

N. 6479/2018 R.G



Tribunale di Busto Arsizio

VERBALE DI UDIENZA DEL 26/05/2020

Oggi 26/05/2020, innanzi al Giudice dott. Carlo Barile, sono comparsi mediante deposito di istanze e note ex articolo 83 comma 7 lett.h D.L. 18/2020, come previsto dalle linee guida adottate in data 05.05.2020 dal Presidente del Tribunale di Busto Arsizio in relazione al periodo che va dal 12.05.2020 al 31.07.2020 ex articolo 83 comma 7 lettera d) del D.L. 18/2020

Per FRANCESCO e per ALESSANDRO l'avv. T

Per BANCA AZIONI l'avv.

I procuratori delle parti precisano le conclusioni riportandosi a quelle già rassegnate in atti, da intendersi qui integralmente riportate e trascritte.

il Giudice

Dato atto che la discussione è avvenuta mediante deposito di note scritte ex articolo 83 comma 7 lett. h) D.L. 18/2020 pronuncia la seguente sentenza ai sensi dell'art. 281sexies cod. proc. civ.

Il Giudice

Carlo Barile





REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI BUSTO ARSIZIO
SEZIONE III CIVILE

All'udienza del 26 maggio 2020 il Giudice dott. Carlo Barile ha pronunciato ai sensi dell'art. 281sexies cod. proc. civ., la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. 6479 R.G.A.C. dell'anno 2018 promossa

DA

FRANCESCO (, C.F. e **ALESSANDRO**
(,)

;

PARTE ATTRICE-OPPONENTE

CONTRO

BANCA (p. iva n. in persona del legale
rappresentante pro tempore con il patrocinio dell'avv.
presso lo studio del difensore.

PARTE CONVENUTA-OPPOSTA

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato, Francesco e Alessandro nella qualità di fideiussori di -posta in liquidazione coatta amministrativa- hanno proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 1897/18, emesso dal Tribunale di Busto Arsizio il 21/08/2018 e notificato in data 20.09.2018, con il quale era stato loro ingiunto di pagare alla Banca

. per azioni la somma di euro 192.060,86 relativamente allo scoperto di conto corrente n.20465/44 e del residuo debito del contratto di finanziamento n.1065012/90 oltre interessi e spese della procedura monitoria.

Hanno eccepito, in particolare: la nullità della fideiussione omnibus per violazione dell'articolo 2 comma 2 lett a) della legge 287/1990 nonché la nullità della fideiussione per abusivo riempimento contra pacta e per violazione dei canoni di buona fede e correttezza da parte della Banca che non ha tenuto in considerazione l'interesse del fideiussore.

Hanno concluso chiedendo di accertare e dichiarare la nullità della fideiussione e per l'effetto rigettare ogni domanda formulata da parte opposta nei confronti degli opposenti.



Si è costituita in giudizio parte opposta, eccependo in via preliminare l'inammissibilità dell'opposizione per tardività dell'iscrizione a ruolo da parte degli opposenti; nel merito prendendo specifica posizione sulle doglianze di parte opponente, ha concluso chiedendo il rigetto dell'opposizione.

La causa è stata istruita documentalmente e rinviata all'odierna udienza per la precisazione delle conclusioni e la discussione orale ex articolo 281 sexies c.p.c.

Va preliminarmente precisato quanto segue.

L'articolo 83 comma 7 lettera h) del decreto legge n. 18/2020 convertito dalla legge n. 27/2020 consente "lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice".

La trattazione della causa richiede la comparizione delle parti.

L'art. 181 c.p.c. precisa che la comparizione - concetto diverso dalla costituzione in giudizio - si concretizza nella presenza effettiva all'udienza della parte costituita, a mezzo di difensore (presenza che è espressione dell'onere di partecipazione all'udienza, per la trattazione della causa, ai sensi dell'articolo 176, secondo comma, c.p.c.).

Ai sensi dell'articolo 180 c.p.c. la trattazione della causa è orale.

La trattazione, nel linguaggio codicistico comprende tutta l'attività che conduce al giudizio, dalla prima udienza sino a quella di precisazione delle conclusioni, ad esclusione della eventuale fase istruttoria.

L'oralità della causa, con redazione del processo verbale, consiste nella prevalenza di tale forma espressiva rispetto alla scrittura senza escludere quest'ultima.

La trattazione della causa scritta è avvenuta nella prassi mediante lo scambio di memorie, che parte della dottrina fonda sui poteri ex art. 175 c.p.c., utile ad evitare lunghe discussioni e interminabili verbalizzazioni.

Nell'impianto codicistico quindi tendenzialmente l'onere della partecipazione all'udienza è soddisfatto con la comparizione reale della parte (a mezzo di difensore, anche da remoto) che sola può consentire la trattazione orale della causa e quindi l'immediatezza e concentrazione della stessa.

La lettera h) interviene su tale paradigma consentendo una comparizione figurata delle parti ed un onere della partecipazione soddisfatto con una trattazione della causa in forma scritta.

Dunque tale disposizione si presta ad una interpretazione che esclude totalmente la trattazione orale in favore di una trattazione solo scritta.

Nelle udienze fissate per adempimenti in cui non è necessaria - anche perché non disposta - la presenza di soggetti processuali diversi dai difensori, il giudice ha la possibilità di provvedere senza che si sia svolta l'udienza con la comparizione reale dei difensori e quindi la relativa attività orale.

L'onere di partecipazione, o meglio la sua soddisfazione, è assicurato garantendo la possibilità di uno scambio, con deposito telematico, di note scritte contenenti le medesime istanze e conclusioni proponibili oralmente.

Non sembra esserci dunque alcun dubbio sulla possibilità di decisione ai sensi dell'articolo 281 sexies c.p.c.

L'udienza, infatti, non è un mero contenitore ma uno spazio-tempo in cui si verifica la trattazione della causa.

La trattazione, o meglio la sua forma, ne determina la struttura.

La forma della trattazione è la modalità attraverso cui i soggetti del processo si relazionano e comunicano tra di loro.



È la sintesi della forma degli atti del processo espressi nell'udienza, in prevalenza orali e formali, che possono comunque essere compiuti, nei limiti di diverse previsioni di legge, nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo (art. 121 c.p.c.).

Dunque, nell'udienza in cui la causa è trattata oralmente l'onere di comparizione è soddisfatto con l'intervento contestuale delle parti e del giudice e con il compimento degli atti processuali in forma orale; nell'udienza, invece, in cui la causa è trattata per iscritto l'onere di comparizione è soddisfatto con il solo deposito (telematico) di documenti scritti e con le note di comparizione, tramite cui le parti compiono altresì gli atti processuali.

La comparizione figurata necessita comunque di un giorno di udienza sia perché la trattazione scritta non incide sul calendario delle udienze, sia per la necessità di un riferimento temporale per l'attività delle parti e del giudice. D'altronde, al fine di corroborare tale interpretazione circa la compatibilità dell'udienza ai sensi dell'articolo 281 sexies c.p.c. con la trattazione scritta vi è un intervento della Cassazione (in una decisione relativa ad un caso ovviamente antecedente alla situazione emergenziale che ha portato all'emanazione del d.l. 18/2020) in cui, nonostante fosse stata fissata un'udienza ai sensi dell'articolo 281 sexies c.p.c. e la discussione fosse stata sostituita dallo scambio di memorie difensive, la Suprema Corte afferma che "si deve ritenere che, dopo l'esternazione da parte del Tribunale del convincimento del voler considerare le memorie come sostitutive della discussione orale e dell'intenzione di decidere leggendo la decisione, ove la parte ricorrente avesse inteso dissentire ed avvalersi del diritto alla discussione orale, avrebbe potuto e dovuto farlo presente dico et immediate. Lo avrebbe dovuto fare presente, cioè, prima che il giudice iniziasse l'attività di esternazione della sua decisione (Cass. n. 7104/2015)".

Ciò precisato in via generale circa dunque l'ammissibilità della trattazione scritta in relazione all'udienza prevista ai sensi dell'articolo 281 sexies c.p.c., va dato atto che le parti nel presente giudizio sono comparse in modo figurato depositando note scritte contenenti le deduzioni discussionali.

L'opposizione è infondata e va rigettata.

Va preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'opposizione per tardività nell'iscrizione a ruolo, in quanto il deposito dell'atto di citazione è avvenuto in data 09.11.2018 e dunque nei termini previsti dall'articolo 165 c.p.c. essendo l'atto di opposizione stato notificato in data 30.10.2018.

Ciò premesso e venendo al merito occorre esaminare preliminarmente l'eccezione di nullità della fideiussione omnibus per violazione della normativa Antitrust.

Tale eccezione è infondata.

Nello specifico, la problematica esaminata dalla Corte di Cassazione attiene alle clausole di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema-tipo di fideiussione elaborato dall'ABI nell'ottobre del 2002.

Si tratta degli articoli relativi alla c.d. clausola "di reviviscenza", ovvero della clausola che impone al fideiussore di tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento in virtù delle quali la banca si sia trovata a dover restituire il pagamento ricevuto (la più ricorrente, la dichiarazione di inefficacia del pagamento ex art. 67 L.F.), della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. e della clausola che estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'invalidità del rapporto principale.



Nell'ambito di un apposito procedimento istruttorio promosso dalla Banca di Italia ex art. 2 e 14 L. 287/1990 e volto ad accertare se le previsioni dello schema negoziale sopra citato potessero assumere caratteri anticoncorrenziali venne acquisito il parere 22 agosto 2003 dell'AGCM.

L'anticoncorrenzialità delle clausole fu in particolare ravvisata nell'attitudine della clausola in esame, piuttosto che garantire l'accesso al credito (funzionalità riconosciuta e ritenuta congruamente perseguita anche dalla clausola di pagamento "a prima richiesta"), ad addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca, ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa.

All'esito del procedimento, la Banca d'Italia emanò il provvedimento n. 55 del 2005, accertando che gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contenessero disposizioni che, ove applicate in modo uniforme, risultavano in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90 e mandando all'ABI di diffondere al sistema bancario un nuovo schema contrattuale emendato dalle disposizioni citate.

Da detto provvedimento può quindi trarsi, in primo luogo, che la deliberazione dell'ABI di approvazione dello schema negoziale standard di fideiussione integri gli estremi dell'intesa rilevante ex art. 2 L. 287/1990 e che le clausole ritenute non direttamente funzionali ad assicurare l'accesso al credito e l'effettività delle garanzie personali costituiscano un ostacolo al libero dispiegarsi del mercato creditizio secondo il gioco della libera concorrenza.

Ciò premesso, la questione giuridica da affrontare attiene alla valutazione dell'incidenza di tale "intesa" (o, quantomeno, del comportamento distorsivo della concorrenza attuato mediante l'impiego di tale modulistica contrattuale) sui singoli contratti stipulati dagli istituti di credito con gli utenti.

La tesi della nullità derivata (che parrebbe accolta da Cass. Civ. 12.12.2017 n. 29810, seppur in un evidente obiter dictum rispetto all'errore di diritto imputato alla corte territoriale quello dell'irrelevanza del dato cronologico della stipulazione del contratto rispetto agli effetti, astrattamente invalidanti, del provvedimento dell'autorità amministrativa) fa leva su argomenti che, a ben vedere, paiono fondarsi su presupposti e ragionamenti di natura più macroeconomica che strettamente giuridica.

Si evoca, infatti, il diritto dei consumatori a "una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza", diritto che si assume lesa dalle intese vietate, delle quali il c.d. contratto a valle costituirebbe "lo sbocco essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti".

Si postula poi che il contratto finale tra imprenditore e utente, lungi dal conservare una sua distinta autosufficienza, costituisca il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori, ne rappresenti la sua realizzazione finale e, in buona sostanza, partecipi direttamente ed inscindibilmente della sua illiceità, dandosi quindi per assodato uno strettissimo collegamento, se non un vero e proprio nesso di interdipendenza, tra intesa restrittiva monte" e contratto "a valle".

Ne discenderebbe, quindi, che mirando la legge 241/1990 ad assicurare, non soltanto la libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., ma anche la protezione delle ragioni del consumatore, al quale deve essere garantita la conservazione di un regime di effettiva concorrenzialità del mercato, a questo ultimo dovrebbe



essere riconosciuta la possibilità di far valere l'illiceità tanto dell'intesa anticoncorrenziale, quanto del singolo contratto mediante il quale sono state loro imposte condizioni ingiuste e svantaggiose.

Sotto questo profilo, la sentenza della Corte del 12.12.2017 n. 29810 segue il solco tracciato da Cass. Civ. SS.UU., 4 febbraio 2005. n. 2207 in cui è stata riconosciuta, per la prima volta, la legittimazione del consumatore (quale ultimo anello della "filiera" produttiva) ad avvalersi delle forme di tutela previste dall'art. 33 della L.287/1990 onde ottenere il risarcimento del danno subito a causa di una intesa restrittiva della concorrenza (nello specifico, nel caso rimesso alle Sezioni Unite dal Primo Presidente, fu dichiarata l'incompetenza del giudice di pace originariamente adito da un consumatore per il ristoro ex art. 2033 c.c. del sovrapprezzo pagato per la polizza assicurativa, in dipendenza di un "cartello" anticoncorrenziale tra imprese di assicurazione della r.c.a. in favore della Corte di Appello, all'epoca funzionalmente competente a conoscere dell'azione risarcitoria prevista dall'art. 33 Legge 287/1990).

In tale arresto venne affermato (benché, anche in quel caso, con un percorso argomentativo di dubbia rilevanza rispetto alla questione di rito, quella della competenza funzionale della Corte di Appello, oggetto del ricorso ai giudici di legittimità) che il contratto "a valle" costituisse lo sbocco dell'intesa, essenziale a realizzarne gli effetti, posto che la seconda si estrinseca e viene attuata tramite il primo e che di fronte a un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore vede leso il proprio diritto a una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza. La suesposta soluzione ermeneutica presta tuttavia il fianco alle seguenti, e difficilmente superabili, censure, così come affermato anche da una costante giurisprudenza di merito.

In primo luogo, la nullità del contratto "individuale" viene indistintamente predicata sia in termini di nullità derivata (mediante il richiamo, per l'appunto, di questo vincolo funzionale inscindibile tra intesa illecita e ciascun contratto con l'utenza), sia in termini di nullità per vizio proprio e, segnatamente, per illiceità della causa ed ex art. 1418 co. 1 c.c., sull'assunto che il contratto recante clausole di cui è stata riconosciuta l'attitudine a ledere la concorrenzialità del mercato si porrebbe in contrasto con norme imperative e, in particolare, con l'art. 2 della L. 287 1990, se non addirittura con l'art. 101 del TFUE.

Quanto alla prima prospettazione, l'affermazione per cui l'invalidità di un rapporto giuridico possa propagarsi, con effetti invalidanti, ad un altro rapporto presuppone il previo riscontro, tra i due, di un vincolo di dipendenza funzionale o, quantomeno, di un collegamento negoziale oggettivamente apprezzabile.

Detto altrimenti, perché il meccanismo dell'invalidità derivata possa trasmettersi dall'infrazione anticoncorrenziale ai sottostanti contratti a valle è in ogni caso necessario accertare preliminarmente l'esistenza di un nesso di indissolubile dipendenza con l'intesa a monte, legame questo che non sembra invece riscontrarsi con riguardo alla normale dinamica della contrattazione individuale in cui, al contrario, le intese mostrano di non costituire un tutt'uno con i contratti a valle, di non essere a questi collegati né per legge né per volontà delle parti e di non rappresentarne in alcun modo un presupposto di esistenza, validità od efficacia.

La caducazione automatica del rapporto dipendente per l'invalidità o la risoluzione del rapporto giuridico al quale il primo accede è infatti di norma ammessa nei subcontratti, in cui l'inesistenza o il venir meno del rapporto obbligatorio principale fa inevitabilmente venir meno la causa del secondo, per l'evidente impossibilità di questo ultimo di realizzare la ragion pratica in vista della quale era stato stipulato.



Altra ipotesi di scuola in cui l'invalidità di un rapporto negoziale può determinare l'inefficacia di un diverso rapporto al medesimo collegato si ha in tema di delegazione, nella fattispecie descritta dall'art. 1271, co. 2 c.c., laddove è previsto che l'eventuale nullità del rapporto di valuta (quello tra delegante e delegatario), facendo venire meno la funzione complessiva della delegazione, renda priva di causa l'assunzione dell'obbligazione del delegato verso il delegatario, ovvero il pagamento effettuato in favore di questo ultimo, indipendentemente dal fatto che la delegazione fosse "pura" o "titolata".

Infine, affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.

Proprio questo secondo requisito postula, alternativamente, o l'identità soggettiva tra le parti dell'uno e dell'altro accordo, oppure la consapevole e fattiva adesione del contraente del contratto dipendente all'accordo (rispetto al quale egli è terzo) che lo pregiudicherebbe.

Giova rammentare che, benché l'identità delle parti dei due negozi non sia requisito imprescindibile per il loro collegamento negoziale, ove difetti tale identità, intento delle parti di consentire a un tale collegamento è meno scontato e richiede una prova rigorosa, perché in questi casi è ben più probabile che l'unitarietà del risultato perseguito da uno soltanto dei contraenti non determini una interdipendenza funzionale (nei termini, Cass. Civ. 25.11.1998, n. 11942).

In tutti i casi, l'applicazione del principio simul stabunt simul cadent presuppone quindi sul piano oggettivo una ragione pratica ulteriore e distinta da quella dei singoli contratti in sé considerati e, sul piano soggettivo, l'oggettivizzazione, da parte dei contraenti coinvolti, del comune intento pratico e della volontà di coordinamento teleologico dei contratti.

Ove tali elementi non siano oggettivamente apprezzabili, un contratto che sia stato validamente perfezionato, presenti i requisiti strutturali di validità previsti dalla legge e non persegua in sé una causa illecita o immeritevole per l'ordinamento giuridico non può subire effetti invalidanti in dipendenza dell'accertamento della nullità o della caducazione di un rapporto giuridico diverso ed intercorso tra terzi il quale, essendo *res inter alios acta, tertio neque nocet neque prodest*.

I contratti fra la singola impresa ed il cliente derivano piuttosto dall'autonomia privata dei contraenti, ovvero da una autonoma manifestazione di consenso da cui può discendere indubbiamente anche l'eventuale recepimento all'interno del regolamento contrattuale delle singole clausole riprodotte dell'illecita determinazione, ma la circostanza che l'impresa collusa uniformi al programma anticoncorrenziale le manifestazioni della propria autonomia privata, non appare sufficiente a privare il successivo contratto a valle di una autonoma ragione pratica.



Date queste premesse, pur con il doveroso rispetto degli arresti della giurisprudenza di legittimità pocanzi citati, è arduo individuare un nesso di dipendenza delle fideiussioni con la deliberazione dell'ABI "incriminata" né un vero e proprio collegamento negoziale, nel suo significato più tecnico.

In primo luogo, nei contratti di fideiussione non vi è alcun oggettivo richiamo alla deliberazione dell'associazione di imprese bancarie di approvazione del modello standardizzato di fideiussione omnibus, né, men che meno, risulta che tale deliberazione abbia vincolato l'istituto di credito stipulante al rispetto dello schema ABI nella contrattazione con terzi.

A ben vedere, si è quindi di fronte non agli effetti di un vero e proprio accordo giuridicamente vincolante, bensì di una prassi, senz'altro consolidata e peraltro sicuramente preesistente alla predisposizione dello schema ABI consistente nella diffusa tendenza alla standardizzazione contrattuale, in cui peraltro soltanto alcune clausole, ove applicate in modo uniforme e senza un apprezzabile margine di differenziazione dalle imprese operanti nel mercato di riferimento, vengono tacciate di anticoncorrenzialità.

Va poi esclusa l'illiceità endogena del contratto a valle per illiceità della causa.

È dirimente il rilievo che, anche ad ammettere che l'imprenditore persegua, con la contrattazione individuale, il fine ultimo, anticoncorrenziale, di alterare a suo favore il mercato o di ottenere un extraprofitto, l'altro contraente stipula il contratto per soddisfare un proprio interesse che si ricollega ed esaurisce nel fine tipico dell'operazione posta in essere.

In ipotesi, si potrebbe individuare soltanto il motivo illecito dell'imprenditore, che giammai potrebbe ritenersi comune e condiviso dall'altro contraente, con quanto ne consegue in punto d'irrelevanza del motivo illecito di un solo contraente, a norma dell'art. 1345 c.c.

Nemmeno appare possibile ipotizzare la nullità del contratto a valle ai sensi dell'art. 1418, co 1 c.c.

L'art. 2 della legge 287/1990 considera intese, ai fini della disciplina dettata dalla norma, non solo gli accordi, ma anche "le pratiche concordate", che non solo "abbiano per oggetto", ma anche che abbiano "per effetto" di impedire o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza, così dimostrando di porre sullo stesso piano e di equiparare i patti anticoncorrenziali tra le imprese che si determinino a formare un "cartello" (e quindi i negozi giuridici con i quali due o più imprese si accordano per coordinarsi in modo da creare una situazione concorrenziale a loro favorevole) e i profili comportamentali dalle medesime tenute nella contrattazione con terzi.

La norma citata vieta quindi le intese, (affermandone, con un pleonastico ossimoro, la nullità "ad ogni effetto") ma nulla dispone circa le sorti dei rapporti commerciali con altri contraenti.

Questo rilievo è sufficiente di per sé ad escludere che si possa predicare la nullità del c.d. contratto "a valle" per violazione di norma imperativa ex art. 1418, co. 1 c.c., in quanto, perché possa affermarsi la nullità negoziale per violazione di norme poste a presidio di interessi generali, è necessario che dette norme disciplinino direttamente elementi intrinseci alla fattispecie negoziale, conformandone la struttura o il contenuto, ovvero impongano determinate condizioni di liceità della stipulazione, quali ad esempio particolari autorizzazioni amministrative ovvero l'iscrizione di uno o entrambi i contraenti in appositi albi o registri.



Al di fuori di queste ipotesi, l'inosservanza di norme, pur imperative, che impongano o precludano alle parti taluni comportamenti (e che non siano corredate da specifiche ipotesi di nullità testuali, sovente a matrice protettiva), non può determinare la nullità dell'atto negoziale eventualmente posto in essere in loro violazione.

Non può quindi che ribadirsi, quale principio cardine del sistema, la non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità degli atti, alla stregua della quale la violazione di regole comportamentali o di correttezza giustifica soltanto l'adozione di rimedi risarcitori (cfr. Cass. Civ. SS.UU. 19.9.2007, n. 26724).

In definitiva, come sostenuto da autorevole dottrina, perché possa aversi nullità, non basta la semplice violazione della norma imperativa dell'art. 2, ma occorre che per effetto di tale violazione si determini una situazione di oggettiva incompatibilità tra il precetto posto dalla disposizione antimonopolistica e la regola negoziale contenuta nei contratti a valle dell'intesa.

È dunque necessario che la proibizione contenuta nella norma, che fa divieto alle imprese di conformare la propria condotta e le proprie scelte strategiche secondo standard comportamentali illeciti, investa anche il precetto che le parti si sono date ed in base al quale intendono disciplinare i propri rapporti.

E tuttavia ciò non avviene nella fattispecie normativa in esame, in quanto la proibizione dettata dalla legge antitrust non condanna in maniera diretta il contenuto degli atti negoziali, ma un comportamento che si pone a monte di questi.

Come nitidamente affermato da una recente pronuncia di merito del Tribunale di Milano (sentenza 27.9.2017 n. 9708, resa con riguardo alla questione, per certi versi analoga a quella oggetto del presente giudizio, dei supposti effetti invalidanti su contratti di mutuo e leasing del procedimento intentato dalla Commissione europea avverso quattro istituti di credito per la "manipolazione" dell'indice Euribor), non vi è alcuna possibilità per i singoli utenti di avvalersi della sanzione della nullità prevista dall'art. 33 della L. 287/1990, norma che riguarda esclusivamente le intese restrittive tra imprese e non può applicarsi ai contratti che, sulla base di dette intese, siano stati conclusi con terzi, specie in considerazione del fatto che i destinatari diretti delle norme antimonopolistiche sono solo gli imprenditori commerciali del settore di riferimento e non anche i singoli utenti.

L'unica forma di tutela esperibile a fronte di intese anticoncorrenziali o di altre violazioni rilevanti ex art. 2 L. 287/1990 è pertanto quella risarcitoria, attuabile sia nelle forme dell'iniziativa individuale attraverso anche la generosa estensione pretoria della legittimazione attiva all'azione ex art. 33 L. 287/1990 ad utenti e consumatori sancita da Cass. Civ. SS.UU. 4 febbraio 2005, n. 2207, estensione che peraltro ora non ha più ragion d'essere, alla luce dell'introduzione dell'azione collettiva prevista dall'art. 140 bis D.Lgs. 206/2005 la quale, non a caso, è espressamente limitata "all'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni" a ristoro "del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali" (art. 140 bis D.Lgs. 6.9.2005 n. 206).

Tale orientamento è stato di recente confermato anche dalla Cassazione con sentenza n. 24044 del 2019 nella cui motivazione si legge che *"Come già affermato da questa Corte "La Legge "antitrust" 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa*



restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto "ex" art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorchè non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33 azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello." (Cass. Sez. U. 2207 del 20/2/2005), così sottolineando la differenza che ricorre tra gli accordi a monte, e cioè le intese, - oggetto di valutazione in merito alla illiceità per violazione della normativa antitrust e sanzionate dalla nullità - ed i contratti stipulati a valle, in relazione ai quali può essere esercitata l'azione risarcitoria.

In proposito, quanto agli effetti della nullità di un'intesa, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che "Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti." (Cass. n. 9384 del 11/06/2003; in tema Cass. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. n. 13486 del 20/06/2011).

Questi principi trovano conferma anche nella recente ordinanza, richiamata dai ricorrenti, la secondo la quale, "In tema di accertamento del danno da condotte anticoncorrenziali ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 2 spetta il risarcimento per tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato." (Cass. n. 29810 del 12/12/2017).

Va tuttavia rimarcato che tale ultima pronuncia non risulta del tutto pertinente, atteso che affronta il peculiare tema della ricaduta degli effetti del provvedimento della Banca di Italia del 2 maggio 2005 sui contratti stipulati prima del maggio 2005, mentre il contratto in esame venne stipulato nel 2013. Inoltre - contrariamente a quanto propugnano i ricorrenti (fol. 8 del ricorso) - dalla motivazione di detta ordinanza non può farsi discendere, nè si può presumere la qualificazione tout court delle "Norme Bancarie Uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione" quali intese illecite, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative, nè la nullità in toto del contratto di fideiussione di cui si discute: in disparte dalla mancanza di specificità del motivo circa il puntuale contenuto delle norme cui si intende far riferimento diverse dalla clausole 2, 6 e 8, tale assunto non appare affatto nè preliminare, nè logicamente consequenziale al tema trattato nell'ordinanza che - si ribadisce concerne la efficacia temporale del provvedimento della Banca d'Italia, così come esattamente ritenuto anche dalla Corte di appello partenopea (fol. 13 della sent. imp.), e non già il complessivo apparato delle NBU in tema di fideiussione."

In ogni caso anche ove si volesse prestare adesione all'orientamento espresso da Cass. Civ. 12.12.2017 n. 29810, si dovrebbe poi valutare attentamente l'incidenza del giudizio di anticoncorrenzialità delle clausole dello



schema uniforme di fideiussione omnibus sulla persistenza di un apprezzabile interesse delle parti alla conservazione del contratto, ancorché epurato dalle clausole illegittime.

Indubbiamente, l'applicazione della regola contenuta nell'art. 1419, co. 1 c.c, per cui "la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità", porterebbe a ritenere comunque valida la garanzia prestata, pur emendata dalle clausole contestate (la clausola di reviviscenza e la deroga all'art. 1957 c.c.).

Ed infatti, è innegabile che il garante avrebbe concluso ugualmente il contratto senza quelle clausole che, invero, lo penalizzano rispetto a sopravvenienze sfavorevoli o a fatti imputabili alla negligenza del creditore garantito.

Parimenti, nell'economia complessiva dell'affare, per la banca è oggettivamente più conveniente rinunciare ai benefici di quelle clausole, piuttosto che all'ampliamento della garanzia patrimoniale generica su cui contare in caso di insolvenza del debitore principale.

Alla luce di quanto sopra, l'eccezione di nullità della fideiussione rilasciata dall'odierna parte opponente va rigettata.

Quanto alla doglianza relativa alla nullità della fideiussione per abusivo riempimento contra pacta va osservato che, secondo consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, "il disconoscimento non costituisce mezzo processuale idoneo a dimostrare l'abusivo riempimento del foglio in bianco, sia che si tratti di riempimento "absque pactis", sia che si tratti di riempimento "contra pacta", dovendo, invece, essere proposta la querela di falso, se si sostenga che nessun accordo per il riempimento sia stato raggiunto dalle parti, e dovendo invece essere fornita la prova di un accordo dal contenuto diverso da quello del foglio sottoscritto, se si sostenga che l'accordo raggiunto fosse, appunto, diverso" (Cass. n. 25445/2010; n. 23501/2004; n. 7975/2000).

Nella specie, l'unico mezzo proposto dall'opponente consiste nel disconoscimento del documento che come visto non costituisce mezzo processuale idoneo a dimostrare l'abusivo riempimento del foglio in bianco essendo dunque irrilevante in ordine al punto decisivo del diverso accordo che le parti avrebbero raggiunto sul preteso riempimento del foglio in bianco. Ne discende che, non avendo parte opponente nè proposto querela di falso in funzione della denuncia di riempimento absque pactis, nè assolto all'onus probandi finalizzato alla dimostrazione del riempimento contra pacta, anche l'eccezione in questione deve essere rigettata.

In ordine alla violazione del canone di buona fede contrattuale da parte della Banca, a prescindere dalla manifesta genericità dell'eccezione, va rilevato che, "in tema di fideiussione prestata a garanzia di un'apertura di credito in conto corrente, la violazione da parte della banca del dovere di correttezza e buona fede, per avere fornito informazioni inesatte, può dar luogo a responsabilità contrattuale della stessa e all'obbligo di risarcire il danno, ma non può determinare l'inefficacia del contratto" (cfr. Cass. n. 2284/1999).

A tal proposito va, infatti, osservato che, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, mentre la violazione di norme, quand'anche imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, quali quelle in tema di doveri di informazione, può essere solo fonte di responsabilità, nella specie contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto, dovendosi, in ogni caso, escludere che, in mancanza di un'esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art.



1418, primo comma, ce, la nullità del contratto (cfr. Cass., Sez. U, n. 26724/2007); sicchè, ove mai potesse dirsi provata l'asserita violazione dei doveri de quibus, ciò potrebbe rilevare esclusivamente sotto il profilo risarcitorio, in alcun modo invocato dall'opponente, e non certo sul piano dell'efficacia o della validità della fideiussione.

Alla luce di tali motivazioni l'opposizione va rigettata ed il decreto ingiuntivo opposto va confermato e dichiarato esecutivo ai sensi degli articoli 653 e 654 c.p.c.

Rilevato che con ordinanza del 6 marzo 2019 è stata disposta la custodia in cassaforte del documento 12 di parte opposta (originale della fideiussione rilasciata dagli opposenti), va disposta la restituzione alla Banca del documento originale custodito in cassaforte.

Le spese processuali seguono la soccombenza di parte opponente e devono essere liquidate come da dispositivo, tenuto conto delle caratteristiche, dell'urgenza e del pregio dell'attività prestata, dell'importanza, della natura, della difficoltà e del valore dell'affare, delle condizioni soggettive del cliente, dei risultati conseguiti, del numero e della complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate (art. 1 d.m. 13 marzo 2014 n. 55, pubblicato sulla G.U. n. 77 del 2.4.2014, applicabile ex art. 28 alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore) e tenendo in considerazione i parametri minimi per la fase istruttoria, data la natura documentale della causa.

Osserva peraltro il Tribunale che parte opponente ha promosso con manifesta imprudenza, se non mala fede, una lite temeraria.

La proposizione di un giudizio basato su allegazioni astratte, ipotetiche, dubitative e generiche, prive di concreti e specifici agganci con una realtà fattuale adeguatamente rappresentata e dimostrata (la violazione dell'intesa anticoncorrenziale) nonché il fondare l'opposizione su deduzioni (quali la violazione del canone di buona fede) di cui neanche viene chiesta la prova in giudizio o comunque mediante mezzi processuali irrilevanti in ossequio a una giurisprudenza conforme sul punto, sono chiaro sintomo della volontà di generare un contenzioso con scopi (o per lo meno con effetti oggettivi) di carattere emulativo, di "disturbo" dell'ordinato svolgimento dell'attività creditizia, del tutto estranei alla tutela dei diritti e degli interessi legittimi per la quale l'art. 24 Cost. garantisce il diritto di agire e resistere in giudizio.

Di tale diritto, costituzionalmente garantito, la lite temeraria costituisce un abuso che reca pregiudizio non soltanto alla controparte, costretta a subire gli effetti della pendenza di un processo, ma anche alla collettività intera: ed è per questo che il legislatore ha voluto, con la modifica dell'art. 96 cod. proc. civ., svincolare la condanna per lite temeraria dalla domanda di parte e dalla prova di un danno, attribuendole così una evidente funzione sanzionatoria.

Ed invero, è jus receptum che la pendenza di una lite sia fonte di un pregiudizio per chi vi si trovi coinvolto, in termini di ansia, frustrazione, incertezza, spreco di risorse materiali e psichiche, distrazione dalle ordinarie attività produttive e/o ricreative.

È questo inconveniente dev'essere sopportato come un male necessario fin tanto che il processo abbia una durata "ragionevole", ma diviene fonte di danno non patrimoniale risarcibile quando tale termine sia superato. Ora, è evidente che un giudizio temerario che, come tale, non avrebbe neppure dovuto principiare, ha una durata irragionevole sin dal primo istante, e sin dal primo istante è fonte di un pregiudizio ingiusto che va indennizzato.



Non solo. La lite temeraria contribuisce ad ingolfare i ruoli della giustizia e concorre così all'allungamento dei tempi della risposta giudiziaria, con grave danno per quanti, in attesa della pronuncia risolutiva di una reale controversia, sono costretti a subire processi di durata non "ragionevole". Quando, poi, la lite temeraria non sia un'iniziativa isolata, ma si inserisca in un filone di cause seriali, aventi ad oggetto l'attività bancaria, non soltanto l'effetto di rallentamento della macchina giudiziaria è amplificato dalla serialità del contenzioso, ma, inoltre, si producono conseguenze pregiudizievoli per tutta l'attività produttiva e per l'economia del paese, giacché ogni lite di questa natura contribuisce a rendere rischiosa l'attività creditizia e difficoltoso l'accesso al credito, a detrimento della nascita di nuove realtà produttive e dello sviluppo di quelle esistenti.

In tal senso, va ritenuto che la ratio della nuova disposizione di cui all'art. 96, 3° comma c.p.c. può essere individuata nello scoraggiare comportamenti strumentali alla funzionalità del servizio giustizia e in genere al rispetto della legalità.

I criteri sulla base dei quali commisurare la somma sono: il grado di gravità della colpa della parte soccombente, il valore della causa, la durata del processo, la natura e l'oggetto della causa; per quanto riguarda, in particolare, il criterio della durata del procedimento, possono essere presi in considerazione i parametri quantitativi fissati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per l'indennizzo da irragionevole durata del processo.

Ebbene, alla luce delle considerazioni espresse, la opponente va condannata ad una pena pecuniaria da liquidare in favore della parte opposta costituita ed equitativamente determinata, secondo i criteri sopra indicati, pari alla somma di euro 7.000,00 oltre interessi legali dalla sentenza e sino al soddisfo.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, sull'opposizione a decreto ingiuntivo n.1897/2018 proposta da
Francesco e Alessandro nei confronti della Banca per
azioni ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

1. rigetta l'opposizione e, per l'effetto, conferma il decreto ingiuntivo opposto n. 1897/2018 emesso dal G.U. presso il Tribunale di Busto Arsizio il 21.08.2018 che dichiara esecutivo ai sensi degli articoli 653 e 654 c.p.c.;
2. condanna parte opponente alla rifusione in favore della Banca per azioni in persona del legale rappresentante pro tempore delle spese di lite, liquidate in complessivi € 11.810,00, oltre rimborso spese generali (15%), I.V.A. e C.P.A. come per legge;
3. condanna parte opponente, ai sensi dell'art. 96, comma III, c.p.c., ad una pena pecuniaria in favore della Banca che liquida in complessivi Euro 7.000,00 oltre interessi legali dalla sentenza e sino al soddisfo;
4. dispone, a cura della Cancelleria, la restituzione alla Banca per azioni del documento originale custodito in cassaforte.

Il Giudice
Carlo Barile

