giudice dott. Davide Foppa Vicenzini,
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 25/07/2022,
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Con ricorso ex art. 615 c.p.c. [REDACTED] ha proposto opposizione all'esecuzione presso terzi a R.G. 885/2021 promossa nei suoi confronti da [REDACTED] in forza di decreto ingiuntivo passato in giudicato per omessa opposizione, fondato su fideiussione omnibus dal medesimo rilasciata in favore di [REDACTED] S.r.l., di cui non era socio, né amministratore, essendo soltanto coamministratore non socio di altra società proprietaria di quota di minoranza della società garantita, lamentando la nullità della fideiussione in quanto affetta da clausole abusive e vessatorie ai sensi degli artt. 33 ss. D.Lgs. 206/2005 e in quanto riprodotte le clausole di cui allo schema predisposto dall'ABI e dichiarato nullo con provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 per violazione dell'art. 2 L. 287/1990. In ordine alla preclusione da giudicato ha invocato il rinvio pregiudiziale, in caso analogo, disposto dal Tribunale di Milano alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, cause riunite C-693/19 e C-831/19. Ha quindi chiesto la sospensione dell'esecuzione.

Con decreto del 09.11.2021, questo giudice, ritenuta l'urgenza di provvedere e ritenuta l'opposizione prima facie fondata sulla scorta della documentazione prodotta ed in particolare in ordine alle ragioni di cui alla causa pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-831-19, ha sospeso l'esecuzione inaudita altera parte.

Costituendosi in giudizio [REDACTED] S.r.l. ha eccepito l'incompetenza funzionale del Tribunale di Brescia in favore del Tribunale di Milano, Sezione specializzata per l'impresa e, nel merito, ha contestato la qualificazione dell'opponente quale consumatore nonché la predicabilità della nullità dei contratti a valle di un'intesa a monte restrittiva della concorrenza.

All'udienza del 21.12.2021 questo giudice, rilevata l'opportunità di attendere la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa C-831/2019; rilevato che l'opponente ha altresì fondato l'opposizione sulla nullità della fideiussione rilasciata per contrarietà alla disciplina antitrust, in quanto corrispondente allo schema ABI sanzionato con provvedimento della Banca d'Italia n. 55 e che la predetta nullità sarebbe rilevabile d'ufficio ma sussiste il giudicato in ordine al decreto ingiuntivo non opposto, azionato nella procedura esecutiva e potrebbe porsi un tema di compatibilità del diritto processuale italiano in tema di giudicato rispetto alla disciplina comunitaria in materia antitrust che impone il più alto livello di prevenzione e sanzione delle intese limitative



del mercato, ha invitato le parti ad interloquire sui predetti temi, rinviando la causa all'udienza del 22.03.2022.

Depositata dalle parti le rispettive memorie, all'udienza del 22.03 2022 la causa è stata rinviata al 25.07.2022 in pendenza di trattative.

All'udienza del 25.07.2022, verificata la pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19, la causa è stata trattenuta in decisione.

L'eccezione di incompetenza funzionale di questo giudice è palesemente infondata.

Invero la predetta eccezione non risulta in alcun modo motivata negli atti dell'opposta e pare potersi arguire che la stessa si fondi sul disposto di cui all'art. 4, comma 1 ter, D.Lgs. 168/2003.

Senonché, ai sensi dell'art. 615, II comma, c.p.c. funzionalmente competente in ordine all'opposizione è il giudice dell'esecuzione stessa, che è stata radicata dinanzi a questo Tribunale. Ne consegue che, quantomeno per la presente fase cautelare, l'eccezione è infondata.

Ai fini della decisione nel merito della controversia, sono rilevanti le seguenti circostanze, non contestate tra le parti e comunque documentalmente provate: **a)** l'esecuzione si fonda su decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo di questo Tribunale n. 3813/11 non opposto; **b)** il decreto ingiuntivo si fonda su fideiussione rilasciata da [REDACTED]; **c)** la fideiussione de qua prevede un obbligo di pagamento immediato a semplice richiesta ed è conforme allo schema di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI e dichiarato in violazione dell'art. 2 L. 287/90 con provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005; **d)** l'opponente non era socio né amministratore della società garantita; **e)** l'opponente era amministratore di [REDACTED] S.r.l., a sua volta detentrica di quote pari al 33% del capitale sociale della garantita; **f)** l'opponente non era socio di [REDACTED] S.r.l.

A fronte delle predette circostanze, sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale eurounitaria sia nazionale, si può ritenere che [REDACTED] all'epoca della sottoscrizione della fideiussione, agisse fuori dell'ambito della propria attività professionale, che era quella di mero amministratore di una società detentrica di quota minoritaria della garantita, tanto più che, ordinariamente, non rientra nell'attività di un amministratore prestare garanzie personali per la società amministrata.

Ne consegue che **l'opponente deve qualificarsi come consumatore.**

Deve allora rilevarsi che, come statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, con sentenza del 17.05.2022 nelle cause riunite C-693/19 e C-831/19, *“L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità – successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole.”* In particolare, ai punti 65 e 66 della motivazione, la Corte di Giustizia rileva che *“una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali. Ne consegue che, in un caso del genere, l'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo*



emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione”.

Tenuto conto che il decreto ingiuntivo azionato esecutivamente non reca alcuna esplicita motivazione in ordine alla valutazione circa l'abusività o vessatorietà delle clausole della fideiussione per cui è causa, in forza della predetta statuizione spetta al giudice dell'opposizione all'esecuzione il potere dovere di operarne la valutazione.

Ritiene questo giudice che nel caso di specie vengano particolarmente in considerazione le clausole di cui agli artt. 6 e 7 della fideiussione, disciplinanti rispettivamente la totale deroga ai termini di cui all'art. 1957 c.c. (clausola peraltro identica a quella giudicata vessatoria e limitativa della concorrenza dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005) e la previsione che il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente, a semplice richiesta scritta, tutto quanto dovuto.

In proposito parte opposta ritiene trattarsi di contratto autonomo di garanzia, con conseguente inapplicabilità del disposto dell'art. 1957 c.c.

Premesso che, anche in riferimento al contratto autonomo di garanzia, secondo la giurisprudenza di legittimità *“la disciplina degli artt. 33, 34, 35 e 36 codice del Consumo trova applicazione anche ai contratti atipici e ciò, quanto alla previsione dell'art. 36, comma 1, anche là dove la clausola accertata come abusiva esprima il profilo di atipicità del contratto. In relazione al contratto atipico di garanzia a prima richiesta e senza eccezioni, l'accertamento dell'eventuale posizione di consumatore del garante deve avvenire con riferimento ad esso e non sulla base del contratto garantito e nel caso di riconoscimento al garante della posizione di consumatore è applicabile a sua tutela la disciplina degli artt. 33, 34, 35 e 36 codice del Consumo ed in particolare la previsione dell'art. 33, lett. t) e ciò, quanto alla clausola di limitazione della proponibilità di eccezioni, sia con riferimento alle limitazioni inerenti ad eventuali eccezioni relative allo stesso contratto di garanzia, sia con riferimento all'esclusione della proponibilità di eccezioni relative all'inadempimento del rapporto garantito da parte del debitore garantito, con la conseguenza che in quest'ultimo caso, ove la clausola venga riconosciuta abusiva, il contratto conserverà validità ai sensi del citato art. 36, comma 1 ed il garante potrà opporre dette eccezioni”* (Cass. 18.02.2022 n. 5423), la garanzia per cui è causa deve essere qualificata come vera e propria fideiussione.

In proposito rileva anzitutto il nome iuris adottato dalle parti (o meglio dalla banca che ne ha predisposto le condizioni) con cui il negozio è espressamente qualificato come fideiussione. Inoltre l'art. 7 del contratto prevede una mera clausola *“solve et repete”* e non propriamente il divieto di opporre eccezioni, sicché viene meno il discrimine che potrebbe astrattamente configurare un contratto autonomo di garanzia nel quale sarebbe per di più superflua la previsione dell'art. 6 di deroga ai termini dell'art. 1957 c.c.

Qualificato il contratto tra le parti come fideiussione, la previsione dell'art. 6 si palesa peraltro contraria all'art. 33, lett t) codice del Consumo, in quanto, stabilendo che l'obbligazione del fideiussore rimane valida sino all'integrale pagamento di quanto dovuto e senza necessità di escussione del debitore principale, nega al consumatore di far valere l'eccezione di decadenza di cui all'art. 1957 c.c.

Essendo tale clausola vessatoria ai sensi dell'art. 33 codice del Consumo, la medesima è nulla ai sensi dell'art. 36 e pertanto al garante deve essere consentito eccepire la decadenza ex art. 1957 c.c.

A fronte di tale rilievo dell'opponente, parte opposta si è limitata ad allegare di aver coltivato le proprie iniziative contro la debitrice principale, dapprima intervenendo in procedura esecutiva immobiliare senza ricavarne alcunché, e poi insinuandosi al passivo fallimentare della stessa, ma non ha dimostrato il rispetto temporale dei termini di cui all'art. 1957 c.c., sicché il garante dovrebbe ritenersi comunque liberato della propria obbligazione.



Nell'ambito della presente fase cautelare, improntata ad una cognizione sommaria della controversia, tanto basta per la conferma della sospensione dell'esecuzione disposta inaudita altera parte.

Le spese del procedimento seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, tenuto conto del valore della controversia (€ 106.902,82) e dell'attività effettivamente svolta, parametrata ai valori medi tariffari.

P.Q.M.

A conferma del decreto del 09.11.2021, SOSPENDE l'esecuzione a R.G. 885/2021.

FISSA per l'introduzione dell'eventuale giudizio di merito, previa iscrizione a ruolo, il termine di giorni sessanta.

CONDANNA parte opposta alla refusione delle spese del procedimento che liquida in € 6.275,00 (fase studio € 2.430,00 - fase introduttiva € 1.145,00 – fase trattazione € 2.700,00) oltre 15% rimborso forfetario ed accessori di legge.

Si comunichi.

Brescia, 05/09/2022

Il Giudice
dott. Davide Foppa Vicenzini

