

proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate, per "istanza" deve intendersi ogni iniziativa di carattere giudiziario assunta secondo le forme prescritte dal codice di rito in relazione al tipo di tutela domandato; ne consegue che tutte le volte che il giudice debba essere adito con ricorso da depositarsi in cancelleria, la data cui avere riguardo è quella del deposito e non anche quella successiva della notificazione del ricorso e del pedissequo provvedimento".

Ora, poiché il ricorso monitorio risulta depositato in data 29.05.2018, il termine decadenziale risulta rispettato.

Parimenti infondata è la ulteriore contestazione in merito alla liberazione del fideiussore ai sensi dell'art. 1956 c.c. in relazione allo scoperto di conto corrente n. 119/24088 di € 4.059,15, stante la condotta della banca, contraria a buona fede, di avere continuato a fare credito alla debitrice principale nonostante l'aggravamento della situazione di difficoltà economica del debitore principale.

Invero, non risultano documentati atti con la quale la banca avrebbe continuato a finanziare la debitrice principale, essendo i contratti bancari per cui si discute tutti precedenti".

11.1 Con il **secondo motivo di gravame**, da esaminare prima degli altri per le ragioni di cui si dirà, parte appellante oppone le censure sub 3.b) precisando che il Tribunale avrebbe errato laddove, pur avendo implicitamente riconosciuto che [REDACTED] definito "fideiussore di riflesso", dovesse essere considerato "Consumatore" con l'applicazione dell'art. 1957 C.C., ha ritenuto che la Banca non fosse incorsa nella decadenza prevista da tale norma.

Deduce [REDACTED] che il Tribunale avrebbe dato atto che la deroga contrattuale alle disposizioni di cui agli artt. 1956 e 1957 C.C. risultava a lui inopponibile a motivo della sua qualità di "Consumatore".

In effetti [REDACTED] ha eccepito l'insussistenza di un proprio collegamento, interesse o scopo funzionali con [REDACTED] s.a.s. di [REDACTED] & C., debitrice principale che non ha proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo per cui è causa.

Secondo l'appellante tali circostanze risulterebbero rilevanti al fine di applicare la normativa del c.d. "Codice del Consumo" alla fattispecie coinvolgente il fideiussore, nei confronti del quale le pattuizioni in deroga all'art. 1957 C.C. sono state eccepite e contestate quali vessatorie e dunque nulle (art. 36 cod. cons.) e pertanto inefficaci nei suoi confronti, che ha eccepito la decadenza del termine semestrale da parte del creditore (la Banca) nel coltivare le proprie istanze.

L'opponente ha prodotto sub doc. 20 la lettera raccomandata A.R. del 5 giugno 2017 spedita dalla Banca in data 8 giugno 2017, quale costituzione in mora, alla quale non fece



seguito l'azione giudiziale nei sei mesi successivi.

Il ricorso ed il decreto monitorio vennero infatti notificati il 26/7/2018, e dunque ben oltre il termine decadenziale di mesi 6 previsto dall'art. 1957 C.C.

Deduce [REDACTED] che il Tribunale avrebbe implicitamente riconosciuto, definendolo "fideiussore di riflesso" la sua qualità di "Consumatore", ma avrebbe poi erroneamente ritenuto che la Banca non fosse incorsa nella decadenza dell'art. 1957 C.C. avendo inviato una diffida in data 8/1/2018 ed avendo depositato il ricorso monitorio in data 29/5/2018.

Secondo l'appellante il termine decadenziale sarebbe iniziato a decorrere dal 5-8/6/2017 allorquando egli ricevette la richiesta di pagamento e costituzione in mora per il credito maturato e scaduto al 23/5/2017, ma in ogni caso tale termine sarebbe iniziato a decorrere dal 30/6/2017, data di scadenza delle obbligazioni di rimborso dei 2 mutui chirografari del 17/5/2012 per i quali [REDACTED] prestò le fideiussioni.

11.1.1 Ritiene la Corte che il motivo di gravame sia fondato e meritevole di accoglimento.

Il Tribunale, pur avendo dato atto della esistenza di una diffida in data 5/6/2017, ha poi ommesso ogni riferimento a tale circostanza al fine del computo del termine decadenziale ex art. 1957 c.c. di mesi sei per la proposizione dell'azione giudiziale, termine che invece ha collegato alla successiva diffida datata 8-12/1/2018 della Banca (doc. 11 della Banca) per ritenere quindi tempestiva l'istanza giudiziale del 28.5.2018, con il deposito del ricorso monitorio.

Tali argomentazioni non risultano condivisibili.

Preliminarmente occorre dare atto che il Tribunale, richiamandosi alla giurisprudenza più recente, ha riconosciuto la qualità di consumatore in capo [REDACTED] tale circostanza trova conferma anche da parte appellata (cfr. comparsa di costituzione e risposta in appello, pag. 5, par. b.1)

Il Giudice di prime cure ha ricordato che è stata superata l'impostazione secondo la quale per determinare la qualità di consumatore occorre fare riferimento alla natura della obbligazione garantita (v. Cass. sez. 3, 29 novembre 2011 n. 25212 e Cass. sez. 1, 9 agosto 2016 n. 16827), riconoscendo che il parametro identificativo della qualità di consumatore non si colloca nella obbligazione in sé che il soggetto assume, ma nel complessivo rapporto obbligatorio, facente capo a soggetto che, nel caso di società commerciale, riveste la qualifica di imprenditore.

In effetti, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (in data 19 novembre 2015 nella causa C-74/15 Tarcau contro Banca Commerciale Intesa Sanpaolo Romania SA e altri, cui ha fatto seguito l'ordinanza sez. X, 14/09/2016, n. 534) ha fornito l'interpretazione degli artt. 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13, secondo la quale "*tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una*



persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società" (così nella motivazione della ordinanza del 2015, p. 30).

In tal modo, la giurisprudenza della Corte di giustizia, con interpretazione vincolante resa in sede di rinvio pregiudiziale, ha inteso dare una tutela rafforzata al garante, soggetto che viene rappresentato in condizioni di disparità di trattamento con la banca, ed ha indicato chiaramente, in sede di rinvio pregiudiziale, che è alle condizioni personali del garante e non del garantito che bisogna guardare per valutare se definirlo come consumatore o meno, con le necessarie ricadute anche procedurali.

Secondo tale nuova prospettiva, la nozione di "consumatore", ai sensi dell'art. 2, lettera b), della direttiva 93/13, assume carattere oggettivo (v. sentenza Costea, 3 settembre 2015, C-110/14, punto 21) in rapporto ad un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale intercorrente con il garante rientri o meno nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione.

In definitiva, mentre secondo la prima impostazione, il carattere accessorio della obbligazione di garanzia portava a valutare l'obbligazione assunta dal debitore principale, nella differente impostazione da ultimo richiamata ricorre la necessità di valutare se anche il garante abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano all'imprenditore, quali, ad esempio, l'amministrazione alla società o anche una partecipazione non trascurabile al capitale sociale, ovvero - al contrario- se abbia agito per scopi di natura privata.

Nel solco di tale orientamento, come peraltro ricordato anche dal Tribunale, è oramai principio acquisito che nel contratto di fideiussione i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumeristica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso, e non considerando il contratto principale e la natura del credito garantito (cfr. Cass., 3.12.2020, n 27618; Cass, 24.1.2020, n 1666; Cass., 16.1.2020, n 742; Cass. n. 28162 del 2019, Cass. n. 25914 del 2019; Cass., 13.12.2018, n 32225).

Di conseguenza, in forza di tali considerazioni, può certamente riconoscersi [REDACTED] la qualità di consumatore: il Tribunale ha correttamente fatto riferimento alla figura del cd. fideiussore "di riflesso", riconoscendo che l'appellante ha stipulato il contratto di garanzia per finalità estranee alla propria attività professionale, nel senso che la prestazione della fideiussione non ha costituito atto espressivo di tale attività, né era strettamente funzionale al suo svolgimento.

Venendo poi alla questione della applicabilità, o meno, dell'art. 1957 c.c. alla presente fattispecie, occorre preliminarmente ricordare che la decadenza del creditore dal diritto di



pretendere l'adempimento dell'obbligazione fideiussoria, sancita da tale norma per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, può certamente essere preventivamente rinunciata dal fideiussore, trattandosi di pattuizione rimessa alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione, per il garante, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore (per tutte: Cass, 4.12.2017, n 28943; Cass. 24 settembre 2013, n. 21867; Cass. 18 aprile 2007, n. 9245).

In entrambe le fideiussioni per cui è causa la deroga all'art. 1957 c.c. risulta sottoscritta specificamente ai sensi e per gli effetti dell'art 1342 c.c.: per altro verso, tuttavia, il contenuto delle clausole, derogatorio dell'art. 1957 c.c. (di natura certamente vessatoria anche sotto il profilo della limitazione alla facoltà di opporre eccezioni), si pone in contrasto con gli artt 33 e ss del c.d. Codice del Consumo e deve ritenersi inefficace in quanto soggetto non solo alla specifica approvazione per iscritto prevista dall'art. 1341 c.c., ma anche - a norma dell'art. 34, comma 4, d.lgs. n. 206 del 2005 - allo svolgimento di una trattativa individuale con il consumatore sulla clausola stessa, la cui prova è posta a carico del professionista dal comma 5 del citato art. 34 (in applicazione di tale principio, la S.C., pronunciando su un'istanza di regolamento di competenza, ha dichiarato la competenza del foro del consumatore considerando inefficace la clausola derogatoria della competenza territoriale contenuta in un contratto assicurativo, la quale, anche se specificamente approvata per iscritto, non risultava essere stata oggetto di trattativa individuale, cfr. Cass. Civ., 28 aprile 2020, n 8268).

Non avendo la Banca assolto al proprio onere probatorio, e dunque non risultando che le clausole unilateralmente predisposte fossero state oggetto di trattativa individuale ex art. 34, comma 5, D.lgs n. 206/2005, nel caso di specie non può trovare applicazione la deroga all'art. 1957 c.c., acquistando così rilievo il disposto di tale norma nella parte in cui impone che l'Istituto di Credito dia prova, a pena di decadenza, di essersi tutelato giudizialmente nei confronti del debitore entro il termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale.

Secondo l'orientamento affermato dalla S.C. (Cass., sez. 2, 29/01/2016 , n 1724; Cass. 12.11.2004, n 21524; Cass. 2.4.2004, n 7502;), l'art. 1957 c.c., nell'imporre al creditore di proporre la sua "istanza" contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore, a pena di decadenza dal suo diritto verso quest'ultimo, 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 a sortire il risultato sperato.

Il termine decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere: tanto premesso, individuando quale dies a quo la lettera di costituzione in mora datata 5.6.2017, o comunque il 30.6.2017 (data di scadenza dei mutui chirografari), deve ritenersi che il termine di sei mesi sia spirato avendo la Banca agito in giudizio proponendo ricorso per decreto ingiuntivo in data 29.5.2018.

Occorre solo precisare che, in relazione allo scoperto di conto corrente, il termine ex art. 1957 c.c. decorreva dalla lettera di costituzione in mora del 5.6.2017, come correttamente evidenziato da parte appellante.

In effetti a quella data il rapporto doveva dirsi sostanzialmente chiuso e non operativo: il saldaconto ex art. 50 TUB prodotto dalla Banca sub doc. 6, datato 11.4.2018, evidenzia che dopo il 31.12.2016 il conto non risultava movimentato.

Quanto ai mutui, il contratto di mutuo n. 119/333005051 venne stipulato in data 17/12/2012 tra [REDACTED] s.a.s. e [REDACTED] S.p.a. per la somma di € 22.649,50 rimborsabile in anni 5 con scadenza della prima rata di rimborso in data 31/12/2012 e l'ultima il 30/6/2017 (cfr. doc. 8 Banca).

Mentre il contratto di mutuo chirografario n. 119-333005052 sempre in data 17/5/2012 tra [REDACTED] s.a.s. e la Banca per la somma di € 22.649,50 (docc. 5-8 Banca) rimborsabile in anni 5 con prima rata scadente il 31/12/2012 e l'ultima il 30/6/2017.

Dunque per i mutui il termine ex art. 1957 c.c. decorreva, a tutto concedere, dal 30.6.2017. Da tutto quanto sopra consegue che la fideiussione azionata nei confronti [REDACTED] si sia oramai estinta, non avendo il creditore provato di avere "con diligenza" proposto e continuato le sue azioni nei confronti del debitore nel termine di legge, ed in questi termini andrà riformata la sentenza appellata.

L'accoglimento del secondo motivo di gravame nei termini illustrati comporta l'assorbimento del **terzo motivo di gravame** e di ogni ulteriore questione sollevata da parte appellante.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

