



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale di Nola
I SEZIONE CIVILE

nella persona del Giudice dott.ssa Simona Esposito, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile n. r.g. 2340/2013 promossa da:

[REDACTED] rappresentato e difeso giusta procura allegata telematicamente alla comparsa di costituzione di nuovo difensore dall' Avv. [REDACTED]

-attore

contro

[REDACTED]
[REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa giusta procura a margine della comparsa di costituzione e risposta dall' Avv. Alfredo Riccardi e dall' Avv. Edgardo Riccardi, presso lo studio dei quali è elett. te domiciliata in San Giuseppe Vesuviano (Na) alla Via Pessoni n. 22;

-convenuta

Conclusioni: come da verbale d'udienza del 28 marzo 2023.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato [redacted] premettendo di aver sottoscritto in data 25 marzo 2008, in qualità di amministratore unico con legale rappresentanza della società [redacted], contratto di mutuo fondiario innanzi al Notaio dott. [redacted] per l'importo di euro 1.800.000,00, finalizzato al ripianamento dell'esposizione debitoria pregressa della società correntista, nonché, in pari data, contestuale garanzia personale per l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal predetto rapporto di mutuo, sino all'importo di euro 3.600.000,00, ha convenuto in giudizio la [redacted] (nelle more divenuta [redacted]) per sentir accertare le ampie conclusioni di cui alle pagg. 49 – 51 dell'atto di citazione, al fine di ottenere: l'accertamento della nullità della fideiussione prestata per nullità derivata dal contratto di mutuo fondiario ai sensi dell'art. 1325, n. 2 e 1418 c.c.; in subordine, l'accertamento della inefficacia della fideiussione, per simulazione relativa del contratto di mutuo fondiario, in quanto volto a ripianare un'esposizione debitoria pregressa; l'accertamento della inefficacia delle clausole vessatorie contenute nel contratto di fideiussione, ed in particolare dell'art. 8; l'annullabilità della fideiussione per vizi del consenso ex art. 1427 c.c., *sub specie* di errore o dolo; l'accertamento della nullità del rapporto di conto corrente stipulato dalla società [redacted] per mancanza di forma scritta *ad substantiam*; in subordine, l'accertamento della illegittimità delle condizioni applicate, della capitalizzazione di interessi e delle modifiche unilaterali apportate al rapporto, la nullità di spese e commissioni non pattuite, la usurarietà degli interessi applicati; la responsabilità dell'istituto di credito, di natura precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale per abusiva concessione del credito e per violazione del canone di buona fede; per l'effetto, la declaratoria di estinzione della fideiussione rilasciata in favore dell'istituto, ovvero la liberazione per fatto del creditore ex art. 1955 e 1956 c.c.; la condanna della banca alla restituzione degli importi illegittimamente incassati; il risarcimento del danno patrimoniale e non subito per effetto delle molteplici iniziative

giudiziarie intraprese dall' istituto, quantificato in misura pari a 5.000.000,00 di euro, con vittoria di spese.

Parte attrice premetteva, in fatto, che: in data 13 marzo 2007 la società I.P.R.E. accendeva presso la [REDACTED] il c/ n. [REDACTED] ottenendo una linea di credito di euro 300.000,00, un'apertura di credito finalizzata all'acquisto di un complesso immobiliare a Foggia (di proprietà della [REDACTED] pari ad euro 2.740.000,00 da rimborsare attraverso un'operazione di *leasing* in corso con la Agrileasing e garantita con fideiussione della medesima [REDACTED]; in tale prospettiva partecipava all'asta bandita dal Tribunale di Napoli aggiudicandosi, in data 17 marzo 2007, il complesso immobiliare foggiano della [REDACTED] con delibera del 26 aprile 2007, concedeva per sei mesi il *leasing* alla [REDACTED] del valore di euro 2.423.520,00, garantito da fideiussione dalla [REDACTED], nel settembre del 2007 la [REDACTED] confermava le due linee di credito ed aumentava ad euro 1.250.000,00 la fideiussione di [REDACTED] nel frattempo, *le trattative precontrattuali con la società di leasing "naufragavano irreversibilmente"*; alla fine dell'anno 2007 lo scoperto della I.P.R.E. ammontava ad euro 2.650.000,00; pertanto la Banca richiedeva la stipula del contratto di mutuo fondiario in oggetto per l' importo di euro 1.800.000,00, *con l'intento di ripianare le passività di cui allo scoperto di conto corrente della società, avente durata decennale*, ed al fine di munirsi di ulteriori garanzie, stante la contestuale iscrizione di ipoteca sul complesso immobiliare foggiano per euro 4.000.000,00 ed il rilascio di garanzia personale da parte del [REDACTED] per euro 3.600.000,00.

Si è costituita in giudizio la convenuta ed ha resistito all' avverso atto di citazione, eccependo, *in primis*, il difetto di interesse dell' attore all' accertamento della invalidità della fideiussione specifica prestata in data 25.3.2008 per aver lo stesso rilasciato precedente fideiussione omnibus sino all' importo di euro 6.000.000,00, in data 16.5.2007, per le obbligazioni assunte dalla società; ha contestato la qualificazione del rapporto di garanzia in termini di fideiussione, in luogo di garanzia autonoma; ha

resistito con ampie argomentazioni difensive all' avversa domanda, eccependo la piena legittimità del contratto di mutuo e della garanzia ad esso accessoria, concludendo per il rigetto della domanda con vittoria di spese e condanna ex art. 96 c.p.c.

La causa perveniva alla cognizione della scrivente all' esito di scardinamento dal ruolo del G.O.P. in data 4 agosto 2022; disposte le ricerche del fascicolo di ufficio, risultato smarrito (come da attestazione di cancelleria del 25.11.2022), le parti venivano invitate alla ricostruzione con gli atti in proprio possesso ed infine la causa veniva assegnata in decisione all' udienza del 28 marzo 2023 con termini ridotti ex art. 190 c.p.c.

In via del tutto preliminare occorre darsi atto che in data 3 luglio 2020 – allorquando la causa era già in fase di precisazione delle conclusioni - si è costituito, nell' interesse di parte attrice, un nuovo difensore, che ha integrato le difese già svolte proponendo argomenti difensivi nuovi, in parte attinenti a questioni rilevabili di ufficio in ogni fase (nullità della fideiussione per violazione della normativa antitrust), che verranno, pertanto, esaminati nel prosieguo, ed in parte proponendo domande nuove (es. domanda di accertamento della decadenza ex art. 1957 c.c.), che non verranno, pertanto, esaminate in quanto tardivamente proposte.

Ancora in via preliminare occorre darsi atto che parte attrice, attraverso le articolate argomentazioni difensive, ha inteso contestare la validità ed efficacia della “fideiussione” specifica rilasciata in data 25.3.2008 a garanzia del mutuo contratto dalla società [REDACTED]; la stessa parte, come eccepito dalla convenuta, aveva però già rilasciato, in favore dell' istituto di credito, una precedente fideiussione omnibus a garanzia delle obbligazione contratte dalla medesima società [REDACTED] in data 16 maggio 2007 (dunque in epoca antecedente al rilascio della fideiussione specifica in esame), sino alla concorrenza dell' importo di euro 6.000.000,00, (all. 6 depositato da parte convenuta in data 14.12.2022), garanzia non impugnata nel presente giudizio, nel quale parte attrice ha limitato le proprie doglianze alla fideiussione che accede al contratto di mutuo fondiario.

Sotto tale aspetto, si osserva che effettivamente parte attrice appare sprovvista di un interesse concreto ed attuale, secondo quanto richiesto dall' art. 100 c.p.c., all' accertamento di autonomi profili di invalidità della garanzia personale prestata in data 25.3.2008 (persistendo, in ogni caso, la garanzia personale per il maggiore importo di cui alla preesistente fideiussione omnibus); può, viceversa, ravvisarsi un interesse diretto, concreto ed attuale dell' attore all' accertamento dei profili di invalidità del rapporto garantito, idoneo a riverberarsi in astratto sulla persistenza e sulla entità della obbligazione di garanzia; pertanto, tenuto conto che, attraverso le censure sollevate la parte attrice ha inteso, in realtà, contestare il rapporto garantito, entro tali limiti le difese possono essere esaminate nel merito.

Nel merito, in via del tutto preliminare occorre procedere alla qualificazione giuridica della garanzia specifica impugnata, accessoria al contratto di mutuo stipulato dalla [REDACTED], prestata da [REDACTED] in data 25.3.2008, di cui all' art. 9 bis dell' atto pubblico per notaio [REDACTED] rep. 14227, e all' allegato D) del richiamato contratto di mutuo (prodotto telematicamente da entrambe le parti).

Com' è noto, integra un contratto autonomo di garanzia quello in base al quale una parte si obbliga, a titolo di garanzia, ad eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base, con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni; tale contratto si distingue, pertanto, dalla fideiussione per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, poiché, mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante nel contratto autonomo si obbliga non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocimento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta.

In relazione alla possibilità di qualificare un negozio quale contratto autonomo di garanzia piuttosto che fideiussione, la giurisprudenza ha chiarito che *“l'inserimento in un*

contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cd. Garantievertrag), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale" (Cass. civ., sez. U., sent. n. 3947 del 18/02/2010; conf.: Cass. civ., sez. III, sent. n. 19736 del 27/09/2011; Cass. civ., sez. III, sent. n. 10998 del 19/05/2011).

D' altra parte, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che *"non si profila decisivo l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia: le differenze, infatti, devono essere ricercate sul piano dell'autonomia e non su quello della causa, potendo la clausola di pagamento riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorietà, assumendo così valenza meramente processuale (risolvendosi in una clausola di "solve et repete", ai sensi dell' art. 1462 c.c.), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia"* (Cass. , sent. n. 16825 del 2016; Trib. di Bergamo, sent. n. 233 del 2020; Trib. Livorno, sent. n. 651 del 2020).

Nella fattispecie, è da ritenersi che la garanzia prestata dal [REDACTED] vada qualificata in termini di contratto autonomo di garanzia: ciò si desume dal complessivo tenore delle clausole in essa contenute, a partire dalla previsione per la quale *"il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio"* (art. 7, lett. A), alla deroga espressa all' art 1957 c.c. di cui all' art. 6 (sul punto, va ricordato che *"la decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria, ai sensi dell' art. 1957 c.c., può essere oggetto di deroga convenzionale, 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” : Trib. Milano, sent. n. 6480 del 2021) e, soprattutto, dalla previsione di cui all’ art. 8 del predetto contratto, in forza della quale “*qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’ obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate*”.

Sul punto va, in via del tutto preliminare, disattesa la doglianza di parte attrice in ordine alla inefficacia dell’ art. 8 per mancanza di doppia sottoscrizione ai sensi dell’ art. 1341 comma 2 cod. civ., tenuto conto della inapplicabilità di tale norma alla fattispecie, in cui la garanzia personale risulta prestata per atto pubblico notarile (art. 9 bis del mutuo fondiario): costituisce, invero, principio pacifico in giurisprudenza quello per cui non vi è predisposizione unilaterale delle clausole quando il contratto venga concluso per atto pubblico poiché, in tal caso, il testo dell’ accordo, alla presenza di un notaio, viene letto ed approvato in tutte le sue parti.

Come, invero, affermato dalla Corte di Cassazione, “*le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come "predisposte" dal contraente medesimo ai sensi dell'art. 1341 c.c. e, pertanto, pur se vessatorie, non necessitano di specifica approvazione*” (Corte di Cass., sent. n. 15237 del 2017); “*le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico o in forma pubblica amministrativa, ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come "predisposte" dal contraente medesimo ai sensi dell'art. 1341 cod. civ. e, pertanto, pur se vessatorie, non richiedono approvazione specifica per iscritto, in quanto la particolare forma contrattuale rivestita dall'accordo esclude la necessità di una approvazione siffatta*” (Corte di Cass., sent. n. 18917 del 2004).

Da tanto consegue l’ infondatezza della domanda di accertamento della inefficacia della clausola contenuta nell’ art. 8).

Pertanto, ferma la validità di tale clausola, si osserva che è proprio la disposizione in essa contenuta a derogare espressamente al principio di accessorietà di cui all' art. 1939 c.c. (per il quale la fideiussione non è valida se non è valida l' obbligazione principale, salvo che sia prestata per un' obbligazione assunta da un incapace) ed a costituire il principale indice sintomatico della natura autonoma della garanzia, traducendosi, in definitiva, in una rinuncia alle eccezioni di invalidità del rapporto principale da parte del garante.

Sotto tale profilo, la clausola di deroga all'art. 1939 c.c. deve necessariamente essere intesa come *“rinuncia preventiva all'eccezione di invalidità, e non come affermazione della configurabilità di una fideiussione in assenza della relativa obbligazione garantita”* (in questo senso, Trib. Roma, sent. n. 3929 del 2018), soddisfacendo *“l'interesse meritevole di tutela della banca a rendere sempre operativa la garanzia di restituzione della prestazione che il cliente (debitore - garantito) ha già ricevuto dalla banca stessa”*.

Ed infatti, va ricordato che le parti possono determinare, attraverso la deroga convenzionale a norme dispositive come quelle che formano la disciplina ordinaria della fideiussione, forme contrattuali atipiche di garanzia (c.d. contratto atipico di garanzia), la cui ammissibilità nel nostro ordinamento, in quanto espressione dell'autonomia negoziale delle parti, è sottoposta unicamente al giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c.; ciò ricordato, è da ritenersi che solo un' interpretazione che configuri la deroga all' art. 1939 c.c. come rinuncia preventiva alla eccezione di invalidità (e non già come affermazione della validità della garanzia in ipotesi di invalidità della obbligazione garantita) appare compatibile con i principi cardine dell' ordinamento civile in tema di causa del contratto, e con la disciplina della nullità del negozio giuridico, rendendo meritevole di tutela tale forma di garanzia.

Qualificata, pertanto, la garanzia prestata in termini di contratto autonomo, ne consegue l'impossibilità, per il garante, di sollevare eccezioni di merito afferenti alla obbligazione

principali, fatta salva la cd. *exceptio doli generalis seu presentis* nelle seguenti ipotesi: quando le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia; quando esse ineriscano al rapporto tra garante e beneficiario; quando il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito; quando, infine, la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta (ex multis, cfr. Cass., sez. I, 10.01.2018 n. 371; Cass. 3.03. 2009, n. 5044).

Ciò premesso, può, pertanto, esaminarsi la domanda di accertamento della invalidità della garanzia prestata per asserita nullità del mutuo erogato, ovvero per simulazione del rapporto sottostante (i due argomenti difensivi possono essere esaminati congiuntamente per ragioni di ordine logico), domanda formulata da parte attrice sul presupposto della erogazione del mutuo al solo scopo di ripianare l' esposizione debitoria già maturata dalla società correntista nei confronti dell' istituto.

La domanda è infondata.

Sul punto, ai fini di ricostruire la esatta natura della operazione negoziale realizzata, occorre dare atto dei più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità, tra tutti richiamandosi la pronuncia della Corte di Cassazione, sent. n. 23149 del 2022 (in senso conforme a Corte di Cass., sent. n. 37654 del 2021; n. 25842 del 2021; ord. N. 724 del 2021), la quale ha escluso la nullità della fattispecie negoziale affermando che *“il cosiddetto "mutuo solutorio", stipulato per ripianare la pregressa esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante, non è nullo - in quanto non contrario né alla legge, né all'ordine pubblico - e non può essere qualificato come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente oppure quale "pactum de non petendo" in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, poiché l'accredito in conto corrente delle somme erogate è sufficiente ad integrare la "datio rei" giuridica propria del mutuo e il loro impiego per l'estinzione del debito già esistente purga il patrimonio del mutuatario di una posta negativa”*.

In particolare la Corte di Cassazione ha escluso la nullità della predetta operazione negoziale per mancanza di causa, affermando che tale forma di mutuo *“non è contraria né a norme di legge (vanamente se ne cercherebbero in tal senso, a meno di assai fantasiose interpretazioni), né all'ordine pubblico, posto che il pagare i propri debiti è - esso sì - principio di ordine pubblico”*.

A tale considerazione la Corte perviene richiamandosi ai propri precedenti, ricordando che *“il mutuo solutorio non è nullo, perché “il ripianamento della passività costituisce in definitiva una possibile modalità di impiego dell'importo mutuato” (Sez. 3, Ordinanza n. 37654 del 30/11/2021); che, del resto, “il perfezionamento del contratto di mutuo, con la consequenziale nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità del mutuatario medesimo, non rilevando, a detto fine, che il contratto abbia le caratteristiche del mutuo cd. di scopo, nel quale sia previsto l'obbligo di utilizzare quella somma ad estinzione di altra posizione debitoria verso il mutuante” (Sez. 1, Sentenza n. 1945 del 08/03/1999).*

La Corte ha, poi, affermato che *“non può escludersi che, in astratto, la concessione d'un mutuo c.d. "solutorio" possa nel singolo caso celare un atto in frode dei creditori o un mezzo anomalo di pagamento: ma in tali casi l'atto sarà nullo o revocabile per questa ragione, e non perché sia stato concesso allo scopo di saldare un debito pregresso”*; del resto, a tal fine l'ordinamento appresta gli ordinari mezzi a tutela delle ragioni creditorie, finalizzati ad ottenere la declaratoria di inefficacia relativa dell'atto.

La Corte di legittimità, nella richiamata pronuncia, ha altresì escluso che tale fattispecie possa essere qualificata in termini di *pactum de non petendo ad tempus* (prevedendosi, cioè, una semplice dilazione di pagamento): sotto tale ultimo aspetto, la Corte chiarisce – quanto all'argomento difensivo fondato sulla mancanza della *traditio rei*, elemento essenziale ai fini del mutuo – che *“nel contratto di mutuo la datio rei deve essere giuridica e non fisica, con la conseguenza che anche l'accredito in conto corrente basta*

a tal fine (ex permultis, Sez. 3 - , Ordinanza n. 37654 del 30/11/2021, Rv. 663324 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 1945 del 08/03/1999, Rv. 523924 - 01); del resto, "sostenere che il mutuo solutorio esuli dalla "natura tipologica" del contratto di mutuo perché si ridurrebbe ad una "partita contabile" è affermazione che prova troppo: in epoca di moneta elettronica, infatti, qualsiasi solutio si riduce ad una "partita contabile"".

Per le motivazioni che precedono va esclusa, pertanto (come affermato nella pronuncia su richiamata), anche la natura simulata della predetta figura negoziale; sul punto, va rilevato che l'operazione su indicata realizza pienamente la volontà negoziale delle parti, non ravvisandosi alcuna divergenza tra la volontà delle parti e sua dichiarazione, ciò che costituisce il *proprium* dell'istituto della simulazione: del tutto irrilevante appare, invero, lo scopo sottostante il predetto rapporto di mutuo, rilevandosi, come detto, che il mutuo fondiario non costituisce mutuo di scopo e che la costituzione di una garanzia reale ipotecaria per un preesistente credito chirografario rappresenta causa negoziale pienamente lecita (in questo senso, al fine di escludere la natura simulata della predetta operazione negoziale, Corte di Cass., ord. n. 724 del 2021).

Facendo, pertanto, applicazione di tali principi di diritto alla fattispecie, va rigettata la domanda di accertamento della nullità del rapporto garantito (e conseguente nullità della garanzia prestata), non ravvisandosi alcun difetto genetico nella causa del contratto realizzato, *sub specie* di mancanza o illiceità della causa: vanno, sul punto, disattese anche le argomentazioni difensive sviluppate per la prima volta da parte attrice in comparsa conclusionale in ordine ad eventuali ulteriori profili di nullità del rapporto, per violazione della *par condicio creditorum*, eccezione generica ed inconferente, tenuto conto della tipicità dei mezzi posti a tutela delle ragioni creditorie, che nella fattispecie non vengono in rilievo, nonché di illiceità dello scopo, non potendosi ritenere illecito lo scopo di ottenere una garanzia ipotecaria per un preesistente credito chirografario; per le motivazioni espresse, poi, va rigettata altresì la domanda di accertamento della natura simulata del rapporto garantito.

Venendo all' esame delle ulteriori doglianze avanzate e relative alla nullità del rapporto garantito, si osserva che del tutto infondata è la domanda di accertamento di nullità del contratto per difetto di forma scritta richiesta *ad substantiam* dall' art. 117 T.U.B., tenuto conto che la Banca ha depositato in giudizio copia del contratto di apertura del conto corrente n. 0008619 sottoscritto dalla società [REDACTED] in data 13 marzo 2007, recante rituale sottoscrizione del correntista, rispettoso del requisito di forma richiesto dalla normativa di cui al T.U.B..

Quanto alla eccezione di parziale nullità delle condizioni applicate (per applicazione di interessi usurari, capitalizzazione, c.m.s. e spese non pattuite), va, in primo luogo, rilevato che il garante autonomo può sollevare l' eccezione di nullità del rapporto garantito, con riferimento alla applicazione di interessi usurari ed alla illegittima applicazione dell' anatocismo (la più recente giurisprudenza ammette anche tale eccezione – *ex multis*, Cass., sent. n. 9071 del 2023 – tenuto conto che la stessa integra una nullità parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative, con conseguente opponibilità da parte del garante della eccezione di nullità della clausola anatocistica atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta).

Tuttavia, tali eccezioni appaiono formulate nell' atto introduttivo in maniera del tutto generica: quanto alla eccezione di usurarietà del tasso, la stessa è stata proposta senza alcun riferimento al tasso soglia applicabile al momento della stipula del contratto, al tasso pattuito ed a quello effettivamente applicato, ovvero agli importi illegittimamente addebitati; né è stata oggetto di precisazione nei termini previsti per le preclusioni assertive, ovvero entro il primo termine ex art. 183, VI co. c.p.c. (l' argomento difensivo è stato sviluppato diffusamente solo nella seconda memoria ex art. 183, VI co. c.p.c., allorquando erano già maturate le preclusioni per le allegazioni), con la conseguenza che, difettando in radice la specificità della allegazione difensiva, appaiono non utilizzabili, nella presente sede, le risultanze della consulenza tecnica d' ufficio disposta

dal G.O.T. in precedenza titolare del fascicolo (la stessa produzione in giudizio dei D.M. antiusura da parte dell' attore appare irrilevante a fronte della totale carenza di adeguate e tempestive allegazioni difensive negli scritti difensivi), la quale, in presenza di doglianze generiche, ha assunto una finalità del tutto esplorativa.

Uguali considerazioni valgono per l' eccezione di anatocismo, di applicazione di spese non pattuite ovvero c.m.s., nonché di illegittime modifiche unilaterali, eccezioni proposte nell' atto introduttivo in via del tutto generica, prive di qualsivoglia riferimento alle condizioni contrattuali pattuite ed a quelle effettivamente applicate; né tali eccezioni sono state oggetto di più specifica allegazione entro i termini per le preclusioni assertive (del resto, parte attrice ha richiesto, nell' atto introduttivo, dichiararsi la nullità del contratto per difetto di forma scritta, con ciò rappresentando di non disporre del documento contrattuale; viceversa, nel documento contrattuale prodotto dall' istituto di credito risultano pattuite per iscritto interessi, capitalizzazione reciproca e spese).

Quanto alla domanda di annullamento della garanzia prestata per errore o dolo della controparte, la stessa è destituita di fondamento.

Com' è noto, ai sensi dell' art. 1427 c.c. il contraente *“il cui consenso fu dato per errore ... o carpito con dolo può chiedere l' annullamento del contratto”*: l' errore, in particolare, configura una falsa percezione della realtà, tale da indurre la parte a stipulare un contratto diverso da quello che avrebbe voluto porre in essere, e come tale è idoneo a configurare un vizio del consenso rilevante ai sensi dell' art. 1428 c.c. solo laddove sia essenziale e riconoscibile; il dolo, viceversa, rileva quale vizio del consenso quando, ai sensi dell' art. 1439 c.c., i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l' altra parte non avrebbe contrattato, non essendo sufficiente, a tal fine, una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma apparendo necessari artifici o raggiri, o anche semplici menzogne che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e quindi sul consenso di quest'ultima (Cass., n. 20231/2022; n. 1585/2017).

Nella fattispecie, parte attrice denuncia il dolo della banca ravvisandolo nella circostanza che la stessa *“celava volutamente la necessità di procedere alla sottoscrizione anche di una fideiussione personale oltre che dell’ ipoteca a garanzia del mutuo”* (pag. 33 dell’ atto di citazione), precisando che *“i raggiri sono consistiti nel mendacio circa l’ assenza di qualsiasi rischio dell’ operazione di finanziamento della società garantita, nel non portare a conoscenza del fideiussore lo squilibrio tra l’ ammontare della linea di credito rispetto alla capacità di rimborso dell’ impresa accreditata e, soprattutto, la necessità di sottoscrivere un contratto oltre che la natura del contratto effettivamente da sottoscrivere”* (pag. 34), ovvero l’ errore, consistente, stando alla prospettazione di parte attrice, nella circostanza che questi *“solo all’ atto della sottoscrizione del mutuo ha avuto contezza e consapevolezza della necessità di sottoscrivere un contratto fideiussorio, che poi si è rivelato essere non una fideiussione tipica del codice civile bensì un contratto autonomo di garanzia”*

Si tratta, invero, della prospettazione di circostanze fattuali del tutto inidonee a configurare i vizi del consenso rilevanti per la pronuncia di annullamento: quanto all’ errore, non potrebbe in alcun modo assumersi che ricorra una falsa rappresentazione della realtà sugli elementi essenziali del contratto idonea ad indurre il contraente a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe concluso (la parte sembra piuttosto lamentare una pressione dell’ istituto di credito, che avrebbe richiesto la stipula della garanzia “a sorpresa”), e, del resto, del tutto irrilevante, ai fini dell’ errore, appare la comprensione da parte del contraente della natura giuridica del negozio (in termini di qualificazione quale garanzia accessoria o autonoma), tenuto conto che l’ errore di diritto è pacificamente irrilevante allorquando ricada sulla disciplina giuridica del contratto concluso.

Né può ravvisarsi la ricorrenza dei raggiri rilevanti ai sensi dell’ art. 1439 c.c., tenuto conto – in via assorbente rispetto ad ogni ulteriore valutazione - della qualità di amministratore unico con legale rappresentanza della società ██████████ in capo al

garante (che, pertanto, non poteva ignorare le condizioni patrimoniali del soggetto nei cui confronti prestava la garanzia) e della preesistenza di una garanzia personale prestata da questi in favore della società debitrice per un importo ben più elevato (pari a 6 milioni di euro).

Per le medesime ragioni, attesa la qualifica di legale rappresentante della società in capo al garante, neppure potrebbe in alcun modo configurarsi la lamentata violazione dei doveri di buona fede per abusiva concessione del credito, idonea ad ingenerare una responsabilità (contrattuale ovvero) aquiliana in capo alla banca: sul punto, si ricorda che la concessione abusiva del credito, da cui può originare un responsabilità della banca verso terzi di tipo extracontrattuale, sanzionabile ai sensi dell' art. 2043 c.c., consiste nel comportamento del soggetto finanziatore che, *“attraverso un comportamento abusivo, concede finanziamenti ad un'impresa in difficoltà, apprezzati dai terzi come sintomo di solidità economica del soggetto finanziato”: in altri termini, l'istituto bancario, che abbia fatto credito ad un'impresa in assenza di adeguate garanzie circa il suo stato di potenziale solvibilità, può colpevolmente ingenerare nei terzi la convinzione che il soggetto finanziato sia solvibile, inducendoli così a iniziare o proseguire rapporti commerciali con quest'ultimo* (tra le più recenti, Cass., ord. N. 18610 del 2021; n. 11695 del 2018; Trib Vicenza, sent. n. 2265 del 2021).

Tale circostanza, all' evidenza, non è configurabile nella fattispecie, in cui il soggetto che ha prestato la garanzia è il medesimo soggetto che ha richiesto, in qualità di legale rappresentante della società, l' erogazione del mutuo: da ciò consegue la impossibilità di configurare un incolpevole affidamento da tutelare, dovendosi, peraltro, rilevare che l' eventuale accertamento della concessione abusiva del credito potrebbe dar luogo al più a conseguenze risarcitorie (ove fosse provata la ricorrenza di un danno), e giammai alla estinzione della garanzia, come richiesto da parte attrice (pag. 32 dell' atto di citazione).

Inconferente è, poi, il richiamo alla norma di cui all' art. 136 T.U.B., che, nel prevedere determinati obblighi degli esponenti bancari in ipotesi di potenziale conflitto di interessi,

prevede una sanzione penale per l' inosservanza, non potendosi condividere la tesi cd. panpenalistica per la quale la violazione di ogni norma penale determinerebbe la nullità del contratto posto in essere in sua violazione, trattandosi di infrazione a norma imperativa rilevante ai sensi dell' art. 1418 c.c..

Sul tema delle conseguenze, sul piano civilistico, del contratto posto in essere in violazione di una norma penale, invero, si ricorda che la giurisprudenza prevalente ritiene che il comportamento sanzionato penalmente debba sempre essere riqualificato dal punto di vista civilistico, allo scopo di verificare se si concretizzi qualche patologia del negozio giuridico, autonomamente e separatamente sanzionata.

Si suole, in tale ottica distinguere fra *reati contratto*, figura che ricorre quando la norma incriminatrice penale vieti proprio la stipulazione del contratto (cessione di stupefacenti, ricettazione, corruzione) e *reati in contratto*, fattispecie che si verifica quando la norma penale sanziona la condotta posta in essere da uno dei contraenti in danno dell'altro nella fase delle trattative o di esecuzione del contratto; a rilevare penalmente non è, quindi, l' oggetto del contratto (che di per sé, può essere lecito e in ogni caso risulta ininfluenza ai fini dell'incriminazione), ma le modalità (frode, violenza, minaccia, sfruttamento dell'altrui condizione di inferiorità o soggezione) mediante le quali il contratto viene concluso o eseguito: *"mentre i "reati contratto" devono sempre considerarsi nulli anche in ambito civile per violazione di norma imperativa, con riferimento ai "reati in contratto", potrà propendersi per la nullità ovvero l'annullabilità a seconda degli interessi protetti, in particolare ricorrerà la nullità ove vengano in rilievo ragioni di ordine pubblico e di tutela di interessi collettivi (la giurisprudenza si è, ad es., pronunciata nel senso della nullità con riguardo al contratto stipulato per effetto diretto del reato di estorsione, Cass., n. 17959 del 2020, nonché relativamente al contratto concluso mediante circonvenzione di incapace); viceversa, ove il comportamento sanzionato penalmente si concreti in un vizio del consenso dell'altro contraente, lesivo quindi del solo interesse individuale di detto soggetto, dovrà*

propendersi per l'annullabilità (è il caso, ad es., della truffa)'' (In questo senso, ex multis, Trib. Torino, 4803 del 2022).

Appare, pertanto, evidente che nel caso concreto non possa configurarsi una ipotesi di nullità, limitandosi la fattispecie su richiamata (art. 136 TUB) a disciplinare l'ipotesi di conflitto di interessi che possa determinarsi in ipotesi di coincidenza tra organo deliberativo dell'istituto di credito e soggetto contraente, interesse la cui violazione non può ritenersi idonea a fondare una pronuncia di nullità *sic et simpliciter* del contratto a valle; tali valutazioni assumono, pertanto, carattere assorbente anche rispetto alla verifica in ordine alla effettiva violazione della norma richiamata.

Vanno, infine, rigettate le domande di accertamento della estinzione della fideiussione per violazione degli artt. 1955 c.c., per aver la banca omissa di comunicare, su richiesta del garante, l'entità dell'esposizione del debitore, in violazione dell'art. 5, lett.c) del contratto: si ricorda, sul punto che per aversi la liberazione del fideiussore si richiede tanto una condotta colposa e antiggiuridica del creditore, quanto l'esistenza di un pregiudizio giuridico nella sfera del fideiussore, rappresentato dalla perdita del diritto, occorrendo, a tal fine, che il creditore abbia omissa un'attività dovuta per legge o in forza di contratto (Cass., n. 19736/2011), laddove, nella fattispecie, parte attrice (che non ha, peraltro, fornito alcuna prova di aver richiesto all'istituto di credito informazioni in ordine all'entità dell'esposizione) rivestiva la qualità di legale rappresentante della società debitrice, non potendosi, in tal senso, ritenere all'oscuro dell'entità del debito societario.

E', poi, inconferente il richiamo all'art. 1956 c.c., norma che disciplina la liberazione del garante in ipotesi di fideiussione rilasciata per obbligazione futura – laddove, nella fattispecie, la garanzia è specifica, rilasciata contestualmente alla assunzione dell'obbligazione di mutuo - nonché all'art. 1941 c.c., che disciplina il limite della fideiussione, dovendosi ritenere che, nella fattispecie, tale norma (espressione tipica del principio di accessorietà della fideiussione) risulti derogata dalle parti nell'esercizio

della propria autonomia negoziale, alla luce della natura autonoma della garanzia prestata.

Per le ragioni sin qui espresse (che rendono ultroneo anche l' apprezzamento delle risultanze della prova testimoniale, ammessa ed espletata dal precedente istruttore), le domande attoree vanno rigettate; le motivazioni che precedono assorbono anche ogni ulteriore domanda, pur proposta da parte attrice (es. domanda di "restituzione delle somme indebitamente incassate"), che non viene specificamente esaminata in quanto implicitamente rigettata dalle ragioni in diritto esposte.

Tali motivazioni conducono, altresì, al rigetto della domanda risarcitoria - invero proposta in via del tutto generica - mancando in radice la prova degli elementi costitutivi della pretesa ex art. 2697 c.c., difettando tanto la prova della ricorrenza di una condotta antigiuridica della convenuta idonea a dar luogo a conseguenze risarcitorie, quanto la prova del danno subito.

Quanto alla domanda di accertamento della nullità della garanzia prestata per violazione della normativa antitrust, formulata da parte attrice in fase di precisazione delle conclusioni, va preliminarmente disattesa l' eccezione di incompetenza funzionale in favore del Tribunale delle Imprese sollevata da parte convenuta, tenuto conto che la questione è emersa solo in fase di precisazione delle conclusioni, dunque oltre il termine per il rilievo della incompetenza in favore della sezione specializzata.

Sul punto, il Tribunale non ignora l' arresto della Corte di Cassazione, SS.UU. 41994 del 2021, che ha affermato la nullità parziale dei contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate in parte nulle dall'Authority perché in contrasto con le norme antitrust interne e dell'Unione europea; nullità limitata alle singole clausole che riproducono lo schema unilaterale che costituisce l'intesa vietata, salvo che dal contratto sia possibile desumere, o sia altrimenti provata, una diversa volontà delle parti.

La questione trae origine dal provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 emesso dalla Banca d'Italia in funzione di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi ai sensi degli artt. 14 e 20 L. n. 287 del 1990, vigenti fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005, a far tempo dal 12 gennaio 2016, avente ad oggetto il denunciato contrasto tra lo schema contrattuale di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI e l'articolo 2 della L. n. 287 del 1990 ("Legge Antitrust").

Tuttavia, in via preliminare ed assorbente rispetto all' approfondimento della *quaestio iuris* sottesa al richiamato arresto delle SS.UU., occorre in ogni caso ricordare che la valutazione circa la eccezione di nullità del contratto o di alcune sue clausole – vizio rilevabile anche d' ufficio in ogni stato e grado del processo – presuppone pur sempre che nel corso del giudizio siano stati accertati ed allegati tempestivamente i presupposti di fatto rilevanti ai fini della pronuncia di invalidità (in questo senso, Corte di Cass., sent. n. 34799 del 2021): la nullità può, infatti, essere bensì rilevata di ufficio in ogni stato e grado del giudizio, ma solo laddove siano acquisiti agli atti del giudizio tutti gli elementi di fatto dai quali possa desumersene l'esistenza (ex aliis, Cass., sent. n. 4175 del 2020; n. 3556 del 13/02/2020; n. 25273 del 10/11/2020).

In definitiva, costituisce applicazione dei principi generali sull' onere della prova di cui all' art. 2697 c.c. la affermazione che il fideiussore che eccepisca la nullità delle clausole per violazione dello schema ABI deve dare la prova del fondamento della propria eccezione, provando non solo la esistenza di un accordo anticoncorrenziale a monte del contratto (i provvedimenti dell'AGCM sono, sul punto, prova presuntiva qualificata dell'esistenza di un accordo anticoncorrenziale, il quale, in quanto tale, non è però sottratto all'ordinario onere di allegazione e prova che incombe all'attore o all'opponente), e, poi, anche prova della effettiva conformità della fideiussione da lui sottoscritta allo schema ABI.

Pertanto, il fideiussore ha la possibilità di avvalersi ai fini probatori della delibera della Banca d'Italia, che ha valore di prova privilegiata in ordine all'esistenza di un'intesa

anticoncorrenziale, ma ciò presuppone pur sempre che la stessa venga prodotta in giudizio, e che venga data la prova della effettiva rispondenza della garanzia prestata nella fattispecie con lo schema censurato.

Nella fattispecie, i fatti posti a base dell'eccezione di nullità del contratto di fideiussione e le prove a sostegno - allegati per la prima volta in fase di precisazione delle conclusioni - non sono idonei a sorreggere le richieste pronuncia di nullità (che, in ogni caso, avrebbe natura parziale, non potendovi discendere la liberazione del fideiussore, come voluto da parte attrice), laddove si ponga mente alla circostanza che il richiamato provvedimento della autorità garante del 2005 ha ad oggetto il modello di fideiussione *omnibus* (ossia la garanzia personale che impone al fideiussore il pagamento di tutti i debiti, presenti e futuri, che il debitore principale ha assunto entro il limite massimo imposto dall' art. 1938 c.c.), mentre, nella fattispecie, viene in rilievo la garanzia specifica rilasciata con riferimento ad una determinata operazione negoziale (mutuo).

Da tanto consegue che il provvedimento dell' Authority appare del tutto privo, nella fattispecie, del valore probatorio presuntivo in ordine alla ricorrenza della condotta anticoncorrenziale idonea a radicare la nullità del contratto a valle, riconosciutagli dalla giurisprudenza; in mancanza di tale coincidenza, e difettando adeguata prova in ordine alla ricorrenza dei fatti costitutivi della invocata nullità, la domanda non può trovare accoglimento.

In applicazione dei principi generali, invero, non è sufficiente richiamare i principi giuridici affermati dalla Corte di Cassazione per eccepire la nullità della fideiussione sotto il profilo in questione, ma occorre altresì allegare, in punto di fatto, che il contratto "a valle" di cui si eccepisce la nullità costituisca effettivamente la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza di cui a contratti anteriormente stipulati "a monte" e specificare altresì quali siano i profili in questione; la suddetta allegazione è mancata da parte dell' attore, il quale non ha fornito la prova - su di sé gravante ex art. 2697 c.c. - della condotta anticoncorrenziale idonea a radicare la invocata nullità.

Per i motivi sin qui espressi, anche tale domanda va rigettata.

L' intervento, nel corso del giudizio, delle pronunce giurisprudenziali di legittimità richiamate in parte motiva (sussistendo, in precedenza, contrasti nella giurisprudenza di merito in ordine alla questioni di diritto affrontate, con particolare riferimento alle domande *sub* 2) e 3) costituisce un motivo per disporre la compensazione delle spese di lite ai sensi dell' art. 92 c.p.c. (nella versione conseguente alla pronuncia della Corte Cost. n. 77 del 2018) nella misura del 50%; la residua metà segue la soccombenza di parte attrice e si liquida come da dispositivo, in applicazione dei parametri medi di cui al D.M. 55/2014 (che trova applicazione a tutte le liquidazioni eseguite dopo la propria entrata in vigore, stante la natura unitaria dell'incarico conferito al professionista: Cass., S.U. 12.10.2012 n. 17406), aggiornati al D.M. n. 147 del 13 agosto 2022 (in vigore dal 23 ottobre 2022), tenuto conto del valore della controversia, della complessità e della attività difensiva concretamente svolta.

Le spese della ctu del pari seguono la soccombenza e si pongono a carico di parte attrice, nella misura liquidata con decreto in corso di causa.

Non sussistono i presupposti per la condanna dell' attore ai sensi dell'art. 96 c.p.c., richiesta dalla convenuta, non ravvisandosi, nella fattispecie, la prova della temerarietà della lite e dei danni che si assumono subiti, da un lato, né, dall' altro, una condotta abusiva rispetto allo strumento processuale idonea a giustificare il ricorso allo rimedio officioso di cui all' art. 96, 3° comma c.p.c..

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- rigetta le domande attoree;
- compensa per il 50% le spese di lite tra le parti e condanna al

pagamento, in favore della convenuta [REDACTED]
[REDACTED] della residua metà, che liquida ai sensi del
D.M. 55 del 2014 in euro 32.069,00 per compensi, oltre rimborso forfettario spese
generali (nella misura del 15% sui compensi), I.V.A. e C.P.A. come per legge;

- pone le spese di ctu, nella misura liquidata con decreto in corso di causa,
definitivamente a carico di parte attrice;
- rigetta la domanda ex art. 96 c.p.c.

Nola, 24 luglio 2023

Il Giudice
dott.ssa Simona Esposito