

Sentenza n. 2172/2022 pubbl. il 07/06/2022  
RG n.

Repert. n. del 07/06/2022

R.G. 60

Giugno 2006

G.I. Dr.  Diritto del Risparmio

Terza Sezione Civile

Oggetto

Nuovo rito



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI SANTA MARIA CAPUA VETERE

Terza Sezione Civile

in composizione monocratica, in persona del Giudice dr. Enrico Quaranta, ex art.281 *quinquies* c.p.c. ha pronunciato la presente

SENTENZA

nella causa

PROMOSSA DA

[REDACTED]

-attrice in riassunzione-

CONTRO

Firmato Da: QUARANTA ENRICO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 59787bf431522ad93af4840c5c2ff22 - Firmato Da: ORLANDO CARMELA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 2141e





di crediti vantati nei confronti della predetta e le cui somme erano garantite da fideiussioni omnibus degli attori;

III) all'udienza del 25/06/2009, il Tribunale aveva sospeso il giudizio, in attesa della definizione dell'altro pendente tra [REDACTED] e [REDACTED] (Tribunale di Napoli, RC [REDACTED]).

IV) detto giudizio era stato definito in prima grado con sentenza appellata dalla [REDACTED];

V) nel corso del giudizio di appello (recante RG [REDACTED]) era stato dichiarato il fallimento della medesima appellante;

VI) il giudizio era poi stato proseguito dalla curatela e si era concluso con la sentenza 3980/2020, che aveva dichiarato la cessazione della materia del contendere circa la condanna richiesta dalla banca [REDACTED] verso la [REDACTED] dal momento che il credito andava accertato secondo la specifica disciplina fallimentare che regola la verifica dei crediti;

VII) la sentenza di cui al punto precedente era stata notificata dalla curatela fallimentare in data 02/12/2020 ed era passata in giudicato in data 31/01/2021.

VII) il ricorso in riassunzione era quindi a suo dire pienamente tempestivo, dal momento che il termine al riguardo era semestrale, trattandosi di giudizio risalente al 2006 e, quindi, ad un'epoca anteriore alla riforma del 2009 (inapplicabile al caso di specie);

IX) sulla sua legittimazione attiva, che ella aveva concluso un contratto di cessione pro soluto di crediti individuabili in blocco ai sensi e per gli effetti dell'articolo 58 del TUB (come integrato e modificato con atto sottoscritto in data 30 agosto 2019, il "Contratto di Cessione"), in forza del quale aveva acquistato pro soluto da Banca [REDACTED] i crediti in causa.

All'udienza del 18/11/2021 era presente solo [REDACTED] (quale procuratore speciale di Srl)

*Il Giudice "Rilevato che detta [REDACTED] assume che la sua rappresentata avrebbe beneficiato della cessione pro soluto dei crediti controversi, ai sensi dell'art. 58 TUB, da parte di [REDACTED]; Ricordato che "in tema di successione nel processo, l'art. 111 cod. proc. civ. nel prevedere che il processo prosegue tra le parti originarie, esclude che divenga litisconsorte necessario il successore a titolo particolare, il quale ha la possibilità di intervenire o essere chiamato nel processo, ovvero di impugnare la sentenza; infatti, la qualità di litisconsorte necessario del successore, che presuppone la preesistenza di una pluralità di parti, si assume solo quando il medesimo intervenga o sia chiamato nel processo ovvero eserciti la facoltà di impugnare la sentenza contro il dante causa (Cass. civ. Sez. II 11.10.2006 n. 21773)"; Rilevato che non risulta dedotta alcuna estromissione dell'assunta cedente delle posizioni controverse, sicché [REDACTED] era ed è da intendersi litisconsorte processuale, cui quindi è stata omessa la notifica della riassunzione;*



Rilevato che la riscontrata omissione potrebbe non ostare alla concessione di un nuovo termine di notifica dell'atto nei confronti del litisconsorte pretermesso e che, tuttavia: a) non risulta alcuna attività degli originari attori nel processo riassunto, sicchè potrebbe ritenersi maturato il venire meno dell'interesse relativo ex art. 100 cpc; b) che pur riferendo (nella qualità) di una successione nel diritto controverso (ex art. 58 TUIB) risalente al 2019, essa non ha prodotto documentazione idonea a provare la titolarità della posizione (tra l'altro avendo assunto che il rapporto di [REDACTED] con gli originari attori era di garanzia autonoma), anche ai fini della domanda riconvenzionale spiegata; Ritenuto, in buona sostanza, che in ossequio al disposto dell'art. 111 Cost. ed in ragione dei rilievi ut supra non risulti opportuno procedere alla concessione di un termine per la notifica al litisconsorte pretermesso, vertendo in ipotesi di causa matura per la decisione; Rilevato, ad ogni buon fine, che sia necessario disporre nelle more della successiva udienza che la cancelleria proceda alle ricerche del fascicolo d'ufficio, concedendosi sin d'ora alle parti originarie autorizzazione alla ricostruzione ed al deposito delle rispettive produzioni" disponeva il rinvio del procedimento all'udienza del 4.1.2022 per la discussione orale ex art. 281 quinquies cpc

Con memoria depositata il 30.12.21 si costituivano in giudizio [REDACTED]  
[REDACTED] i quali chiedevano:

in via preliminare e nel merito, rilevata d'ufficio, sulla scorta della documentazione versata in atti, la carenza di legittimazione sostanziale di [REDACTED], rappresentata da [REDACTED] che non ha provato di essere titolare del diritto controverso, di rigettare, per improcedibilità, la domanda riconvenzionale proposta nei confronti degli attori, odierni deducenti, condannando la stessa parte attrice al pagamento dei compensi professionali e delle spese, con distrazione in favore del procuratore, che se ne dichiara anticipatario.

In via subordinata ed alternativa, accertato incidentalmente che in atti vi è prova che l'originaria creditrice si è in concreto avvalsa della deroga al dettato dell'art. 1957 del codice civile (Art. 6 della fideiussione) e che l'obbligazione garantita è stata dichiarata invalida e la relativa pronuncia è coperta da giudicato e che, quindi, non può trovare applicazione neppure la clausola n. 8 della garanzia personale in atti, chiede di rigettare la domanda riconvenzionale proposta nei confronti degli attori, odierni deducenti, condannando la stessa parte attrice al pagamento dei compensi professionali e delle spese, con distrazione in favore del procuratore, che se ne dichiara anticipatario.

All'udienza del 4.01.22 [REDACTED] richiamava le conclusioni di Banca [REDACTED]  
[REDACTED] e, comunque, chiedeva nuovo termine per la notifica del ricorso in riassunzione e del provvedimento di fissazione di udienza alla banca [REDACTED]; in ogni caso, invocava estromettere dal giudizio la [REDACTED].



Nel merito insisteva per il rigetto della domanda attorea, perché inammissibile, improponibile, nulla, infondata, in fatto ed in diritto; in accoglimento della domanda riconvenzionale, così concludeva : *accertare che la [redacted] è creditrice dei sigg. [redacted] della somma di € 651.433,51 ovvero quanto meno di € 516.456,90= (o alla somma, maggiore o minore ritenuta legittima da questo Ecc.mo Tribunale) pari all'importo della garanzia autonoma rilasciata dai garanti, oltre interessi moratori al tasso del 6,750%, in ragione dei rapporti indicati al punto VI – 1 e 3 della comparsa conclusionale; per l'effetto, condannare i sigg. [redacted] al pagamento in favore della [redacted], della somma di € 516.456,90 (o della somma, maggiore o minore ritenuta legittima da questo Ecc.mo Tribunale), degli interessi moratori, al tasso del 6,750%, dal 24.1.2006 al soddisfo; con vittoria di spese di causa.*

nel contesto eccepiva pure il tardivo deposito agli atti del Provvedimento ABI n.55/2005, che rendeva inammissibile l'eccezione di nullità della fideiussione per conformità allo schema ABI di controparte, come da giurisprudenza indicata (Suprema Corte n. 29810/2017), che aveva introdotto il concetto di prova privilegiata in riferimento all'accertamento operato dall'autorità antitrust col suo provvedimento, da prodursi entro lo scadere del termine di cui all'art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., pena l'inammissibilità dell'eccezione.

Nella medesima udienza i convenuti in riassunzione si opponevano alle conclusioni attoree per diverse questioni di diritto: (i) Rispetto all'istanza di riassunzione, per la sua la tardività; (ii) per il difetto di legittimazione attiva sostanziale e processuale di [redacted], poiché la ricorrente aveva riportato solo l'avviso di cessione, senza dimostrare che effettivamente il debito di che trattasi verso la Fallita [redacted] fosse effettivamente compreso nella cessione in blocco dei "crediti in sofferenza"; (iii) per l'inesistenza del preteso credito garantito, atteso: 1) il rigetto della domanda riconvenzionale proposta da [redacted] nei confronti dei garanti della Fallita Tecnogold, vista la sentenza della Corte di Appello, dalla quale la ricorrente ha fatto decorrere il termine semestrale per la riassunzione, che aveva " dichiara(to) improcedibile la domanda riconvenzionale proposta in primo grado dalla s.p.a. [redacted] di accertamento e condanna oggetto sia dell'appello principale, sia dell'appello incidentale"; 2) che lo stesso credito garantito non era stato neppure ammesso al passivo del fallimento [redacted] 3) che la fideiussione risultava estinta ex art. 1955 cc ; 4) che sussisteva la nullità delle clausole ed in particolare di quella dell'art. 8 del contratto di fideiussione oggetto di causa per conformità allo schema ABI contenente le clausole 2, 6 ed 8, dichiarate in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90.



Concessi i termini per la chiamata in causa di [REDACTED] quale litisconsorte pretermesso, verificata l'attuazione dell'incombente, sulle conclusioni rassegnate dalle sole parti costituite all'udienza del 5.4.22 il GI introitava la decisione ex art. 281 quinquies cpc.

#### DIRITTO

Relativamente alla prima delle questione controverse, quanto alla assunta carenza di legittimazione sostanziale di [REDACTED] occorre ricordare che nel caso di cessioni in blocco ex art. 4 della legge n. 130/1999 si applicano le seguenti disposizioni contenute nell'articolo 58, commi 2, 3 e 4, del testo unico bancario: *“La banca cessionaria dà notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. La Banca d'Italia può stabilire forme integrative di pubblicità. I privilegi e le garanzie di qualsiasi tipo, da chiunque prestati o comunque esistenti a favore del cedente, nonché le trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano la loro validità e il loro grado a favore del cessionario, senza bisogno di alcuna formalità o annotazione. Restano altresì applicabili le discipline speciali, anche di carattere processuale, previste per i crediti ceduti. Nei confronti dei debitori ceduti gli adempimenti pubblicitari previsti dal comma 2 producono gli effetti indicati dall'art. 1264 del codice civile.”*

Con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la cessione dei crediti diviene opponibile *erga omnes* senza ulteriori formalità: la pubblicazione e l'iscrizione sostituiscono, a tutti gli effetti, la notificazione della cessione ai debitori ceduti, secondo quanto previsto dall'art. 1264 c.c.

Di conseguenza, non occorre, quindi, per l'opponibilità relativa, la successiva notifica e l'accettazione della cessione da parte di tutti i debitori ceduti. (Cass. n. 10200\_2021).

La legge n. 130/199 ha indubbiamente eliminato i numerosi ostacoli che le norme di diritto comune hanno posto nelle operazioni di cartolarizzazione, per le quali fino al 1999 in Italia erano state realizzate soltanto 20 cartolarizzazioni.

Tra queste le novità più significative sono: la predetta deroga alle norme generali in materia di opponibilità della cessione dei crediti ai debitori ceduti e ai terzi; il trasferimento automatico delle garanzie che assistono il credito senza l'espletamento delle formalità necessarie al trasferimento delle stesse; per l'effetto, prova *“processuale”* della cessione del credito in blocco.

Ciò posto, possono eccepire la carenza di legittimazione attiva il debitore ed il cedente, ma la stessa può essere rilevata anche d'ufficio dal Giudice in ogni stato e grado del giudizio (cfr. Cass. SS.UU. del 16/02/2016, n. 2951).



Al riguardo va rilevato che secondo una parte della giurisprudenza 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, sempre che gli elementi presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione.

È dunque necessario che i crediti ceduti siano individuabili, anche mediante il ricorso a criteri negativi o a dati numerici o temporali (cfr. Cass. nn. 15884/2019 e 17110/2019; Cass. n. 4334/2020).

La Suprema Corte da ultimo ha precisato che: *"Nel caso di cessioni in blocco ex art. 4 della Legge n. 130 del 1999, la pubblicazione della notizia, richiamata anche dall'art. 58 del testo unico bancario (Legge n. 385 del 1993), ha la funzione di esonerare dalla notificazione stabilita in generale dell'art. 1264, cod. civ.; le previsioni in parola, dunque, hanno inteso agevolare la realizzazione della cessione "in blocco" di rapporti giuridici, stabilendo, quale presupposto di efficacia della stessa nei confronti dei debitori ceduti, la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale e dispensando la cessionaria dall'onere di provvedere alla notifica della cessione alle singole controparti dei rapporti acquisiti: tale adempimento, ponendosi sullo stesso piano di quelli prescritti in via generale dall'art. 1264, cod. civ., può essere validamente surrogato da questi ultimi - e segnatamente dalla notificazione della cessione, che non è subordinata a particolari requisiti di forma; e può quindi aver luogo anche mediante l'atto di citazione con cui il cessionario intima il pagamento al debitore ceduto, ovvero nel corso del giudizio. In altri termini, la notifica al ceduto può avvenire utilmente e successivamente alla pubblicazione richiamata, rendendo quella specifica cessione egualmente opponibile. Ne discende che non può neppure esservi un ostacolo a che la stessa prova della cessione avvenga con documentazione successiva alla pubblicazione della notizia in Gazzetta Ufficiale, offerta in produzione nel corso del giudizio innescato proprio dall'intimazione al ceduto notificata dal cessionario"* (Cass., ord. n. 10200 del 16/04/2021).

La notificazione stabilita in generale dell'art. 1264 c.c. può quindi aver luogo anche mediante l'atto con cui il cessionario intima il pagamento al debitore ceduto, ovvero nel corso di un giudizio ed in un momento successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale essendo tale adempimento di per sé solo sufficiente ad integrare il perfezionamento della predetta notifica.

Sul piano prettamente processuale, chiarisce la Corte di Cassazione, la prova della cessione del credito può essere data anche dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, osservando che la prova può essere integrata, ad esempio, anche dagli atti d'intimazione del cessionario (si pensi alla notifica dell'atto di precetto per mezzo del quale è intimato, in via stragiudiziale, il



pagamento al debitore ceduto; oppure con la notifica di un atto di citazione di un giudizio di revocazione ordinaria ex art. 2901 del c.c.; o, anche in sede di giudizio, mediante il deposito dell'atto d'intervento ex art. 111 del c.p.c., adducendo la prova dell'esistenza del credito).

Tra i vari *modus* idonei al raggiungimento della prova processuale della cessione del credito, si distinguono, in particolare:

- a) l'avviso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, con la specifica indicazione del credito ceduto (con indicazione del "Ndg" specifico);
- b) la produzione del contratto di credito unitamente all'elenco delle posizioni cedute e delle relative anagrafiche;
- c) eventuali comunicazioni stragiudiziali (si pensi alla missiva) con cui sia stata data adeguata notizia della cessione;
- d) le dichiarazioni confessorie della cedente.

Tale elenco, invero, è meramente esemplificativo e non necessariamente esaustivo.

La Corte di Cassazione ha così ritenuto efficace la cessione, purché risultino soddisfatti due distinti criteri:

- il primo, di tipo *sostanziale*, è che risulti provata la cessione;
- il secondo, a carattere *temporale*, è che la cessione si sia perfezionata prima dell'intimazione proposta nei confronti del debitore ceduto.

In sintesi, la Cassazione ha evidenziato che chi agisce affermandosi successore a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco ex art. 58 D. Lgs. n. 385/1993, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito azionato nell'operazione di cessione in blocco, fornendo la prova sostanziale della propria legittimazione. Con l'unica eccezione che il debitore intimato non abbia esplicitamente o implicitamente già riconosciuto la cessione (sul punto, v. Cass. n. 4116-16).

La S.C. ha poi precisato che il cessionario potrà in ogni caso raggiungere la prova documentale necessaria, attraverso la produzione in giudizio di una dichiarazione ricognitiva della cessione, rilasciata da parte del creditore ceduto. (Cass. n. 10200\_2021).

A supporto di tale orientamento giurisprudenziale vi è l'intento di eliminare la farraginosità del sistema a beneficio di una procedura snella e semplificata di cessione di crediti in blocco. Viene, perciò, attribuita diretta efficacia ricognitiva del trasferimento della proprietà del credito a (meri) atti di intimazione di pagamento, di citazione e di interventi in corso di causa



(ex art. 111 c.p.c.) rispetto alle parti negoziali (cedente e cessionario) che sono istituti di credito e/o SPV i quali, di contro, non avrebbero alcun interesse e/o agevolazione e/o vantaggio ad azionare un credito se non di propria titolarità.

Nella fattispecie, nell'avviso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale parte seconda n. 7 del 16.01.2020, prodotto da \_\_\_\_\_ a corredo del ricorso in riassunzione, a pag.24 si legge che:

*"... comunica che in data 23 dicembre 2019 ha concluso un contratto di cessione pro soluto, con effetti economici alla data del 30 settembre 2019 ... ai sensi e per gli effetti degli articolo 1, 4 e 7.1 della Legge sulla Cartolarizzazione ..., ai sensi del quale .... ha acquistato pro soluto da (i) Banca \_\_\_\_\_ tutti i crediti ... derivanti da finanziamenti erogati in diverse forme tecniche vantati verso debitori classificati come "in sofferenza" nel periodo tra il mese di ottobre 1983 e il mese di agosto 2019.... Unitamente ai Crediti, sono stati altresì trasferiti al Cessionario ai sensi dell'articolo 1263 del codice civile, senza ulteriori formalità o annotazioni, come previsto dall'articolo 7.1, comma 6 della Legge sulla Cartolarizzazione, tutti gli altri diritti derivanti a favore dei Cedenti dai rapporti di credito, ivi incluse le eventuali garanzie reali e personali e, più in generale, ogni diritto, azione, facoltà o prerogativa, anche di natura processuale, inerente ai Crediti. Sul seguente sito internet <http://centotrenta.com/it/cessioni> saranno resi disponibili i dati indicativi dei Crediti, nonché la conferma dell'avvenuta cessione per i debitori ceduti che ne faranno richiesta."*

Tale avviso per l'identificazione dei crediti ceduti ha operato un rinvio per categoria - i cd. crediti in sofferenza - in cui dovrebbe ritenersi confluiscano tutte le attività che la banca vantava verso soggetti debitori che si trovavano in stato d'insolvenza o in situazioni sostanzialmente equiparabili.

Si tratta, in altre parole, di una relatio per genus che difficilmente può valere ad individuare il credito ceduto, tanto che nell'avviso si rinvia ad un sito internet ove rinvenire i dati indicativi dei crediti ceduti.

Ne deriva che per dimostrare la propria legittimazione, ovvero la titolarità del credito azionato, \_\_\_\_\_ avrebbe dovuto depositare nei termini di rito o il contratto di cessione o l'elenco reso pubblico sul sito internet contenente le ragioni azionate.

E' bene ricordare, al punto, che *"in tema di (postulata: nde) successione nel processo, l'art. 111 cod. proc. civ. ,nel prevedere che il processo prosegue tra le parti originarie, esclude che divenga litisconsorte necessario il successore a titolo particolare, il quale ha la possibilità di intervenire o essere chiamato nel processo, ovvero di impugnare la sentenza; infatti, la qualità di litisconsorte necessario del successore, che presuppone la preesistenza di una pluralità di parti, si assume solo quando il medesimo intervenga o sia chiamato nel processo ovvero eserciti la facoltà di impugnare la sentenza contro il dante causa (Cass. civ. Sez. II 11.10.2006 n. 21773)"*.



Nel caso di specie si tratta, appunto, di un intervento del preteso successore a titolo particolare.

Secondo la regola generale di cui all'art. 268 cpc, una parte può intervenire volontariamente in giudizio sino a che non vengano precisate le conclusioni.

D'altro canto – ed è qui che sorge qualche profilo problematico – il secondo comma dell'art. 268 definisce il limite di contenuto dei poteri dell'interventore, nel senso che questi non può svolgere atti che non siano più consentiti ad alcuna delle parti.

La giurisprudenza di legittimità interpreta detta norma nel senso che chi interviene non può svolgere attività probatoria ( quindi deposito di documenti e formulazione di richieste di prova orale) che ai contraddittori non sia permessa per il decorso dei termini di cui all'art. 183, comma 6, cpc, potendo viceversa compiere l'attività d'allegazione almeno sino al termine ultimo dell'udienza di precisazione delle conclusioni.

Tale ricostruzione è invero condivisibile almeno per un duplice ordine di motivi: 1) che l'essenza stessa dell'intervento - in particolar modo di quello principale - sta nella formulazione di domande. Impedire detta possibilità significherebbe impedire l'intervento stesso, in spregio di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 268; 2) l'intervento per far valere un diritto autonomo e incompatibile con quello delle parti di primo grado è ammesso anche per la prima volta in appello, con deroga dei divieti di allegazione di cui all'art. 345 cpc. Non si capirebbe quindi perché impedire alcuna facoltà all'interventore principale che questi potrebbe proporre anche per la prima volta in sede di gravame.

Chi interviene volontariamente in un processo già pendente, quindi, ha sempre la facoltà di formulare domande nei confronti delle altre parti, quand'anche sia ormai spirato il termine di cui all'art. 183 cod. proc. civ. per la fissazione del "thema decidendum"

Tale interpretazione dell'art. 268 cod. proc. civ. ad avviso della Corte di legittimità (invero espressasi da ultimo in maniera costante e condivisibile sul punto) non viola il principio di ragionevole durata del processo od il diritto di difesa delle parti originarie del giudizio: infatti l'interveniente, dovendo comunque accettare il processo nello stato in cui si trova, non può dedurre - ove sia già intervenuta la relativa preclusione -nuove prove e, di conseguenza non vi è né il rischio di riapertura dell'istruzione, né quello che la causa possa essere decisa sulla base di fonti di prova che le parti originarie non abbiano potuto debitamente contrastare. (così Cass. civ., Sez. III, 16/10/2008, n. 25264 Q.F. C. L.G.D. Mass. Giur. It., 2008, CED Cassazione, 2008).

Con riguardo specifico all'intervento del successore a titolo particolare, la giurisprudenza è tuttavia più restrittiva, laddove prevede che l'interventore debba limitarsi ad un'attività



processuale che non consista nella formulazione di domande nuove, ma piuttosto muoversi all'interno del thema decidendum delineato ab origine ( cfr. ad es. Cass. civ. n. 17328/2015).

Ciò posto, la [redacted] è qui intervenuta direttamente con il ricorso in riassunzione del processo sospeso, andando a sostenere le ragioni della sua dante causa.

Il processo – di cui questa fase è mera prosecuzione – invero era già andato una prima volta in decisione, quindi già spirati i termini per le allegazioni e per le prove.

La [redacted] – atteso che la ventilata cessione del credito litigioso in suo favore risulterebbe essere avvenuta qualche tempo prima della definizione del giudizio pregiudicante – al più tardi con il ricorso in riassunzione avrebbe allora dovuto depositare i documenti atti a dimostrare la sua legittimazione sostanziale (anche all'intervento ex art. 111 cpc).

Viceversa, peraltro nonostante apposito provvedimento di questo giudicante diretto ad autorizzare in prima udienza le parti alla ricostruzione degli atti del fascicolo d'ufficio riassunto, solo in sede di comparsa conclusionale, quindi tardivamente, la società ha proceduto a depositare gli estratti integrali dei conti correnti per cui la banca [redacted] aveva agito in via riconvenzionale (si tratta dei rapporti distinti con i nnrr. 3026 e 2652) nonché la dichiarazione di cessione fornita dalla banca [redacted]

Ne deriva che difetti prova della sua legittimazione, non risultando utilizzabili tali documenti.

Per altro verso *“Il rapporto di subordinazione e dipendenza dell'obbligazione fideiussoria rispetto a quella principale si riflette necessariamente sul problema della prova, nel senso che il giudice chiamato ad accertare, nei confronti del fideiussore, l'esistenza e l'ammontare del debito garantito può utilizzare gli atti giuridici posti in essere dal debitore principale e le scritture contabili relative a tale rapporto, oltre che, in genere, ogni scritto proveniente da terzi, per trarne elementi indiziari conducenti, nel loro complesso, ad una valida prova presuntiva contro il fideiussore (Cass. civ. Sez. I Sent., 18/12/2007, n. 26674 ).*

Anche da tal punto di vista non può che rilevarsi la mancanza di ogni documento tempestivamente depositato sia per la fase precedente la sospensione che per quella presente di riassunzione, a fondamento del credito principale ( tra l'altro, a quanto è dato leggere dalla conclusionale della [redacted] lo stesso è stato oggetto di domanda dichiarata improcedibile nel giudizio pregiudicante, poi rigettata in sede fallimentare dalla curatela del fallimento della Tecnogold, senza che alla chiusura di tale procedura risulti esser stata svolta, invero, altra attività di accertamento della pretesa).

Di conseguenza la riconvenzionale non può trovare alcun accoglimento.



Risulta di converso da accogliere la domanda formulata in via subordinata dai convenuti in riassunzione d'inefficacia/nullità della clausola di cui all'art. 8 della fideiussione rilasciata da [REDACTED] a beneficio di [REDACTED] ed in favore di [REDACTED]

A tal proposito, visto la contestazione sulla natura del contratto inter partes mette conto rilevare come il Tribunale condivida la posizione assunta dalla Suprema Corte laddove ha ricordato che *"Costituisce 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, onde tale contratto si distingue 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 nocumento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta. Per distinguere le suddette figure contrattuali 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 cod. civ.), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia". (Cass. civ. Sez. III, 28/02/2007, n. 4661).*

In altre parole, ai fini della qualificazione della fattispecie occorre procedere ad un'interpretazione del contratto ( ai sensi dell'art. 1362 c.c.) in cui si colga la reale intenzione delle parti e si verifichi se, attraverso l'uso del nome juris ma anche delle varie clausole apposte, la prima richiesta rilevi in termini processuali - a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione principale, di cui costituisce accessorio - ovvero se rimuovo ogni tipo di vincolo con suddetta obbligazione.

Ebbene, dagli atti del giudizio emerge che il contratto e le successive modifiche/integrazioni conclusi tra gli originari attori e [REDACTED] erano tutti intitolati fideiussione; tra l'altro essi prevedevano in ogni clausola il richiamo sia al nomen "fideiussore" sia alla disciplina legale di quel tipo contrattuale, anche per stabilirne la deroga espressa.

Ne deriva che non possa in alcun modo dubitarsi della natura delle convenzioni inter partes.



Sentenza n. 2172/2022 pubbl. il 07/06/2022  
RG n.

Repert. n. del 07/06/2022

Ebbene, all'art. 8 è evi previsto: *"nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano acunurate invalide, la fideiussione si intende estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate"*, in deroga alla previsione di cui all'art. 1941 c.c.

Ciò posto, non si dubita della necessità della specifica sottoscrizione (art. 1341 e 1342 c.c.) di tale clausola.

In altri termini, se astrattamente è ammissibile la deroga preventiva dell'art. 1941 c.c. ma tale deroga deve avvenire secondo la tutela minima offerta dagli artt. 1341 e 1342 c.c. e cioè con la specifica approvazione della clausola che permetta di soppesare la scelta derogatoria; come per qualunque limitazione alla facoltà di opporre eccezione, sia una limitazione lieve che una più sfavorevole.

Per il legislatore, è uno sforzo esigibile senza possibilità di prova contraria (anche perché vantaggioso per il creditore stesso) chiedere al creditore di iniziare e proseguire tempestivamente le azioni nei confronti del debitore principale al fine di avere la certezza di poter escutere anche il garante.

Orbene, le clausole limitative (e a maggior ragione le clausole di preventiva rinuncia) della facoltà di sollevare eccezioni sono considerate vessatorie quando fanno parte di moduli o formulari o di condizioni generali di contratto e la valutazione è fatta juris et de jure dal legislatore; necessitano per la loro efficacia di specifica approvazione per iscritto e quindi di ulteriore sottoscrizione.

Per altro verso, tale approvazione espressa e specifica risulta insufficiente per il consumatore; si condivide al riguardo quanto espresso dalla giurisprudenza di merito, ove si afferma - riguardo all'art. 1957 c.c. ma quale espressione di un principio generale relative a tutte la clausole che siano espressione di una sbilanciamento delle posizioni contrattuali - che *"In materia di fideiussione, le parti possano convenzionalmente escludere la decadenza del creditore dalla garanzia prevista dall'art. 1957 c.c., ma, quando il garante rivesta la qualità di consumatore, la conclusione di tale accordo derogatorio deve necessariamente essere perfezionata nel rispetto delle forme di tutela non più formali ma sostanziali richieste dal Codice del Consumo (D.Lgs. n. 206 del 2005), con onere per il professionista di provare che le clausole unilateralmente predisposte siano state oggetto di trattativa individuale ex art. 34, co. 5, non essendo sufficiente la specifica approvazione per iscritto prevista dalla disciplina codicistica (art. 1341 c. 2 c.c.)"* (Tribunale di Treviso, 7 giugno 2018, n. 1185 - G.U. Cambi).

Al punto va evidenziato che *"In tema di contratti stipulati dal "consumatore", i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica, in relazione ad un contratto di fideiussione*



*stipulato da un socio in favore della società, devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo - alla stregua della giurisprudenza comunitaria (CGUE, sentenza 19 novembre 2005, in causa C-74/15 Tarcau) - all'entità della partecipazione al capitale sociale, nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore. (Cass. civ. Sez. VI - 1 Ord., 24/01/2020, n. 1666 (rv. 656807-01).*

Ed ancora sottolineato che *"La persona fisica che, al di fuori dell'ambito dell'attività professionale eventualmente svolta, presta fideiussione a garanzia di un debito di un soggetto «professionale», non può essere automaticamente esclusa dallo status di consumatore, in quanto l'accessorietà della fideiussione non rende il terzo garante mero «duplicato» del debitore principale"* ( Cass. civ. Sez. VI - 1 Ord., 16/01/2020, n. 742).

Ciò, invero, espressione del principio - da condividere in toto - che l'accessorietà fideiussoria si manifesta quale tratto oggettivamente estraneo alla normativa di protezione del consumatore.

La struttura dell'impegno e dell'obbligazione assunti dal fideiussore si connota d'accessorietà che tuttavia rimane confinata entro tale ristretto ambito e non può valere ad incidere sulla qualificazione dell'attività - professionale o meno - di uno dei contraenti; quindi di certo, l'accessorietà non potrebbe far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale).

La dottrina del resto ha censurato aspramente la costruzione del fideiussore quale professionista di riflesso, pure evidenziando gli esiti paradossali a cui la stessa conduce in modo diretto, quale quello di dovere ritenere consumatore la banca, che presta fideiussione per il debito contratto da una persona fisica che non svolga alcun tipo di attività professionale.

Così esclusa la rilevanza dell'attività svolta dal debitore principale per la qualificazione della posizione (di consumatore o meno) del fideiussore, va adesso segnalato che le citate decisioni della Corte di Giustizia indicano - quale criterio per la positiva identificazione di un fideiussore nell'ambito della categoria del consumatore - la "valutazione se il rapporto contrattuale" di cui alla fideiussione nel concreto rientri, oppure no, "nell'ambito di attività estranee" all'esercizio della eventuale professione specificamente svolta dal soggetto che ha prestato la garanzia.

Si tratta di un criterio generale, comune per l'identificazione di una contraente persona fisica nell'alveo protettivo di consumatore (cfr. la norma dell'art. 3 cod. consumo, comma 1, lett. a). Non si vede, d'altro canto, quale ragione oggettiva potrebbe mai giustificare un'identificazione



del fideiussore (del terzo garante, in genere) in tale figura (di consumatore, appunto) sulla base di criteri diversi da quelli generali e comuni.

Di conseguenza, alla stregua dell'interpretazione da ultima affermata e consolidata in sede di legittimità sulla nozione generale di consumatore (cfr., da ultimo, Cass., 26 marzo 2019, n. 8419), tale dev'essere considerato il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, nè strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio).

Nella circostanza specifica l'attrice in riconvenzionale e quella in riassunzione non hanno dato prova della natura di professionisti dei fideiussori rispetto alle garanzie prestate nonché di alcuna trattativa individuale svolta con i predetti quanto alla clausola sub. 8).

In virtù di tale carenza probatoria e della giurisprudenza può quindi convenirsi: a) che al momento della stipula gli attori erano consumatori; b) che sia quindi applicabile alla fattispecie l'evidenziata disciplina consumeristica; c) che, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema di fideiussione da parte della banca e dell'omessa dimostrazione della trattativa da questa condotta sulla clausola di deroga preventiva all'art. 1941 c.c., la previsione sia abusiva e per l'effetto inefficace.

Per altro verso, la fideiussione e le successive modifiche concluse tra le parti, effettivamente contemplano clausole dal contenuto identico al modello di fideiussione omnibus predisposta dall'ABI nel 2003 (cfr. in accluso modello fideiussione ABI del luglio 2003, pagg.7-11 e provvedimento n.55 del 02 maggio 2005 Banca d'Italia, pagg.12-22), con necessitata (e quivi richiesta) applicazione, per le relative conseguenze, della decisione Cass. Sez. Un. n.41994 del 2021.

Più segnatamente il 30 dicembre 2021 le Sezioni Unite della Corte di legittimità si sono espresse proprio sul tema della nullità parziale dei contratti di fideiussione *omnibus* basati sullo schema predisposto dall'ABI e dichiarato contrario alla disciplina *antitrust* (Cass. S.U. 41994/2021).

Si tratta delle condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie, predisposte proprio dall'ABI.

Ed in merito, dirimente è il principio di diritto enunciato dal Supremo Consesso: «*I contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge*



Sentenza n. 2172/2022 pubbl. il 07/06/2022

RG n. \_\_\_\_\_

Repert. n. \_\_\_\_\_

del 07/06/2022

*succitata e dell'art. 1419 cod. civ., in relazione alle sole clausole che riproducono questo schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti.»*

Nella circostanza va precisato si tratta di fideiussione e relative modifiche intervenute prima dell'accertamento compiuto dalla BdI in funzione antitrust, laddove tale provvedimento risulta avere fede privilegiata.

Più precisamente, si è affermato - al riguardo - che in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2 e con particolare riguardo alle clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dalla L. n. 262 del 2005, art. 19, comma 11, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano eventualmente - in esso pronunciate.

Il giudice del merito è, quindi, tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento, con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario (Cass., 22/05/2019, n. 13846).

Nella circostanza la lettura delle clausole contrattuali e di quelle contenute nello schema ABI sanzionato, integralmente riprodotte nella pronunzie delle SS.UU., emerge la relativa coincidenza.

In altri termini, se non per l'inefficacia della clausola come qui accertata, anche l'alternativa declaratoria di nullità della medesima porterebbe allo stesso effetto, ovvero di escludere l'applicazione al caso della deroga alla previsione di cui all'art. 1941 c.c. e, di conseguenza, a esporre il fideiussore nei soli limiti (di validità e quantitativi) dell'obbligazione principale.

Obbligazione principale la cui esistenza, come visto, non è stato oggetto di prova nel presente giudizio.

In definitiva: a) va dichiarato il difetto di legittimazione di \_\_\_\_\_ 2) va accolta la domanda spiegata dagli attori in via subordinata, con la declaratoria di nullità della clausola di cui all'art. 8) della fideiussione impugnata; 3) va rigettata la domanda riconvenzionale di MPS.

Firmato Da: QUARANTA ENRICO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 59787bf431522ad83af4840c5c2ff22 - Firmato Da: ORLANDO CARMELA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 1129160





Sentenza n. 2172/2022 del 07/06/2022

Repert. n. del 07/06/2022



████████████████████ liquidate in € per  
compensi, oltre iva, cpa e 15% rimborso spese forfettarie, con distrazione in favore dell'avv.

██████████  
Così deciso in Santa Maria Capua Vetere, il 5.5.22

**Il giudice Unico**  
**dr. Enrico QUARANTA**

Firmato Da: QUARANTA ENRICO Emesso Da: ARUBAPEC S.P.A. NG CA 3 Serial#: 59787bf431522ad83af48d40c5c2ff22 - Firmato Da: ORLANDO CARMELA Emesso Da: CA DI FIRMA QUALIFICATA PER MODELLO ATE Serial#: 5141e4675

