

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

LA CORTE DI APPELLO DI ANCONA, prima sezione civile,
composta dai seguenti Magistrati:

Dott.ssa Annalisa Gianfelice - Presidente
Dott.ssa Paola De Nisco - Consigliere
Dott.ssa Paola Damiani - Giudice Ausiliario rel.
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel procedimento civile in grado di appello iscritto al n. xxx/2022 R.G.A.C., posto in decisione con ordinanza del 9.04.2024 e riservato a sentenza con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c., a seguito di deposito telematico di note scritte dei procuratori delle parti contenenti le sole istanze e conclusioni, in esecuzione del provvedimento Presidenziale emesso ex art. 127 ter c.p.c., nella formulazione introdotta dall'art. 35 d.lgs. n. 149/2022, tra
SERVICER,

appellante

e

EREDI DEL FIDEIUSSORE,

appellati

Oggetto: rapporti fideiussori – liberazione ex artt. 1956 1957 c.c., opposizione a decreto ingiuntivo, appello avverso la sentenza n. 9/2022 emessa in data 3/4.01.2022 dal Tribunale di Ancona

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso riportandosi ai rispettivi scritti difensivi, chiedendo l'accoglimento delle conclusioni ivi rassegnate e reiterate nelle note telematiche per la trattazione scritta

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. x/2022 emessa in data 3/4.01.2022 il Tribunale di Ancona, definitivamente pronunciando nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo sulla domanda proposta da **EREDI DEL FIDEIUSSORE**, tutti eredi di **FIDEIUSSORE N.1**(garante originario), nei confronti di **OMISSIS S.p.a.**, poi **BANCA S.p.a.**, al fine di sentir revocare il decreto ingiuntivo dell'importo di €.535.301,59 emesso per scoperto di apertura di credito intestato alla debitrice principale **DEBITORE**, garantita con fideiussione rilasciata congiuntamente in data 23.02.2011 dal de cuius **FIDEIUSSORE N.2** e da **FIDEIUSSORE N.2** sino alla concorrenza della somma di €.525.000, ritenuto che il documento denominato “conferma impegno fideiussorio” sottoscritto in data 29.11.2012 ha comportato il solo subentro, da parte degli eredi, dell'impegno già assunto dal garante originario e non l'assunzione in proprio di una nuova obbligazione solidale senza una previsione dell'obbligo di tenersi al corrente delle vicende della società ed avendo peraltro la banca fatto credito negli anni successivi, senza tenere al corrente i garanti subentrati, ha accolto l'opposizione e revocato il decreto ingiuntivo opposto, compensando tra le parti le spese di lite.

Avverso la citata sentenza ha proposto appello **SERVICER**, quale mandataria di **BANCA S.p.a.**, chiedendone l'integrale riforma per avere il giudice di prime cure provveduto alla liberazione dei fideiussori in violazione del disposto dell'art. 112 c.p.c., pur non avendo essi eccepito che il creditore avesse fatto credito al terzo senza chiedere l'autorizzazione ai garanti, nonostante conoscesse l'aggravamento delle condizioni patrimoniali del terzo, essendosi invero limitati ad una generica invocazione della violazione dell'art. 1956 c.c.; l'eccezione avrebbe dovuto, comunque, essere rigettata in mancanza di prova dei suoi fatti costitutivi e, pur se

provata, non avrebbe potuto essere accolta per la inapplicabilità dell'art. 1956 c.c. validamente derogato con l'originaria "fideiussione" avente, in realtà, natura di atto autonomo di garanzia, né era necessario chiedere alcuna autorizzazione ai garanti, poiché appartenenti al medesimo nucleo familiare e che, ad eccezione di **EREDE**, erano tutti membri del CdA della società debitrice principale considerando, inoltre, che la conferma di fideiussione datata 29.11.2012 evidenzia la volontà dei suoi sottoscrittori di estendere nei loro confronti l'efficacia della garanzia già sottoscritta dal *de cuius*. La sentenza è erronea anche nella parte in cui attribuisce natura di fideiussione, anziché di contratto autonomo di garanzia, al contratto sottoscritto da **FIDEIUSSORE N.1** il 23.02.2011, con l'effetto di comportare il rigetto automatico delle principali eccezioni sollevate, tra cui quella di liberazione dei garanti ex art. 1957 c.c. in presenza della raccomandata del 27.02.2017 contenente il recesso della banca ed idonea ai fini della decorrenza del termine semestrale, a cui è seguita in data 20.06.2017 la messa in liquidazione coatta amministrativa della debitrice principale, nei cui confronti la banca non ha, quindi, potuto agire giudizialmente. L'appellante affronta anche le altre eccezioni che non sono state prese in considerazione nella sentenza impugnata, qualora vadano a costituire oggetto di esame d'ufficio da parte del giudice d'appello.

In data 28.06.2022 si è costituita in giudizio ex art. 111 c.p.c. **SPV** rappresentata da **SERVICER**, quale cessionaria pro soluto ex art. 58 TUB di alcuni crediti di **BANCA S.p.a.**, tra cui quello controverso, aderendo a tutte le argomentazioni già spiegate dalla difesa della cedente **BANCA S.p.a.**

Si sono regolarmente costituiti in giudizio **EREDI DEL FIDEIUSSORE N.1**, contestando in modo specifico l'avverso gravame, preliminarmente eccependo il difetto di legittimazione attiva di **SPV**, attesa l'insufficienza probatoria dell'avvenuta cessione, non essendo sufficiente l'avviso di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale in cui si fa riferimento solo ad una determinata categoria di crediti (finanziamento, ipotecari o chirografari, saldi debitori) compresi in un dato periodo, senza però alcuna specificazione in ordine al credito ceduto; gli appellati hanno chiesto, nel merito, la conferma della sentenza che, correttamente, ha rilevato la sussistenza dei presupposti per la liberazione del fideiussore ai sensi dell'art. 1956 c.c. per avere la banca concesso credito alla debitrice principale senza chiedere l'autorizzazione ai garanti che, essendo tutti eredi del fideiussore originario, risultano firmatari di un impegno generico al riconoscimento della fideiussione originaria e non anche delle singole clausole ivi contenute e, in particolare, dell'obbligo di informazione periodica circa l'andamento del debito principale e l'eventuale suo aggravamento, né risulta documentato in atti il coinvolgimento dei garanti nelle vicende societarie, pertanto il giudice di prime cure ha fatto corretta applicazione del principio secondo il quale la banca che concede finanziamenti al debitore principale, pur conoscendone le difficoltà economiche, confidando nella solvibilità del fideiussore senza informare quest'ultimo dell'aumentato rischio e senza chiederne la preventiva autorizzazione, incorre in violazione degli obblighi generici e specifici di correttezza e buona fede contrattuale; la presunzione di autonomia della clausola "a prima richiesta" è sempre suscettibile di prova contraria, qualora dal contenuto della convenzione negoziale risulti una diversa volontà delle parti, che nel caso di specie consiste nello specificare la natura bancaria delle operazioni da cui scaturisce l'obbligazione garantita; corretta, infine, è la decisione in ordine all'applicabilità dell'art. 1957 c.c., essendo nulla la clausola che veicola la deroga alla predetta disposizione, in quanto dalla revoca degli affidamenti fino alla notifica del decreto ingiuntivo è trascorso un periodo molto più ampio di quello semestrale richiesto dalla legge; considerata la coincidenza tra le clausole contenute nella fideiussione controversa con quelle di cui agli articoli 2-6-8 del modulo predisposto dall'ABI nel 2002 oggetto di censura con il provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 della Banca d'Italia, la garanzia prestata è da ritenersi totalmente invalida e l'obbligazione fideiussoria estinta.

A seguito di ordinanza del 9.04.2024, precisate le conclusioni con note di trattazione scritta come in epigrafe, la Corte ha trattenuto la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

L'appello è fondato e merita accoglimento.

Va preliminarmente affrontata l'eccezione relativa al difetto di legittimazione attiva e titolarità del rapporto dedotto in giudizio in capo al creditore e neocostituita **SPV**, sollevata dalla difesa degli appellati nell'assunto dell'omessa dimostrazione che il credito oggetto di cessione ex art. 58 TUB sia incluso nell'operazione di cartolarizzazione relativa all'avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale e depositato in giudizio, in quanto esso non indicherebbe, con sufficiente certezza, i crediti inclusi/esclusi dall'ambito della cessione, presentando un mero rimando a criteri, condizioni ed elenchi inesistenti, di cui non risulterebbe alcun elemento di prova che consenta di individuare con certezza l'oggetto della cessione a causa del generico riferimento a crediti derivanti da aperture di credito, contratti di mutuo e finanziamenti erogati in altre forme tecniche qualificati come deteriorati. In particolare, il solo estratto della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dove si individuano i crediti unicamente sulla base di un criterio temporale e poi sulla classificazione generica "a sofferenza" ai sensi della circolare della Banca di Italia n. 272/2008 non sarebbe idoneo a provare la sussistenza nei confronti dello specifico credito in contestazione dei requisiti – passaggio a sofferenza e segnalazione alla centrale rischi appunto – che legittimano la titolarità e dimostrano l'inclusione nel blocco dei crediti ceduti. La censura non coglie nel segno.

Poiché la questione investe il merito della controversia e cioè la titolarità o meno del rapporto giuridico già relativo a **Banca OMISSIS S.p.a.** in capo alla cessionaria appellante (cfr. Cass. sent. SU n. 2951 del 16.02.2016), non si pongono questioni di inammissibilità dell'eccezione per la sua rilevabilità d'ufficio, risultando -anche se non tempestivamente- sollevata dagli appellati, ma non presa in considerazione dal giudice di prime cure.

A riguardo questa Corte si limita a rilevare come costituisca principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di legittimità quello per cui "Le contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotte dall'attore hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti" (cfr. Cass. sent. SU n. 2951 del 16.02.2016; Cass. ord. n. 30545 del 20.12.2017; Cass. sent. n. 3765 del 12.02.2021).

Si osserva, inoltre, come nel corso del giudizio di primo grado gli odierni appellati non abbiano né riconosciuto espressamente la titolarità in capo alla cessionaria dei rapporti giuridici per cui è causa, né svolto difese incompatibili con la negazione della detta titolarità (cfr. Cass. SU sent. n. 2951/2016 cit; ord. n. 22525 del 24.09.2018), essendosi limitati a contestare la pretesa azionata nei loro confronti in via monitoria riferendosi alle pretese della banca cedente, parte originaria del rapporto.

Acclarata l'ammissibilità della suddetta eccezione, va osservato come nell'ipotesi di un'operazione di cessione in blocco secondo la speciale disciplina di cui all'art. 58 d.lgs. n. 385/1993, colui che agisca affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario ha anche l'onere di dimostrare l'inclusione del credito in detta operazione mediante prova documentale della propria legittimazione sostanziale (cfr., da ult., Cass. civ. sez. I, 22.02.2022, n. 5857) e, sebbene per la cessione del credito non sia prevista una disciplina specifica quanto alle eccezioni opponibili dal debitore ceduto al cessionario, si ritiene che per effetto di tale vicenda, cui il debitore ceduto resta comunque estraneo, non possa in alcun modo determinarsi una modifica peggiorativa della sua posizione originaria, essendo per lui indifferente la persona del creditore, dal momento che deve ugualmente pagare ad uno dei due soggetti.

D'altra parte, per evitare che tale vicenda possa essergli di pregiudizio, il debitore ceduto può "opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente, sia quelle attinenti alla validità del titolo costitutivo del credito, sia quelle relative ai fatti modificativi ed estintivi del rapporto anteriori alla cessione od anche posteriori al trasferimento, ma anteriori all'accettazione della

cessione o alla sua notifica o alla sua conoscenza di fatto” (cfr. Cass., Sez. 5, Ord. 20 aprile 2018, n. 9842; Cass., Sez. 3, sent. 17 gennaio 2001, n. 575).

Ciò posto, occorre a questo punto prendere atto che l’art. 4 della L. n. 130/1999, il quale richiama a sua volta i commi secondo, terzo e quarto dell’art. 58 TUB, prevede che l’iscrizione nel registro delle imprese e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell’estratto della cessione valgano come notifica al debitore ceduto ex art. 1264, co. 2, c.c., pertanto il meccanismo pubblicitario determina in capo al debitore e ai terzi una conoscenza legale della cessione.

Muovendo dal presupposto che gli estratti di cessione pubblicati in Gazzetta Ufficiale, nella quasi totalità dei casi riportano solo criteri generali con cui identificare i singoli crediti ceduti in blocco, sovente di difficile lettura e comprensione, ampia parte della giurisprudenza, soprattutto di merito, ha più volte ritenuto che l’estratto pubblicato in Gazzetta Ufficiale non possa da solo essere sufficiente ad integrare la prova richiesta in capo alla cessionaria del credito, la quale per dimostrare di essere titolare del rapporto dovrebbe onerarsi di produrre in giudizio anche il contratto di cessione da cui si possa ricavare che lo specifico credito per il quale essa agisce sia stato effettivamente ed inequivocabilmente cartolarizzato, salvo a ritenere il raggiungimento della prova mediante dimostrazione che il singolo credito rientri in tutti i criteri indicati nell’estratto di cessione, pubblicato appunto in Gazzetta Ufficiale.

Fondamentale sul punto è la pronuncia della Cassazione Civile, Sez. I, sent. n. 4453/2018, che estende i principi delle Sezioni Unite del 2016 alle opposizioni allo stato passivo ex art. 98 L.F., promosse dalle società veicolo di cartolarizzazione: si tratta di un orientamento nell’ambito del quale si colloca anche Cass. civ., Sez. II, sent. n. 9768/2016, in materia di cessione di credito in generale, che già aveva affermato che “il cessionario che agisca per ottenere l’adempimento del debitore è tenuto a dare la prova del negozio di cessione, quale atto produttivo di effetti traslativi” seppur non “anche a dimostrare la causa della cessione o il corrispettivo per essa pattuito”. In materia di cessioni di credito in blocco, rilevanti sono anche le pronunce della Suprema Corte (cfr. sent. n. 4116/2016 e sent. n. 10518/2016), secondo le quali la società cessionaria che intenda costituirsi in giudizi in corso, anche di legittimità, “di fronte alla contestazione della controparte, ha l’onere di produrre, anche successivamente al deposito del ricorso stesso, ai sensi dell’art. 372 c.p.c., i documenti idonei a dimostrare l’inclusione del credito oggetto di causa nell’operazione di cessione in blocco D.Lgs. n. 385 del 1993, ex art. 58 dovendo fornire la prova documentale della propria legittimazione, a meno che la controparte non l’abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta”.

In senso analogo si pone Cass. civ., Sez. 3, sent. n. 22268/2018, a tenore della quale “non può non rilevarsi che il giudice d’appello ha affermato che la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale esonera sì la cessionaria dal notificare la cessione al titolare del debito ceduto, ma che se non individua il contenuto del contratto di cessione non prova l’esistenza di quest’ultima. Tale rilievo è condivisibile, giacché una cosa è l’avviso della cessione – necessario ai fini della efficacia della cessione – un’altra la prova della esistenza di un contratto di cessione e del suo specifico contenuto. La questione si sposta allora, in ultima analisi, sulla valutazione probatoria, valutazione che è riservata al giudice di merito”: pronuncia che riprende un orientamento della Corte di Cassazione, che ha recentemente avuto modo di affermare: “In tema di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell’avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l’indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione” (cfr. Cass. civ., Sez. III, sent. n. 15884/2019 e n. 17110/2019, che richiamano a loro volta Cass. civ., Sez. V, sent. n. 31118/2017).

Reputa questa Corte territoriale come la predetta pubblicazione sia in effetti idonea ad assolvere alla funzione pubblicitaria di cui sopra, limitandosi l’avviso de quo ad elencare non lo specifico credito oggetto di cessione, ma le singole categorie dei crediti ceduti, inoltre l’elencazione è generica in quanto richiama delle macrocategorie di crediti in alcun modo

circoscritte: pertanto, in mancanza di produzione in giudizio dello specifico contratto di cessione che contempra il credito in controversia, un valido criterio alternativo alla prova documentale della propria legittimazione è costituito dal comportamento concludente della società cessionaria, costituitasi ex art. 111 c.p.c. nel corso del presente gravame, ad indicare che la cessione sia valida ed efficace, particolarmente rafforzato dalla circostanza che la controparte debitrice “l’abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta” (cfr. anche la recente e già citata Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2022, n. 5857), come nel caso in esame in cui gli appellati hanno eccepito la validità dell’atto costitutivo di garanzia, sottoscritto dal loro dante causa ed accessorio ai rapporti bancari da cui ha origine il credito fatto valere dalla società cessionaria, in tal modo riconoscendo ab implicito l’esistenza del rapporto in capo alla debitrice principale garantita, **DEBITORE**, con conseguente riconoscimento della validità della cessione medio tempore intervenuta nei confronti della odierna parte appellante, che in tale giudizio esercita legittimamente i relativi diritti sostanziali e processuali del credito di cui è divenuta titolare con l’atto di cessione.

Sempre in via preliminare, occorre esaminare l’eccezione di nullità delle fideiussioni, il cui scrutinio è ammissibile per essere rilevabile d’ufficio, sollevata dagli appellati nel presupposto che esse siano state rilasciate in attuazione di intesa anticoncorrenziale in violazione dell’art. 33 L. 10.10.1990 n. 287, nonché per la loro conformità allo schema contrattuale ABI e, in quanto tali, oggetto di sanzione inflitta dalla Banca d’Italia per violazione dell’art. 2 della legge n. 287/1990, con conseguente richiesta di liberazione delle garanti quale conseguenza della pretesa nullità.

Il motivo è infondato.

Va in primis osservato, quanto alla competenza esclusiva per materia che per la difesa degli appellati competerebbe esclusivamente alle sezioni specializzate in materia d’imprese del Tribunale ex art. 3 D.lgs. n. 168 del 27.06.2003, come la competenza funzionale spetta al tribunale ordinario civile e non a quello delle imprese, qualora come nel caso in esame la domanda attorea abbia per oggetto il pagamento di somme (in parte per ‘attività interna’, in parte per ‘differenze’), il pagamento di un importo ex art. 2041 c.c. e la condanna al risarcimento del danno (cfr. Tribunale Monza sez. I, 18.01.2021, n.120) e che, qualora la doglianza sia posta quale eccezione riconvenzionale diretta a paralizzare la pretesa creditoria dell’istituto di credito, essa potrà essere esaminata dal giudice ordinario (cfr. Tribunale Spoleto, sez. I, 12.04.2021, n. 244).

In sede di esame dell’eccezione nel merito, nella premessa che con il richiamato provvedimento n. 55/2005 la Banca d’Italia aveva accertato che “gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall’ABI 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”, occorre in particolare evidenziare come le verifiche compiute dalla BIT nel corso dell’istruttoria abbiano “mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell’ABI” discendendo tale uniformità “da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell’ABI (non ancora diffuso presso le associate), che potrebbe però essere perpetuata dall’effettiva introduzione di quest’ultimo”.

A tale proposito, la Corte di Cassazione, dapprima con ordinanza n. 28910/2017 e successivamente con sentenza n. 21878 del 15.06.2019, ha espresso il principio secondo cui “il mero dato della coincidenza oggettiva delle condizioni contrattuali pattuite con quelle di cui agli articoli 2), 6) ed 8) del Modulo ABI è condizione necessaria e sufficiente per ritenere che l’invalidità dell’intesa “a monte” tra Istituti di credito, volta a restringere la concorrenza, si estenda in via derivata al contratto di garanzia “a valle”, stipulato tra la singola Banca ed il singolo garante, poiché appare evidente che l’intesa “a monte” ... ha quale finalità unica ed esclusiva, quella di imporre in modo generale ed uniforme a tutti i contraenti le pattuizioni

convenute tra le Banche, in tal modo ripercuotendosi inevitabilmente, quale effetto naturale, sui singoli contratti di garanzia”.

Al fine di valutare la validità ed efficacia delle suddette clausole impugnate, ciò che rileva è quindi la coincidenza delle pattuite condizioni negoziali con il testo di uno schema contrattuale che potesse ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva: l’illiceità derivata dalle intese anticoncorrenziali ‘a monte’ deve essere affermata a patto che il contenuto delle stesse sia effettivamente trasposto nelle singole clausole dei contratti ‘a valle’, non potendo l’accertamento dell’intesa illecita comportare in via automatica la nullità dei negozi conclusi tra le imprese aderenti al cartello e i singoli soggetti ad esso estranei.

Applicando i suesposti principi al caso specifico, risalendo la stipula della garanzia fideiussoria all’anno 2011, quindi a distanza di svariati anni dal citato provvedimento della Banca d’Italia, è onere degli appellati provare i fatti costitutivi della domanda, tra cui la perdurante esistenza, all’epoca di sottoscrizione del contratto in discussione, dell’intesa illecita, non potendo essi giovare dell’accertamento dell’intesa contenuto in un provvedimento dell’Autorità competente non più contingente, poiché basato su un’indagine a campione svolta nel settembre 2004, quindi inidonea ad assurgere a prova privilegiata del contestato utilizzo generalizzato ed uniforme da parte delle banche degli stessi modelli contrattuali contenenti le tre clausole citate: ed infatti, i provvedimenti delle autorità indipendenti di garanzia costituiscono prova privilegiata dei fatti accertati, che possono essere richiamati dalla parte interessata anche in altri giudizi, anche se tale prova opera con riferimento specifico agli accertamenti svolti e relativamente alla loro epoca.

Ed infatti, la “prova privilegiata” costituita dagli accertamenti effettuati da AGCM e da Banca di Italia sulla abusività delle note clausole è limitata al periodo che va dal 2002 al 2005 (periodo di indagine sul quale si è concentrata l’istruttoria svolta dalle predette autorità) ed è limitata alle sole fideiussioni omnibus (con esclusione di fideiussioni specifiche e contratti autonomi di garanzia), consiste in una presunzione di “sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso” (così Cass. Civ. 22 maggio 2019 n. 13846, richiamato dalla recente sent. Trib. Milano, 6 settembre 2022, n. 7015) solo per le fideiussioni omnibus ricadenti nell’ambito di applicazione, anche temporale, di tale provvedimento, in cui la questione attinente all’onere di allegazione e prova è agevolata, considerato il valore di prova privilegiata del provvedimento, superabile peraltro da una prova contraria.

Ne discende che per fideiussioni sottoscritte prima del 2002 o dopo il 2005 c’è necessità di una prova rigorosa di tutti gli elementi dell’illecito anticoncorrenziale e, in primis, la prova che un numero significativo di banche utilizzava quel modulo, che quella banca faceva parte del “cartello” e che effettivamente c’è stata distorsione della concorrenza, pertanto, nel caso specifico gli appellati avrebbero dovuto, in punto di allegazione fattuale e documentale, non affidarsi all’istruttoria della Banca d’Italia, per avvalersi della sua particolare funzione probatoria, ma “introdurre autonoma fattispecie con autonomi fatti, volti a censurare l’esistenza di prassi contrattuale diffusa presso gli istituti di credito violatrice per le modalità di applicazione uniforme dell’articolo 2, comma 2, lettera a) della legge n. 287/1990” (cfr. Tribunale di Napoli, Sezione specializzata in materia di impresa, sentenza del 16 giugno 2020). La presenza delle clausole nella garanzia rilasciata dal de cuius degli appellati dimostra solo che l’istituto di credito non aveva ancora dato seguito al provvedimento di Banca d’Italia, ma nulla prova circa la condotta delle altre banche e soprattutto in ordine alla esistenza di un’applicazione uniforme di quello schema, la cui prova si rende necessaria ai fini del supporto dell’eccezione di nullità della fideiussione: la prova dell’accordo anticoncorrenziale e della diffusione uniforme del modello di garanzia contestato, potrebbe ad esempio avvenire con la produzione di una serie di moduli riguardanti contratti similari, praticati da altre banche.

Si tratta infatti di clausole negoziali, come riconosciuto anche dal provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 20.04.2005 e dal Provvedimento n. 55/2005 in esame, in se stesse e nella loro combinazione del tutto lecite in quanto legittimamente derogatorie di norme codicistiche, derivando il loro potenziale effetto anticoncorrenziale esclusivamente dalla possibilità della loro applicazione in maniera uniforme da parte degli Istituti di credito e tale circostanza dev’essere provata da chi intende farla valere: peraltro, la dedotta nullità delle clausole anzidette non potrebbe comunque condurre ad una declaratoria di nullità dell’intero contratto ex art. 1419 c.c., in difetto di allegazione che quell’accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso: gli appellati, che pur ne erano onerati, non hanno infatti allegato, né provato la sussistenza di specifiche circostanze di fatto dalle quali desumere che le fideiussioni in esame non sarebbero state concluse in assenza delle clausole di cui adesso invocano la nullità.

Rilevata la mancata prova, nel caso controverso, della diffusione uniforme nel 2011 -anno di sottoscrizione della garanzia omnibus in esame- da parte delle banche del modulo ABI contestato a causa della mancata produzione degli elementi fattuali da valutare e costituiti dagli altri contratti simili praticati da altri istituti di credito nello stesso periodo, né risultando depositato in atti il modulo stesso che, trattandosi di un atto amministrativo, dev’essere allegato solo dalla parte e non può essere diversamente acquisito o conosciuto dal giudice, l’eccezione oggetto del motivo di gravame in esame va rigettata anche nel merito, dovendo ritenersi assorbita la questione della operatività della clausola n. 5) dell’atto di garanzia in esame, a tenore del quale la banca è titolata a far “valere i diritti derivanti dalla fideiussione fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore”, quindi con dispensa della banca a dover escutere il debitore entro sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione, come previsto dall’art. 1957 c.c.

Reputa, infatti, il Collegio che l’interpretazione letterale e teleologica della stessa portano incontrovertibilmente ad affermare che l’obbligo di garanzia assunto dal dante causa degli appellati non sia stato correlato alla scadenza dell’obbligazione principale, bensì al suo integrale soddisfacimento.

Così ricostruita la volontà delle parti, non può che farsi applicazione nel caso di specie del consolidato principio di diritto per cui “Allorché la polizza fideiussoria è correlata non alla scadenza dell’obbligazione principale, ma al suo integrale soddisfacimento, l’azione del creditore non è più soggetta ad alcun termine di decadenza, con conseguente estraneità della relativa situazione rispetto all’area di operatività dell’art. 1957 c.c.” (cfr. Cass. sent. n. 16836 del 13.08.2015; n. 8839 del 13.04.2007; n. 16233 del 3.08.2005; n. 16758 del 27.11.2002).

Ad ogni modo, secondo la tesi appellante, il rigetto dell’eccezione di liberazione dei garanti ex art. 1957 c.c. avrebbe dovuto far seguito anche all’invocato riconoscimento della natura di contratto autonomo di garanzia, anziché di fideiussione, che la sentenza ha erroneamente attribuito al contratto in esame, nell’assunto che il garante originario FIDEIUSSORE aveva derogato al principio di accessorietà previsto dall’art. 1945 c.c. con la clausola n. 6) del contratto, a tenore della quale “Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio”.

Il rilievo non può essere accolto.

Reputa il Collegio di poter condividere il principio giurisprudenziale secondo cui è configurabile il contratto autonomo di garanzia solo nel caso in cui il contratto contenga contemporaneamente sia l’obbligo di pagamento a prima richiesta scritta che la rinuncia ad opporre eccezioni, in quanto solo siffatta combinazione manifesterebbe la volontà di vincolarsi senza quel carattere di accessorietà che caratterizza la fideiussione.

Ebbene, nell'atto costitutivo di garanzia prestata dall'appellato è presente unicamente la dicitura di pagamento "a prima richiesta", ma essa non è sufficiente per qualificare un contratto autonomo, rilevando anche la mancanza dell'ulteriore specificazione "senza eccezioni", essendo la pattuizione di siffatta clausola incompatibile con l'accessorietà che caratterizza la fideiussione.

Ed infatti, il contratto autonomo di garanzia si distingue dalla fideiussione ordinaria per l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione del garante dalla facoltà di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 c.c. (Cass. Civ. 31 luglio 2015 n. 16213).

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità l'uso di espressioni quali "a prima richiesta", "a semplice richiesta" e similari non è decisivo ai fini della qualificazione della garanzia in termini di contratto autonomo di garanzia, potendo tali espressioni significare che le parti hanno inteso corredare la fideiussione della clausola *solvet et repete* (Cass. 28 febbraio 2007 n. 4661), ritenuta non incompatibile con la struttura di tale contratto tipico (Cass. Civ. SS.UU. 18 febbraio 2010 n. 3947). Per qualificare un rapporto in termini di contratto autonomo di garanzia non è sufficiente la previsione di una clausola di pagamento a prima richiesta, occorrendo altri indici che attestino la volontà delle parti di rendere l'obbligazione di garanzia autonoma rispetto all'obbligazione garantita ed insensibile alle vicende di questa. Anche recentemente è stato affermato che la clausola di pagamento a prima richiesta non ha rilievo decisivo per la 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 accessiorietà, 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, a una deroga parziale della disciplina dettata dall'art. 1957 c.c. (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 l'azione giudiziaria: cfr. Cass. Civ. sentenza n. 5478 del 29 febbraio 2024).

Ciò che consente di identificare la reale natura del contratto di garanzia è l'esclusione della possibilità di sollevare eccezioni relativi ai vizi del rapporto principale (*ex multis*, Cass. n. 4717/2019; Cass. n. 15091/2021), sicché, oltre a considerare la presenza della clausola di pagamento a prima richiesta, ai fini della indagine circa la natura della garanzia, occorre valutare complessivamente il contenuto del regolamento contrattuale (cfr. Cass., SS.UU. n. 3947/2010; Cass. n. 4717/2019).

Anche secondo la giurisprudenza di merito, il contratto che contiene la prima clausola, ma non la seconda perché l'esclusione di eccezioni è limitata solo al tempo in cui la banca eserciterà il suo diritto di credito e niente più, rappresenta quindi un normalissimo contratto di fideiussione bancaria e non un contratto autonomo di garanzia (Tribunale Padova, sez. II, 29.01.2019), pertanto correttamente il giudice di prima istanza ha qualificato l'atto come fideiussione omnibus, sia pure con la diversa motivazione per cui "Il fideiussore riconosce alla Banca il diritto di stabilire a quale delle obbligazioni del debitore debbano imputarsi i pagamenti da lui fatti" (cfr. pag. 3 sent.).

Sempre in materia di liberazione del fideiussore, la società appellante si duole dell'erroneo accoglimento dell'opposizione nel convincimento che la banca, in violazione dell'art. 1956 c.c., abbia concesso credito alla debitrice principale senza chiedere l'autorizzazione ai garanti, peraltro contravvenendo al principio di cui all'art. 112 c.p.c., attesa la mancata specifica indicazione della violazione in questione da parte degli opposenti/garanti, inoltre, sempre secondo la tesi appellante, non sarebbe stato necessario chiedere loro alcuna autorizzazione, per appartenere al medesimo nucleo familiare e, ad eccezione di **EREDE**, per ricoprire all'interno della società debitrice principale la carica di amministratori e consiglieri, come risulta dalla visura camerale allegata al fascicolo monitorio, dovendosi quindi presumere, anche per costante

giurisprudenza, che gli stessi siano, a prescindere, al corrente della situazione economica della società garantita.

Il motivo è fondato.

Muovendo da tale ultima considerazione riguardante l'effettiva conoscenza, a prescindere, della situazione economica societaria, il Collegio condivide il principio giurisprudenziale secondo cui l'esclusione della liberazione del fideiussore è certamente giustificata dall'effettiva e diretta conoscenza, da parte di ciascun fideiussore, della situazione economico-finanziaria della società garantita e delle attività sociali, per esserne al corrente in virtù della partecipazione in seno all'amministrazione della società, dovendosi in tale sede valorizzare il dato di fatto per il quale il socio ha il diritto di informarsi dell'attività sociale mediante l'ispezione dei libri sociali e l'esame dello stato patrimoniale, nonché mediante l'approvazione del bilancio in assemblea: "tra i diritti del socio di una società di capitali vi è quello di informarsi dell'attività sociale, mediante l'ispezione dei libri sociali (art. 2422 c.c.) e l'esame dello stato patrimoniale (art. 2424 c.c.). Pertanto, nel caso in cui il fideiussore per obbligazione futura, che cumula la duplice qualità di socio e di garante della società debitrice principale, chiede di essere liberato dalle sue obbligazioni nei confronti del creditore, ai sensi dell'art. 1956 c.c., è legittima la presunzione operata dal giudice di merito che rigetti tale richiesta basando il proprio accertamento sulla presunzione che il fideiussore era al corrente della situazione economica della società ed avrebbe potuto intervenire per impedire eventi pregiudizievoli a sé ed alla società" (Cass. 3 agosto 1995, n. 8486).

Implicitamente prestata è, inoltre, da ritenersi l'autorizzazione di cui all'art. 1956 c.c. quando il fideiussore sia anche amministratore della società garantita, poiché la richiesta di finanziamento proveniente dal debitore è formulata dal legale rappresentante della società, che è al contempo fideiussore della stessa. Ai fini della non applicabilità al caso di specie della liberatoria prevista dal menzionato art. 1956 c.c., in ragione della particolare qualifica rivestita da tutti gli appellati (soci ed amministratori della società correntista garantita, ad eccezione di **EREDE** che è, però, la madre di tutti gli altri soci e garanti), si veda anche la più recente giurisprudenza sul punto: "Nella fideiussione per obbligazione futura, l'onere del creditore, previsto dall'art. 1956 c.c., di richiedere l'autorizzazione del fideiussore prima di far credito al terzo, le cui condizioni patrimoniali siano peggiorate dopo la stipulazione del contratto di garanzia, assolve alla finalità di consentire al fideiussore di sottrarsi, negando l'autorizzazione, all'adempimento di un'obbligazione divenuta, senza sua colpa, più gravosa; tale onere non sussiste allorché nella stessa persona coesistono le qualità di fideiussore e di legale rappresentante della società debitrice principale, giacché, in tale ipotesi, la richiesta di credito da parte della persona obbligatasi a garantirlo comporta di per sé la preventiva autorizzazione del fideiussore alla concessione del credito" (cfr. Cass. ord. n. 7444 del 23.03.2017; Cass. sent. n. 31227 del 29.11.2019).

Ed ancora, non può configurarsi una violazione contrattuale liberatoria ex art. 1956 c.c. se la conoscenza delle difficoltà economiche in cui versa il debitore principale è comune, o dev'essere presunta tale, come nell'ipotesi in cui debitrice sia una società nella quale il fideiussore ricopre la carica di amministratore (Trib. Milano Sez. VI, 15.07.2010; Cass. civ., Sez. I, 21.02.2006, n. 3761).

Va, comunque, rilevato come il primo giudice abbia errato nel ritenere che la sottoscrizione da parte degli eredi in data 29.11.2012 della "conferma impegno fideiussorio" non costituisca una nuova assunzione di responsabilità personale di ciascuno di essi, ma una mera specificazione di quella già prestata del *de cuius*: gli eredi "non hanno sottoscritto in proprio alcun obbligo di tenersi al corrente delle condizioni del soggetto garantito, fatto dal loro dante causa; il quale si è impegnato a nome dei suoi successori con l'articolo 2, ma questo avrebbe richiesto la doppia sottoscrizione degli eredi in proprio di tutte le clausole della originaria fideiussione omnibus; cui hanno inteso accedere come eredi, e non in proprio con autonoma volontà contrattuale" (cfr. pag. 3).

Sentenza, Corte di Appello di Ancona, Pres. Gianfelice – Rel. Damiani, n. 1039 del 03.07.2024

Del resto, il vincolo obbligatorio fatto valere dalla banca si pone in linea con il principio per il quale la morte del fideiussore non costituisce causa di estinzione della garanzia con la conseguenza che, se alla morte del garante il debito non risulta estinto, il vincolo fideiussorio rimane in vita e resta valido, di modo che i successori subentrano nella stessa situazione giuridica del *de cuius*, con gli stessi diritti e gli stessi doveri; la successione nella fideiussione avviene per effetto dell'accettazione dell'eredità pura e semplice, senza che sia necessaria alcuna comunicazione da parte della banca al riguardo, essendo gli aventi causa obbligati all'adempimento pro quota dell'obbligazione fideiussoria e ciò anche con riferimento ai debiti sorti a seguito della morte del fideiussore.

Sull'argomento, la Suprema Corte ha stabilito che "l'obbligazione assunta dal garante, non essendo *intuitu personae*, continua a sussistere dopo la sua morte e si trasmette ai suoi eredi i quali, subentrando nella sua posizione giuridica, rispondono, in proporzione delle rispettive quote ereditarie, di quell'adempimento dell'altrui obbligazione futura a cui il fideiussore si era personalmente obbligato" (cfr. Cass. Civ., Sez. 3, sentenza n. 4801 del 13.04.2000). L'erede, pertanto, subentra in un'obbligazione già assunta senza potersi costituire alcun nuovo e diverso obbligo e da essa potrà recedere solo se e nelle modalità in cui tale diritto spettava già al *de cuius*.

Nel caso controverso, dal tenore letterale della conferma dell'impegno di garanzia si evince, a parere di questa Corte territoriale, la chiara intenzione dei fideiussori di proseguire nell'obbligazione già assunta dal loro dante causa: "confermiamo la piena validità ed efficacia della fideiussione a suo tempo sottoscritta subentrando in qualità di fideiussori solidali per l'adempimento di tutte le obbligazioni verso codesta **Banca OMISSIS.**, derivanti dalla garanzia sopra descritta".

Pertanto la Corte, in considerazione della validità ed efficacia della fideiussione in esame, disattesa e/o ritenuta assorbita ogni ulteriore richiesta, in totale riforma della sentenza impugnata, rigetta l'opposizione e conferma il decreto ingiuntivo opposto.

Le spese di lite di entrambi i gradi seguono il criterio della soccombenza, in ossequio al disposto dell'art. 91 c.p.c.

P.Q.M.

La Corte, ogni diversa domanda, istanza, deduzione ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da **SERVICER**, quale mandataria di **BANCA S.p.a.**, avverso la sentenza n. x/2022 emessa in data 3/4.01.2022 dal Tribunale di Ancona, così provvede:

In totale riforma della sentenza impugnata, accoglie l'appello e conferma il decreto ingiuntivo opposto,

Condanna parte appellata a rifondere a parte appellante le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio, che liquida per il primo grado in complessivi €.29.193 (di cui €.4.607 per studio controversia, €.3.039 per fase introduttiva, €.13.534 per istruttoria/trattazione ed €.8.013 per fase decisionale) e per il grado di appello in complessivi €.15.658 (di cui €.2.853 per studio controversia, €.3.318 per fase introduttiva ed €.9.487 per fase decisionale), oltre IVA, CPA e rimborso spese forfettario al 15% sulle voci imponibili di legge ed oltre al rimborso delle spese vive documentate per entrambe le liquidazioni.

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio tenutasi da remoto in data 2.07.2024.

Il Presidente
Dott.ssa Annalisa Gianfelice
Il Giudice Ausiliario Est.
dott.ssa Paola Damiani