

N. R.G. 21370/2017



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
IN COMPOSIZIONE COLLEGALE
SESTA CIVILE**

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio in data 13.1.2021 e composto dai magistrati:
dott.ssa Rossella Filippi presidente
dott.ssa Michela Guantario giudice
dott. ssa Anna Giorgia Carbone giudice relatore
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. **21370** del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno **2017**

TRA

██████████ (c.f. ██████████) e ██████████ (C.F. ██████████)
rappresentati e difesi dall' avv. ██████████ del Foro di Milano ed elettivamente
domiciliata presso il suo studio in ██████████, in virtù di procura allegata
all'atto di citazione in opposizione

OPPONENTE IN RIASSUNZIONE

██████████ (P.IVA ██████████) con sede
legale in ██████████ dichiarata fallita dal Tribunale di ██████████ con sentenza
del ██████████;

OPPONENTE CONTUMACE

E

██████████ (C.F. ██████████ e P.IVA ██████████), in persona del suo procuratore
speciale Dott. ██████████ rappresentato e difeso in forza di procura speciale
allegata alla comparsa in riassunzione dall'Avv. ██████████ (C.F. ██████████
██████████) del Foro di Milano ed elettivamente domiciliato presso lo Studio dello stesso in
██████████,

OPPOSTA IN RIASSUNZIONE

E

██████████ (P.I.V.A. ██████████), nella sua qualità di
Mandataria di ██████████, società unipersonale (c.f. e partita iva ██████████ in
persona del Procuratore Speciale ██████████ rappresentata e difesa dall'avv.to ██████████
██████████, presso il cui studio elett.nte domicilia in ██████████, in virtù
di procura in atti.

TERZA INTERVENUTA

OGGETTO: opposizione a decreto ingiuntivo- contratto di leasing- fideiussione

CONCLUSIONI



Per parte attrice opponente [REDACTED] e [REDACTED]:

In via pregiudiziale, in rito

- revocare il decreto ingiuntivo n. 2397/2017 emesso in data 26/01/2017 dal Tribunale di Milano e già notificato a partire dal 15/03/2017 in considerazione della presenza di una clausola compromissoria di cui all'art. 27 del contratto di locazione finanziaria n. 21090910 del 07/10/2010 e successive integrazioni e, per l'effetto, rimettere il presente giudizio alla cognizione dei competenti giudici;

In via preliminare

- non concedersi la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto giacché la causa di opposizione si fonda su vizi procedurali;

Nel merito, in subordine e salvo gravame

-revocare il decreto ingiuntivo n. 2397/2017 emesso in data 26/01/2017 dal Tribunale di Milano e già notificato a partire dal 15/03/2017, in quanto controparte non ha titolo per agire contro l'obbligato principale prima di aver escusso il [REDACTED], garante a prima richiesta.

Sulle spese

Con vittoria di spese *ex art. 96*, comma I, c.p.c., oltre ai compensi dovuti *ex D.M. n. 55 del 2014*, spese generali 15%, I.V.A. e C.P.A. 4% , il tutto con distrazione in favore del sottoscritto Procuratore che si dichiara antistatario.

IN VIA ISTRUTTORIA: Con ogni espressa riserva istruttoria, di ulteriormente dedurre e produrre, anche all'esito del comportamento processuale di controparte.

Per PARTE OPPOSTA [REDACTED] :

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza ed eccezione respinta e disattesa, previa ogni più opportuna declaratoria in rito e del caso, così giudicare:

Nel merito: rigettare le domande tutte proposte dagli attori-opponenti perché infondate in fatto e diritto (con conferma del decreto ingiuntivo n. 2397 emesso in data 2/1/2017 - 26/1/2017 dal Giudice del Tribunale di Milano, Dott.ssa Carmela Gallina);

In ogni caso: previo rigetto delle domande tutte proposte dagli opposenti, condannare i signori [REDACTED] e [REDACTED], quali garanti per fidejussione e nei limiti dell'importo massimo dagli stessi garantito, in via tra loro solidale, al pagamento in favore di [REDACTED], della somma di € 34.804,16, quale credito scaduto ed insoluto alla data di risoluzione di diritto del contratto di *leasing* per cui è causa, e successive modifiche (n. 210909101

avente ad oggetto un immobile sito in [REDACTED], contraddistinto internamente all'Istituto dai numeri identificativi NDG 1508707 - NDGBP 358989 - posizione n. 81961), ovvero per la diversa, maggiore o minore, somma che risulterà provata in corso di causa, oltre interessi dal dovuto al saldo, con espressa riserva di agire separatamente per il recupero di ogni ulteriore importo dovuto in forza del contratto di *leasing*, compreso il risarcimento di tutti i danni, subiti e subendi, e con salvezza di tutti i diritti in questa sede non specificamente azionati, ma comunque spettanti al creditore in base al contratto di *leasing* e alle garanzie agli atti, che l'esponente si riserva espressamente di azionare

in prosieguo. Con vittoria delle spese e dei compensi di avvocato da liquidarsi in favore di [REDACTED] *ex D.M. n. 55/2014*, art. 4, comma 8°, oltre rimborso spese forfetarie *ex D.M. n. 55/2014*, art. 2, comma 2°, CPA ed IVA come per legge.

In via istruttoria.



Ferma restando l'opposizione di [REDACTED] all'ammissione di eventuali nuove produzioni e/o di mezzi istruttori avversari, anche ai sensi degli artt. 74 e 87 disp. att. c.p.c. si riporta di seguito l'elenco integrale dei documenti finora prodotti da [REDACTED], parte convenuta opposta (nn. 1-5 prodotti in giudizio dalla precedente Difesa):

CONCLUSIONI PER [REDACTED] (mandataria di [REDACTED])

Il Tribunale di Milano, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione: Voglia rigettare tutte le domande proposte dai Sigg.ri [REDACTED] ed [REDACTED] e pertanto, in considerazione dell'avvenuta cessione da [REDACTED] a [REDACTED] del credito di cui al contratto di finanziamento n. 2004455045 di originari € 155.000,00 stipulato il 21 gennaio 2015 tra la Banca e [REDACTED], condannare i Sigg.ri [REDACTED] ed [REDACTED], in via solidale ed in ragione della fideiussione da loro prestata in data 9 gennaio 2015, al pagamento in favore della Cessionaria [REDACTED] della somma di € 157.402,69 o della maggiore o minore somma che risulterà provata in corso di causa, oltre interessi di mora calcolati al tasso contrattuale dal 22 gennaio 2016 al saldo. Con vittoria di spese e compensi professionali, oltre accessori di legge.

RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Premessa

Con ricorso per decreto ingiuntivo la [REDACTED] (già [REDACTED] e ora [REDACTED]) affermava che la [REDACTED] con scrittura privata del 7.10.2010 aveva concesso in locazione finanziaria alla [REDACTED] l'unità immobiliare sita nel Comune di [REDACTED], come meglio descritta nel contratto di leasing e regolarmente consegnata alla società utilizzatrice dietro versamento di un canone mensile di € 2.241,07 per la durata di 240 mesi che veniva modificato con la scrittura privata integrativa del 19.5.2011. Nel corso del rapporto l'utilizzatore si era reso inadempiente nel versamento dei canoni pattuiti per l'ammontare di € 34.804,16 e la banca concedente aveva comunicato la risoluzione del contratto con raccomandata in data 26.1.2016.

La ricorrente deduceva, inoltre, che la [REDACTED] aveva ottenuto dalla [REDACTED] in data 21.1.2015 un finanziamento di € 155.000,00 ma non aveva provveduto al pagamento della rate scadute per cui alla data del 22.1.2016 la Banca vantava nei confronti della mutuataria un credito di € 157.402,69. Il credito complessivo vantato dalla ricorrente nei confronti della società [REDACTED] ammontava, quindi, ad € 192.206,85.

In data 12.1.2015 si costituivano fideiussori nei confronti della [REDACTED], a garanzia dell'adempimento delle obbligazioni da parte della [REDACTED] fino all'ammontare di € 85.000,00 poi ampliata in data 13.2.2016 fino alla concorrenza di € 110.000,00, nuovamente ampliata in data 31.7.2009 fino alla concorrenza di € 250.000,00, ampliata, infine, in data 30.7.2010 fino alla concorrenza di € 750.000,00, i sigg. [REDACTED] ed [REDACTED], i quali in data 9.1.2015 prestavano fideiussione nei confronti della [REDACTED] a garanzia delle obbligazioni dipendenti dal contratto di finanziamento da parte della [REDACTED] verso l'Istituto di credito fino alla concorrenza di € 186.000,00 e che nonostante i solleciti, né il debitore né i garanti avevano provveduto al pagamento del debito. La ricorrente ha, quindi, chiesto di ingiungere al debitore e ai fideiussori il pagamento dell'importi residui.



Con decreto ingiuntivo n. 2397/2017 del 26.1.2017 il Tribunale adito ha ingiunto alla [REDACTED] e ai sigg. [REDACTED] e [REDACTED] il pagamento della somma di euro 192.206,85 oltre agli interessi come da domanda e alle spese processuali.

[REDACTED] in liquidazione e i sigg. [REDACTED] ed [REDACTED] proponevano tempestiva opposizione, eccependo, in via preliminare, l'esistenza della clausola compromissoria di cui all'art. 27 del contratto di leasing e chiedendo la revoca del decreto ingiuntivo, e, nel merito, con riferimento al contratto di leasing eccepivano la natura usuraria della pattuizione degli interessi di mora prevista dall'art. 21 del contratto con conseguente nullità del contratto e concludevano per la revoca del decreto ingiuntivo atteso che il creditore avrebbe dovuto prima agire nei confronti del [REDACTED], garante a prima richiesta, chiedendo altresì, la condanna dell'opposta ai sensi dell'art. 96 I comma c.p.c. con vittoria di spese.

La società opposta si costituiva in giudizio e resisteva all'opposizione chiedendo il rigetto dell'opposizione e delle domande ivi formulate con conseguente conferma del decreto ingiuntivo ed in via subordinata chiedeva la condanna degli opposenti al pagamento della somma ingiunta o di quella diversa accertata in corso di causa con vittoria di spese.

A fondamento della richiesta di conferma del decreto ingiuntivo parte opposta deduceva, in primo luogo, che gli opposenti non hanno contestato l'importo ingiunto né con riferimento al contratto di leasing né con riferimento al contratto di finanziamento, e ha ritenuto infondata l'eccezione di compromesso in quanto in presenza di una clausola derogatoria della competenza territoriale la clausola compromissoria non è valida e comunque tale clausola non è richiamata nelle scritture private integrative del contratto di leasing, né vi è una clausola compromissoria nel contratto di finanziamento né nelle fideiussioni che prevedono, invece la competenza esclusiva del Foro di Milano. Parte opposta precisa, inoltre di non avere chiesto alcuna somma a titolo di interessi di mora e che la garanzia prestata dal [REDACTED] opera solo in caso di insolvenza del debitore principale e dei garanti. Ha chiesto il rigetto della domanda di condanna per responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c. con vittoria di spese.

Con comparsa depositata in data 6.12.2018 è intervenuta ai sensi dell'art. 111 c.p.c. [REDACTED] a mezzo della mandataria [REDACTED], subentrando nella medesima posizione giuridica della Banca cedente e senza estromissione dal giudizio di [REDACTED] e dando atto che in data 1 giugno 2018 il credito era stato ceduto da [REDACTED] a [REDACTED] nell'ambito della operazione di cartolarizzazione realizzata ai sensi della Legge 130 del 30 aprile 1999 (Legge sulla Cartolarizzazione) e dell'art. 58 del D. Lgs. 385 del 1 settembre 1993 (Testo Unico Bancario) il cui avviso era stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Parte Seconda n. [REDACTED] del [REDACTED]

Respinta la richiesta di concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto e concessi i termini ex art. 183 comma 6 c.p.c., nelle more la società [REDACTED] veniva dichiarata fallita con sentenza n. [REDACTED] emessa dal Tribunale di Como in data [REDACTED] e i sigg. [REDACTED] e [REDACTED] depositavano in data 8.4.2019 ricorso in riassunzione che unitamente al decreto di fissazione dell'udienza emesso in data 16.4.2019 veniva notificato alla curatela del fallimento in data 18.4.2019 e alle altre parti.

Si costituivano nel giudizio riassunto [REDACTED], con nuovo difensore, che precisava che per effetto dell'operazione di cartolarizzazione [REDACTED] aveva ceduto a [REDACTED] soltanto il credito di cui al contratto di finanziamento erogato a favore di [REDACTED] per €



155.000,00, restando titolare, quindi, del credito scaduto ed insoluto di € 34.804,16 relativo al contratto di leasing e [REDACTED], nella sua qualità di mandataria di [REDACTED] che faceva proprie le difese e le domande svolte dalla banca cedente. All'udienza del 15.10.2019, nessuno si costituiva per la curatela fallimentare della [REDACTED] e le parti chiedevano fissarsi udienza di precisazione delle conclusioni. All'udienza del 17.9.2020, sulle conclusioni precisate dalle parti, la causa è stata trattenuta in decisione con l'assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

Preliminarmente occorre pronunciare la contumacia nel giudizio riassunto della curatela fallimentare della [REDACTED] che, sebbene regolarmente citata nel giudizio riassunto dai fideiussori, non si è costituita.

Il presente giudizio riassunto - a seguito del fallimento di [REDACTED], debitore principale- ha ad oggetto l'opposizione svolta dai fideiussori [REDACTED] e [REDACTED] nei confronti del decreto ingiuntivo n. 2397/2017 ottenuto con riferimento a crediti relativi a due rapporti giuridici: il credito di € 155.000,00 è relativo il contratto di finanziamento medio lungo termine con garanzia consortile (doc. n. VI fascicolo opponente) erogato da [REDACTED] in data 21.1.2015 a favore di [REDACTED] che in data 22.1.2016 ammontava ad € 157.402,69 ed il credito di € 34.804,16 relativo al contratto di locazione finanziaria n. 21090910 stipulato in data 7.10.2010 entrambi i rapporti sono garantiti da fideiussioni emesse da [REDACTED] ed [REDACTED] in data 12.1.2005 poi ampliata successivamente in data 13.2.2006, in data 31.7.2009, 13.8.2009, , 30.7.2010 e infine nel 9.1.2015 (docc. da 26 a 31 allegati al fascicolo monitorio).

Nel corso del giudizio il credito di € 157.402,69 relativo al contratto di finanziamento è stato ceduto, a seguito di un'operazione di cartolarizzazione, dal [REDACTED] alla [REDACTED] che ha spiegato intervento nel giudizio attraverso la sua mandataria, mentre il credito di € 34.804,16 relativo al contratto di leasing è rimasto nella titolarità del [REDACTED].

Fatta questa premessa si osserva anzitutto, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, che *"L'opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione in cui il giudice non deve limitarsi a stabilire se l'ingiunzione fu emessa legittimamente in relazione alle condizioni previste dalla legge per l'emanazione del provvedimento monitorio, ma accertare il fondamento della pretesa fatta valere col ricorso per ingiunzione (pretesa che può essere dall'attore eventualmente ridotta nel giudizio di opposizione) e, ove il credito risulti fondato, deve accogliere la domanda indipendentemente dalla circostanza della regolarità, sufficienza e validità degli elementi probatori alla stregua dei quali l'ingiunzione fu emessa, rimanendo irrilevanti, ai fini di tale accertamento, eventuali vizi della procedura monitoria che non importino l'insussistenza del diritto fatto valere con tale procedura; l'eventuale mancanza delle condizioni che legittimano l'emanazione del provvedimento monitorio, come anche l'esistenza di eventuali vizi nella relativa procedura, può spiegare rilevanza soltanto sul regolamento delle spese della fase monitoria"* (Cass., 9.05.2002, n. 6663; Cass., 12.08.2005 n. 16911).

Ne consegue che, ove sulla domanda di condanna proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo si costituisca il rapporto processuale, ancorché su iniziativa della parte convenuta (in senso sostanziale), il giudice adito ha il potere-dovere di decidere anche sulla fondatezza della pretesa avanzata dal creditore ricorrente (così, Cass., 16 gennaio 2013 n. 951). La proposizione dell'opposizione determina, infatti, l'insorgere del dovere di provvedere con le regole della cognizione piena su quanto è stato richiesto con il decreto ingiuntivo, atteso che la cognizione del giudice dell'opposizione non è limitata al solo controllo sulla legittimità o meno dell'emissione del provvedimento monitorio ma, introdotta l'opposizione, tale



controllo si estende automaticamente alla sussistenza della relativa pretesa creditoria (Cass., 5 gennaio 2010, n. 28).

Va quindi evidenziato che nel corso dell'ordinario giudizio di cognizione che si instaura a seguito dell'opposizione, il creditore opposto conserva la qualità di parte attrice in senso sostanziale sulla quale grava il relativo onere probatorio: ciascuna delle parti viene ad assumere la propria naturale posizione sostanziale, nel senso che la qualità di attore spetta al creditore che ha richiesto l'ingiunzione (convenuto in opposizione) e quella di convenuto al debitore opponente (attore in opposizione), con la conseguenza che l'onere della prova del credito incombe al creditore opposto, mentre all'opponente spetta solo di provare, secondo le regole generali (art. 2697 c.c.), i fatti estintivi, modificativi o impeditivi. (così tra le altre Cass., 17 novembre 2003 n. 17371).

Peraltro, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, il creditore deve provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore è gravato dell'onere di provare l'eventuale fatto estintivo della pretesa fatta valere (Cass. Sez.Un. 13533\2001; Cass. 3373\2010).

Nel caso in esame la società concedente e finanziatrice ha provato la conclusione sia del contratto di locazione finanziaria che delle scritture integrative (docc. 3, 4, 5 fascicolo monitorio) le cui condizioni generali sono state debitamente sottoscritte sia dal debitore principale che dai garanti, la conclusione del contratto di finanziamento (doc. n. 24 fascicolo monitorio) la consegna dell'immobile (doc. n. 6) nonché la stipula dei contratti di fideiussione (docc. nn. da 26 a 31) anche essi sottoscritti sia dal debitore principale che dai garanti; la concedente/finanziatrice ha allegato, altresì, l'inadempimento della utilizzatrice/finanziata all'obbligazione di pagamento dei canoni di leasing e, su tale assunto, ha invocato l'intervenuta risoluzione per effetto dell'invio delle lettere raccomandate di risoluzione contrattuale datate 26.1.2016 ricevuta il 2.2.2016 (doc. da 32 a 39 opposta) e la revoca degli effetti del finanziamento con richiesta di pagamento del residuo finanziamento.

Inoltre, l'addebito di inadempimento è avvalorato dalla produzione degli estratti conto che evidenziano il mancato pagamento dei canoni del contratto di leasing e delle rate del finanziamento (doc. 7 e 25 opposta).

D'altro canto, gli oppositori non hanno negato di avere sottoscritto le garanzie prestate nei confronti della Banca opposta né hanno allegato, né in alcun modo dimostrato, di aver provveduto al pagamento dei canoni risultati insoluti né delle rate del finanziamento indicati negli estratti conto prodotti da parte opposta e non hanno neanche contestato di aver ricevuto le citate lettere di risoluzione contrattuale né hanno contestato la quantificazione del credito, ma si sono limitati a sollevare tre contestazioni che di seguito vengono esaminate e che sono risultate infondate per le ragioni che si vanno ad esporre.

2. nullità delle fideiussioni omnibus per conformità al modello ABI del 2003

Preliminarmente, deve essere esaminata l'eccezione sollevata da parte opposta di incompetenza del tribunale adito a decidere sulla domanda di nullità dei contratti di fideiussione omnibus per contrarietà alla normativa antitrust, in quanto detta competenza, secondo la prospettazione di parte opposta, spetterebbe alla Sezione Specializzata in materia d'impresa. E ciò in forza dell'art. 3, comma 1, lett. c) del d.lgs. 168/2003 attribuisce alla "competenza" delle sezioni specializzate in materia di impresa "le controversie di cui all'articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287" e la disposizione richiamata stabilisce che "le



azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti ((al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni))”.

L'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 168/2003, inoltre, attribuisce alla medesima sezione specializzata tutte “le controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea”.

Ne consegue che l'accertamento dell'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale, presupposto per la dichiarazione della nullità (parziale) della fideiussione per violazione dell'art. 2 (sia formulata in via incidentale, o principale, su eccezione o domanda) e la valutazione circa la sussistenza del motivo di nullità richiamato deve essere assunta, collegialmente, dal Tribunale competente per territorio presso il quale è istituita la Sezione specializzata delle imprese, ossia l'intestato Tribunale, tenuto conto dell'attitudine a far stato della sentenza che si pronuncia su tale motivo di nullità del contratto, alla luce della competenza legalmente attribuita con le disposizioni da ultimo richiamate, alla sezione specializzata imprese.

La Cassazione ha avuto modo di precisare, tuttavia, come all'interno del circondario nel quale è istituita la sezione specializzata in materia impresa, la questione inerente all'assegnazione delle cause è questione di mero riparto interno degli affari e non questione di competenza (cfr., da ultimo, ord. Cass. 31134/2018), di tal che, non è nemmeno astrattamente configurabile una separazione, in corso di causa, della domanda relativa alla dichiarazione di nullità per violazione della normativa anticoncorrenziale per la sua definizione da parte della sezione tabellarmente specializzata, ferma tuttavia la decisione della relativa domanda dal Tribunale in composizione collegiale a norma dell'art. 50 *bis* n. 3 c.p.c., a pena di nullità della sentenza, a norma dell'art. 50 *quater* c.p.c. e 161, primo comma, c.p.c..

Alla luce di tali argomentazioni, quindi, l'eccezione di incompetenza del Tribunale ordinario a favore della sezione specializzata delle imprese deve essere respinta e la proposizione della domanda di nullità delle fideiussioni omnibus per conformità al modello ABI impone la decisione della causa in composizione collegiale.

Va osservato, inoltre, sotto il profilo processuale, che, ancorché la deduzione circa la nullità delle fideiussioni omnibus in quanto contenenti le tre clausole di “sopravvivenza”, “reviviscenza” e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. conformi al modello ABI del 2003 sul presupposto che le stesse contengano clausole dichiarate contrastanti con il divieto di intese anticoncorrenziali di cui all'art. 2, comma 2, lett. a della L. 287/1990, sia stata formulata per la prima volta dagli oppositori nella memoria depositata in data 17.11.2018 ai sensi dell'art. 183 VI comma n. 1, tale deduzione deve ritenersi ammissibile.

Infatti il principio delle preclusioni assertive deve essere temperato con la disciplina in materia di nullità, che ai sensi dell'articolo 1421 c.c. può essere rilevata d'ufficio dal Giudice in ogni stato e grado del processo. Al riguardo la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con le pronunce gemelle n. 26242 e 26243 del 2014 ha stabilito che il Giudice ha il potere-dovere di rilevare “ex officio”, laddove emerga dagli atti di causa, l'eventuale nullità del contratto, sottoponendo la relativa questione alle parti, e ciò al fine di evitare pronunce giurisdizionali che si basino sulla validità del contratto in realtà invalido o che, addirittura, finiscano per sancirne la “non invalidità”, così di fatto sanandolo.

Orbene, considerato il dettato dell'articolo 1421 c.c. e l'interpretazione giurisprudenziale più recente, deve ritenersi che se la “*quaestio nullitatis*” è rilevabile anche d'ufficio dal Giudice, in ogni stato e grado del processo, allora non può essere preclusa alla parte la possibilità di



sollevare la relativa questione nel corso del processo anche dopo l'udienza di trattazione, tenuto conto peraltro che in tal modo è assicurato il rispetto del contraddittorio poiché la controparte ben può difendersi con la memoria di istruttoria di cui all'art. 183 VI comma n. 2 c.p.c. come nel caso in esame è avvenuto. Inoltre, il Collegio ritiene che, sebbene parte opponente, nel precisare le conclusioni, non abbia riproposto la domanda di nullità delle fideiussioni, tale domanda non sia stata abbandonata, in quanto nella comparsa conclusionale e nelle repliche la questione di nullità viene dettagliatamente esaminata dagli opposenti.

Ferma l'ammissibilità della censura relativa alla nullità per la natura "anticoncorrenziale" della fideiussione sottoscritta dagli opposenti [REDACTED] e [REDACTED] per contrasto con il disposto dell'articolo 2 della L. n. 287 del 1990 in quanto contenente le clausole conformi allo schema contrattuale predisposto dall'A.B.I., è ora possibile esaminare nel merito il motivo di opposizione per la nullità totale dei contratti di garanzia.

I fideiussori si sono limitati a dedurre la nullità dei contratti di *fideiussione omnibus* stipulati in quanto riproducono le clausole di "sopravvivenza", "reviviscenza" e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c. conformi agli artt. 2, 6 ed 8 del modello ABI del 2003 e a fondamento di tale eccezione hanno depositato il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia che censura i contratti di fideiussione omnibus conformi alle norme bancarie che contengono le clausole menzionate.

Parte opposta ha contestato la fondatezza della domanda di nullità ritenendo che nei contratti di fideiussione omnibus la nullità di alcune delle clausole non può comportare la nullità dell'intera fideiussione per cui trattandosi di una nullità parziale ai sensi dell'art. 1419 c.c. il contratto di garanzia non può dirsi interamente nullo, in quanto la banca lo avrebbe comunque concluso, né l'opponente che ha prestato fideiussione ha allegato ragioni per cui l'assenza di clausole, peraltro comportanti effetti gravosi nei suoi confronti, lo avrebbero dovuto indurre a non stipulare i negozi in questione.

La contestazione sollevata da parte opposta è fondata.

Da un semplice raffronto degli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI (vedi doc. XII prodotto in allegato alla memoria depositata ai sensi dell'art. 183 VI comma n. 1 c.p.c.) con gli artt. 2, 6 e 8 delle garanzie prestate dagli opposenti (docc. da 26 a 31 fascicolo monitorio) emerge con estrema chiarezza la coincidenza delle condizioni contrattuali concordate con lo schema contrattuale che può ritenersi espressione di una intesa restrittiva della concorrenza vietata (vedi Cass. n. 13846 del 22.5.2019).

Ma la deduzione della nullità delle garanzie limitata alla mera riproduzione nei contratti di garanzia delle clausole negoziali delle quali è stata acclarata la contrarietà alla normativa antitrust non è allegazione di per sé sola sufficiente per ottenere una pronuncia di nullità del contratto di garanzia, sebbene limitatamente a tali clausole, ai sensi dell'art. 1419 c.c., per non avere le parti dimostrato che in assenza di tali clausole contrattuali i contratti di fideiussione avrebbero perso la propria autonoma ragione di essere. In tal modo, infatti, la censura proposta dagli opposenti si pone su un piano astratto e teorico non avendo i garanti specificato in che misura gli effetti della nullità delle clausole si siano riverberati sulla concreta operazione negoziale.

Non emerge dagli atti alcuna allegazione formulata da parte opponente relativa agli effetti estintivi del credito monitoriamente azionato riconducibili alla declaratoria di nullità delle clausole censurate, non avendo gli opposenti chiarito se, nel caso concreto, la banca non abbia proposto le istanze nei confronti del debitore nel termine di sei mesi decadendo dalla garanzia né se si sia verificata un'ipotesi di invalidità della garanzia o di riviviscenza della stessa.



Alla luce di tali argomentazioni, quindi, il Collegio reputa infondata la domanda di nullità delle fideiussioni che, pertanto, deve essere respinta.

3. clausola compromissoria art. 27 condizioni generali del contratto di leasing

Passando ad esaminare le altre contestazioni sollevate dagli oppositori va osservato che l'eccezione preliminare di improcedibilità dell'azione esercitata dalla banca per carenza di giurisdizione o competenza, per essere la controversia relativa al contratto di locazione finanziaria n. 21090910 del 7.10.2010 devoluta alla decisione del collegio arbitrale, previsto dall'art. 27 del citato contratto, sollevata dagli oppositori nell'atto di citazione e ribadita all'esito della riassunzione del giudizio dai fideiussori è infondata.

A ben considerare, infatti, la clausola compromissoria è inserita unicamente nel contratto di leasing e non anche nei contratti di fideiussione, nei quali è stata concordata la clausola di deroga convenzionale della competenza (vedi art. 16 della fideiussione del 12.1.2015 doc. n. 26, art. 16 della fideiussione del 9.1.2015 doc. 29 e doc. n. 31 del 13.8.2009 che individuano il Foro di Milano quale foro alternativo a quello della filiale o della sede centrale della Banca) per cui, a seguito del fallimento della società [REDACTED] debitrice principale della Banca, il giudizio è stato riassunto unicamente dai fideiussori [REDACTED] ed [REDACTED] i quali continuano a sollevare l'eccezione di arbitrato anche nel ricorso in riassunzione, sebbene negli atti di fideiussione non vi sia la clausola di arbitrato.

Come correttamente osservato dal [REDACTED] nella comparsa di costituzione nel giudizio riassunto, le ragioni di credito vantate dalla Banca nei confronti della società debitrice saranno fatte valere dalla banca nell'ambito della procedura concorsuale mediante domanda di insinuazione al passivo del fallimento di [REDACTED], mentre in questo giudizio riassunto si controverte unicamente del credito vantato dal [REDACTED] nei confronti dei fideiussori e fondate, quindi, sui contratti di fideiussione. Ne consegue, quindi, che l'eccezione di arbitrato ribadita dai fideiussori oppositori in riassunzione si fonda su un rapporto contrattuale, il contratto di leasing, diverso da quello stipulato con il [REDACTED] e, pertanto, infondata non potendo tale clausola essere fatta valere da soggetti estranei al contratto, per il principio sancito dall'art. 1372 c.c. secondo il quale il contratto ha forza di legge fra le parti.

4. usurarietà del contratto di leasing

Parte opponente deduce che l'art. 21 del contratto di leasing prevede che in caso di mancato puntuale pagamento dei canoni di locazione finanziaria sia dovuto dall'utilizzatore un interesse di mora maggiorato di quattro punti percentuali rispetto al tasso ufficiale di riferimento, pertanto in applicazione di tale disposizione contrattuale l'utilizzatore è costretto a pagare interessi al di sopra del tasso soglia usura con conseguente nullità del contratto ai sensi dell'art. 1815 c.c. ed obbligo restitutorio a favore dell'utilizzatore.

La doglianza sollevata dagli oppositori è infondata sotto molteplici profili.

In primo luogo si tratta di una censura estremamente generica se si considera che, a fronte della contestazione sollevata da parte opposta nella comparsa di costituzione, in cui il [REDACTED] ha affermato di non comprendere quale procedimento sia stato applicato per il calcolo del TAEG e se siano state seguite le istruzioni della Banca D'Italia, parte opponente non ha preso posizione né ha offerto alcun elemento chiarificatore all'udienza di trattazione né nella memoria depositata ai sensi dell'art. 183 VI comma n. 1 c.p.c.



Inoltre, parte opposta afferma di avere chiesto con il decreto ingiuntivo soltanto i canoni scaduti ed insoluti alla data di risoluzione del rapporto e di non avere chiesto alcuna somma a titolo di interessi all'utilizzatore che non avrebbe, quindi, alcun diritto alla restituzione di somme non pagate e anche sotto tale profilo la doglianza degli opposenti è infondata.

Infatti, alla luce dell'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità di recente ribadito nella sentenza n. 19597/2020 del 18.9.2020 dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con riferimento al riparto dell'onere della prova in materia bancaria, in particolare, nelle controversie che vertono sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori il debitore che intenda provare l'entità usuraria degli interessi ha un onere di allegazione avente ad oggetto: il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, la misura del T.E.G.M. nel periodo considerato con gli altri elementi contenuti nel Decreto ministeriale di riferimento.

Tali principi non sono stati osservati nel caso in esame in quanto parte opponente non ha allegato né il tasso moratorio in concreto applicato né la misura del TEGM nel periodo di conclusione del contratto, con conseguente infondatezza della doglianza.

Inoltre, la doglianza risulta infondata nel merito in quanto gli interessi di mora pattuiti nel contratto di leasing stipulato in data 7.10.2010 risultano inferiori al tasso soglia usura vigente all'epoca della stipula del contratto. Infatti nel contratto di leasing le parti hanno concordato all'art. 28 lett. n) delle condizioni particolari (vedi doc. n. 3 fascicolo monitorio): *"tasso per il calcolo degli interessi di mora: 4% sul tasso ufficiale di riferimento"*. Il tasso ufficiale di riferimento dal 1 gennaio 1999 ha sostituito il tasso ufficiale di sconto fissato dalla Banca d'Italia ed applicato nelle operazioni di rifinanziamento del sistema bancario e alla data di stipula del contratto di leasing il Tasso Ufficiale di rendimento era fissato all'1% per cui sommato al 4% indicato nell'art. 28 del contratto dà luogo ad un interesse di mora del 5%, mentre il Tasso Soglia Usura relativo agli interessi di mora alla data del 7.10.2010 era pari al 8,7%, come correttamente calcolato da parte opposta nella memoria conclusionale di replica in cui ha fatto applicazione del criterio di calcolo del tasso soglia di mora secondo le indicazioni della Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza citata n. 19597/2020.

5. garanzia consortile

Parte opponente ha contestato, infine, il diritto della Banca di pretendere il pagamento del credito nei confronti dei fideiussori senza avere prima escusso il [REDACTED] che aveva ammesso la società finanziata, [REDACTED], alla garanzia a prima richiesta nei termini e alle condizioni previste dalla convenzione stipulata fra la [REDACTED] ed il [REDACTED] (vedi docc. n. VI e VII fascicolo opponente).

Anche questa doglianza è infondata in quanto smentita dalla documentazione prodotta dalla stessa opponente. Nel Foglio Informativo allegato al documento n. VII del fascicolo di parte opponente si legge che la garanzia prestata al mutuatario è *"sussidiaria e a prima richiesta"* per cui *"[REDACTED] si espone al rischio di dovere adempiere l'obbligazione assunta per conto del cliente nell'ipotesi in cui quest'ultimo risulti inadempiente alla scadenza e dopo che la banca erogante abbia esperito le procedure esecutive volte al recupero del credito nei confronti del socio/cliente e/o di eventuali coobbligati"*.

La garanzia prestata da [REDACTED], quindi, non preclude alla banca di agire per il recupero del credito nei confronti dei fideiussori, coobbligati al debitore principale, anzi le impone di agire prima nei confronti del debitore e dei coobbligati per il recupero del credito e poi nei confronti di [REDACTED].

6. fondatezza delle domande di condanna dei Sigg.ri [REDACTED] ed [REDACTED] al pagamento dei crediti a favore della [REDACTED] - con riferimento al credito relativo al



contratto di leasing -e a favore della cessionaria [REDACTED] - con riferimento al credito relativo al contratto di finanziamento.

Alla luce delle argomentazioni esposte deve, quindi, rigettarsi l'opposizione in quanto infondata.

Al rigetto dell'opposizione dovrebbe conseguire, come effetto, la conferma del decreto ingiuntivo, ma nel caso in esame il decreto ingiuntivo deve essere revocato in quanto nel corso del processo si è verificata una modifica soggettiva della titolarità del credito relativo al contratto di finanziamento per effetto di una cessione del credito, con conseguente intervento ai sensi dell'art. 111 c.p.c. della cessionaria del credito [REDACTED], tramite [REDACTED], in qualità di mandataria che ha svolto domanda di condanna Sigg.ri [REDACTED] ed [REDACTED], in via solidale al pagamento della somma di € 157.402,69, relativa al contratto di finanziamento, oltre agli interessi di mora in misura convenzionale dal 22.1.2016. All'accoglimento di questa domanda la creditrice [REDACTED], peraltro cedente del credito relativo al contratto di finanziamento, non si è opposta avendo limitato la propria domanda alla condanna dei garanti in via tra loro solidale, al pagamento in proprio favore della somma di € 34.804,16, quale credito scaduto ed insoluto alla data di risoluzione di diritto del contratto di *leasing*, oltre agli interessi dal dovuto al saldo.

Ne consegue la revoca del decreto ingiuntivo opposto n. 2397/2017 e l'accoglimento delle domande di condanna degli oppositori al pagamento dei crediti così come formulate da [REDACTED] e dalla cessionaria [REDACTED].

7. Le spese di giudizio

Le spese legali relative al rapporto processuale fra opponente e opposta [REDACTED] seguono la soccombenza di parte opponente e si liquidano come in dispositivo secondo i criteri e nella misura di cui al D.M. n. 55/14, avuto riguardo al valore della causa ed all'attività effettivamente svolta.

Le spese relative al rapporto processuale intercorso fra gli oppositori e la terza intervenuta [REDACTED] devono essere integralmente compensate in quanto il fenomeno successorio che si è verificato durante lo svolgimento del processo e che ha visto coinvolta l'opposta in qualità di cedente il credito relativo al contratto di finanziamento è un evento meramente accidentale che non può aggravare la posizione dei soccombenti.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, VI Sezione Civile, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando sull'opposizione al decreto ingiuntivo n. 2397/2017 emesso in data 26 gennaio 2017 nel procedimento recante r.g. n. 59320/2016 riassunta a seguito del fallimento di [REDACTED] da [REDACTED] e [REDACTED] contro [REDACTED] ora [REDACTED] e con l'intervento di [REDACTED] in qualità di mandataria di [REDACTED] così provvede:

- a. Dichiara la contumacia del fallimento di [REDACTED] nel giudizio riassunto;
- b. rigetta l'opposizione proposta da [REDACTED] e [REDACTED];
- c. revoca il decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Milano n. 2397/2017 emesso in data 26 gennaio 2017 nel procedimento recante r.g. n. 59320/2016;
- d. condanna [REDACTED] ed [REDACTED], in solido fra loro, a pagare a [REDACTED] l'importo di € 34.804,16 oltre interessi legali dalla notifica del decreto ingiuntivo al saldo;



- e. condanna [redacted] ed [redacted], in solido fra loro, a pagare a [redacted] [redacted] in qualità di mandataria di [redacted] l'importo di € 157.402,69 oltre agli interessi di mora convenzionali dal 22.1.2016;
- f. condanna [redacted], [redacted], in solido fra loro, al pagamento, in favore di [redacted] delle spese di giudizio, che liquida in euro 6.500,00 per compensi professionali, oltre rimborso forfettario per spese generali nella misura del 15% del compenso, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge;
- g. compensa integralmente le spese processuali fra [redacted], [redacted] e [redacted] [redacted] in qualità di mandataria di [redacted].

Così deciso in Milano il 13 gennaio 2021.

Il Giudice relatore
Anna Giorgia Carbone

Il Presidente
Rossella Filippi

