

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Su ricorso di Banca [REDACTED], il Tribunale di Monza, in data 14 febbraio 2019, emise decreto ingiuntivo n. 664/2019 nei confronti dei fideiussori [REDACTED] e [REDACTED] per il pagamento della somma complessiva di € 1.950.000,00, derivante da mutuo fondiario, oltre interessi di mora e spese.

[REDACTED] propose opposizione avverso il decreto ingiuntivo evidenziando che il titolo azionato dalla Banca in via monitoria è costituito dalla fideiussione *omnibus* rilasciata in data 26 luglio 2002, inizialmente per l'importo di € 800.000,00 poi aumentato sino ad € 1.950.000,00. Eccepi la nullità totale della fideiussione per violazione della disciplina antimonopolistica, in quanto conclusa sulla base di moduli unilateralmente predisposti dalla Banca, totalmente conformi allo schema contrattuale predisposto dall'ABI, con riferimento ai quali la Suprema Corte, con ordinanza n. 29810 del 12.12.2017, aveva statuito la nullità per violazione dell'art. 2 comma 2 lettera A della legge n. 287 del 1990. Infatti, il testo della fideiussione, adottata dalla Banca, riproduce esattamente il contenuto di clausole che la Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, aveva già espressamente segnalato come contrarie alla disciplina antimonopolistica. In via subordinata, eccepi la nullità del contratto di mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità previsto dall'art. 38 TUB, osservando che la banca aveva concesso a mutuo a [REDACTED] s.a.s. la somma di € 3.500.000,00 ed ottenuto dalla mutuataria, a garanzia della restituzione di tali somme e dei relativi interessi, la concessione di ipoteca volontaria su una serie di immobili che, come riconosciuto dalla medesima Banca nel ricorso per decreto ingiuntivo, non erano capienti a garantire neppure il capitale mutuato. Invocò, altresì, la violazione delle norme di cui agli artt. 1955, 1956 e 1957 cod. civ., affermando che, se pur vero che egli fosse a conoscenza dell'esposizione debitoria della società, essendone socio accomandatario, tuttavia, al momento del rilascio della fideiussione, non avrebbe potuto immaginare che la Banca, anche al fine di estinguere precedenti finanziamenti della società, ponesse in essere un'operazione finanziaria confidando nella sola solvibilità dei suoi garanti. Reputò, quindi, configurabile la responsabilità della Banca per aver abusivamente concesso credito alla Società mutuataria nella dichiarata consapevolezza della mancanza di solvibilità di quest'ultima. Lamentò, infine, le seguenti illegittimità del contratto di mutuo: a) pattuizione di tassi oltre soglia usura; b) anatocismo; c) TAEG (o ISC) inferiore rispetto a quello concretamente applicato al rapporto; d) TAEG (o ISC) non dichiarato in alcune delle successive rinegoziazioni del contratto; e) inserimento nel corso del rapporto di clausole *floor* a garanzia della banca dall'andamento discensionale dei tassi di interesse.

Banca [REDACTED] si costituì evidenziando la natura documentale del proprio diritto di credito nei confronti della società debitrice principale, [REDACTED] di [REDACTED] SAS, alla data del 2 gennaio 2019, per l'importo di € 3.613.881,54, e del garante, nonché socio accomandatario e legale rappresentante, [REDACTED], illimitatamente e solidalmente responsabile con la società debitrice principale, ai sensi dell'art. 2313 cod. civ., per le obbligazioni sociali dalla stessa assunte. Dichiarò di non accettare il contraddittorio sulle generiche argomentazioni in ordine alle illegittimità, genericamente dedotte, del mutuo. In ordine alla garanzia, affermò che l'intenzione delle parti era stata quella di concludere un contratto autonomo di garanzia, piuttosto che un'ordinaria fideiussione, in base alla combinazione delle clausole n. 2, 7 e 8, con conseguente carenza di legittimazione del garante ad esercitare, nei confronti del creditore a favore del quale ha prestato la garanzia, un diritto facente capo al debitore garantito. In ogni caso, eccepi l'incompetenza del Tribunale di Monza a favore del giudice della Sezione specializzata in materia di impresa, competenza funzionale prevista dall'art. 33 della legge 287 del 1990 per l'accertamento della nullità del contratto di fideiussione contenente clausole frutto di intese restrittive della concorrenza. Lamentò, inoltre, che [REDACTED] non è consumatore, non ha chiarito in virtù di quale meccanismo l'accertata nullità delle intese restrittive della concorrenza determinerebbe la nullità anche dei singoli contratti a valle, né da



quale tipo di nullità questi sarebbero affetti, né quale effettivo pregiudizio avrebbe subito dall'asserita violazione della normativa *antitrust*. Negò che fosse riscontrabile una nullità della fideiussione derivata dall'illecito concorrenziale in quanto non si rinviene un vincolo di dipendenza funzionale o un nesso di indissolubile dipendenza dei contratti di fideiussione rispetto all'intesa a monte, mancando alcun oggettivo richiamo alla deliberazione dell'ABI di approvazione del modello standardizzato di fideiussione *omnibus*. In ogni caso, l'applicazione della regola contenuta nell'art. 1419, 1° comma, cod. civ. porterebbe a ritenere comunque valida la garanzia prestata, pur emendata dalle clausole contestate, dal momento che il garante avrebbe concluso ugualmente il contratto, anche in assenza di tali clausole, posto che, 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. Contestò la violazione della norma di cui all'art. 38, 2° comma, TUB rilevando che, fermo restando l'onere probatorio posto a carico di controparte, il valore del bene immobile deve essere ragguagliato al momento dell'erogazione del mutuo e non alla data attuale. In ogni caso, invocò la validità del contratto e delle garanzie concesse a suo favore e chiese la conversione del contratto di mutuo fondiario in un contratto di mutuo ordinario con le garanzie ipotecarie già rilasciate. Respinse l'accusa rivoltale di concessione abusiva del credito sul presupposto della consapevolezza della mancata solvibilità della società debitrice principale, stante la capienza dei beni alla stipula del contratto di mutuo. Inoltre, [REDACTED] era socio accomandatario e legale rappresentante della Società debitrice e, come tale, conosceva o doveva essere a conoscenza dell'esposizione debitoria nei confronti della Banca. Aggiunse che la società ed il socio accomandatario [REDACTED] avevano riconosciuto il debito maturato nei suoi confronti come da atto ricognitivo e di rinegoziazione di mutuo fondiario del 22.07.15 (doc. 9 fascicolo monitorio). Negò, inoltre, di aver fatto affidamento sui soli beni del fideiussore, dal momento che, all'erogazione del mutuo, erano stati posti a garanzia dell'operazione i beni immobili di proprietà della società [REDACTED] di [REDACTED]..

Fu disattesa l'istanza di sospensiva.

Precisate le conclusioni in forma scritta entro il termine del 3 dicembre 2020, la causa è stata trattenuta in decisione a norma dell'art. 190 cod. proc. civ..

Preliminarmente, va rilevato che sussiste la competenza funzionale del Tribunale di Monza relativamente al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal medesimo Organo giudicante.

Al contrario, la controversia non deve essere rimessa, neppure parzialmente, alla speciale competenza della Corte d'Appello prevista dall'art. 33 della legge n. 287/1990, in quanto la questione della nullità del negozio fideiussorio per contrasto con la normativa sulla concorrenza è stata svolta in questa sede in via di eccezione, in quanto diretta a paralizzare la pretesa creditoria della Banca (cfr. sul tema, in generale, Cass. 30-12-2016 n. 27516; Cass. 25-10-2016 n. 21472; Cass. 15-4-2010 n. 9044; Cass. 24-7-2007 n. 16314).

Nel merito, l'opposizione è infondata.

Va disattesa, anzitutto, l'eccezione di invalidità della garanzia fideiussoria.

[REDACTED] afferma che il contratto di fideiussione *omnibus* sarebbe costituito da un modello corrispondente allo schema contrattuale proposto dall'ABI e, quindi, conformemente all'insegnamento della Suprema Corte (Cass. n. 29810/2017), sarebbe affetto da nullità per violazione della disciplina anticoncorrenziale.

In particolare, l'opponente sottolinea che il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui all'art. 19, comma 11, l. n. 262/2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, come affermato da Cass. 22 maggio 2019, n. 13846.

Gli artt. 2, 6 e 8, riprodotti nel contratto di fideiussione in esame, costituirebbero, dunque, lo sbocco dell'intesa vietata, poiché attraverso dette disposizioni si sono attuati gli effetti di quella



condotta illecita.

Inoltre, secondo l'opponente, gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI, hanno come effetto la trasformazione del contratto di fideiussione in un contratto autonomo di garanzia e ciò non può ragionevolmente ritenersi meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico nella prospettiva dell'interesse dei contraenti, nel significato di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ., in quanto la Banca, con tali clausole, avrebbe eluso la normativa Antitrust mediante l'introduzione nei contratti di fideiussione di clausole dirette a trasformare il negozio tipico in uno atipico, ad esclusivo suo vantaggio ed in danno dei garanti.

Conseguentemente, l'intero impegno di garanzia sarebbe nullo giacché frutto dell'intesa anticoncorrenziale vietata.

In ogni caso, anche nell'ipotesi di nullità parziale, eliminate le predette clausole dal testo contrattuale, la Banca sarebbe incorsa nella decadenza di cui all'art 1957 cod. civ., non più derogato.

Anche secondo la Banca, sia pure con diversa finalità, la concorrenza delle clausole n. 2, 7 ed 8 evidenzerebbe l'intenzione delle parti di concludere un contratto autonomo di garanzia, piuttosto che avvalersi di un'ordinaria fideiussione.

L'art. 7 del contratto, in particolare, prevede che "il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio".

Va premesso che tutte le contestazioni circa la validità della fideiussione, quand'anche fossero accolte e conducessero alla revoca del decreto ingiuntivo perché alla base della domanda monitoria era stato posto il solo titolo fideiussorio, non sono idonee ad escludere l'obbligo di pagamento del credito azionato dalla Banca, dal momento che [REDACTED], nella sua qualità di socio accomandatario illimitatamente responsabile, è comunque anche debitore diretto della stessa, al pari della società debitrice principale.

Il credito complessivo della Banca, peraltro, è stato riconosciuto dalla società e dal socio accomandatario [REDACTED] nell'atto ricognitivo e di rinegoziazione di mutuo fondiario di cui al rogito notarile del 22.07.15 (doc. 9 fascicolo monitorio) e tale riconoscimento, anche in caso di contestazione sugli elementi accessori, vale certamente in relazione al capitale erogato, attestato in misura di € 3.500.000,00 a tale data.

Ciò detto, in data 26 luglio 2002, [REDACTED] aveva prestato fideiussione, fino a concorrenza di € 800.000,00 (importo successivamente elevato fino ad € 1.950.000,00), per l'esatto adempimento di tutte le obbligazioni assunte dalla società [REDACTED] di [REDACTED] e [REDACTED] s.a.s. verso la Banca comunque dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura.

La prima considerazione da farsi, ai fini dell'indagine sulla natura giuridica della garanzia prestata, arrestandosi alla terminologia usata, è che le parti l'hanno definita come fideiussione e che essa accede alle obbligazioni bancarie assunte dal debitore principale.

L'aspetto caratterizzante del contratto atipico denominato contratto autonomo di garanzia, sotto il profilo strutturale, è la relativa indipendenza del rapporto di garanzia rispetto a quello garantito, che si esprime nel fatto che il garante è obbligato al pagamento in confronto del creditore che gliene faccia richiesta in conformità del contratto di garanzia, e, con determinati limiti, non può far valere in confronto del creditore eccezioni attinenti alla validità, all'efficacia ed in genere alle vicende del rapporto di base (Cass. 6.10.1989 n. 4006; 18.11.1992 n. 12341; 25.2.1994 n. 1933).

Nel caso in esame, è certo ci si trovi in presenza di un contratto di fideiussione, non solo perché così qualificato dai contraenti, quanto piuttosto perché l'accessorietà al rapporto principale è espressamente individuata nelle obbligazioni derivanti da operazioni bancarie facenti capo alla società garantita ([REDACTED] s.a.s.): la semplice presenza di una clausola che obblighi il garante a pagare, a semplice richiesta del beneficiario che abbia dichiarato essersi verificati i presupposti per l'esigibilità della garanzia, ed anche nel caso in cui resti preclusa la possibilità di opporre eccezioni attinenti al rapporto di base, non attribuisce alla garanzia i connotati del contratto



autonomo di garanzia.

La distinzione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia va tratta dalla considerazione dei profili funzionali della garanzia: nel caso della garanzia autonoma, la funzione non è quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione altrui o l'integrale soddisfacimento della pretesa risarcitoria traente origine dall'inadempimento del debitore, bensì quella, prossima alle caratteristiche della cauzione, di assicurare al beneficiario la disponibilità almeno di una determinata somma di danaro, a bilanciamento di rischi tipici di determinati contratti.

Perché sia configurabile un contratto autonomo di garanzia, infatti, occorre che sia espressamente derogato l'art. 1945 cod. civ. e venga meno l'accessorietà propria della fideiussione, in modo che risulti, dall'interpretazione del contratto, del tutto preclusa al garante l'opponibilità delle eccezioni spettanti al debitore principale nei confronti del creditore garantito.

Nella specie, siffatta deroga non è riscontrabile, né è stata dedotta la sua esistenza, non essendo riscontrabile un'espressa limitazione dalla facoltà di sollevare eccezioni al solo caso di escussione abusiva della garanzia (cosiddetta *exceptio doli*).

Si osservi che l'art. 1945 cod. civ., relativo alla disciplina della fideiussione, dispone che "Il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salvo quella derivante dall'incapacità".

Un patto di rinuncia del fideiussore a far valere determinate eccezioni non altera, in ogni caso, il tipo contrattuale, che resta caratterizzato dal principio di accessorialità (artt. 1939 e 1945 cod. civ.).

Il fideiussore, in sostanza, secondo uno schema che presenta la medesima struttura di quello disciplinato dall'art. 1462 cod. civ., dettato in tema di inadempimento nei contratti a prestazioni corrispettive, si obbliga a non ritardare la propria prestazione: però, la possibilità di ottenere che il giudice pronunzi sulle proprie eccezioni (ed anche su quelle spettanti al debitore principale), viene solo ad essere condizionata dal fatto che egli abbia eseguito il pagamento richiestogli, cosa che non si verifica nel contratto autonomo di garanzia.

Manca, altresì, per la configurabilità della garanzia autonoma, l'esistenza di un impegno del debitore principale, estraneo al rapporto, a tenere indenne il garante a compensazione dell'impegno assunto con la garanzia autonoma.

Esclusa, dunque, l'autonomia della garanzia, va osservato che la fideiussione sottoscritta da [REDACTED] contiene effettivamente le clausole di "sopravvivenza", di "reviviscenza" e di rinuncia ai termini ex art. 1957 cod. civ., proprie dello schema elaborato nel 2003 dall'ABI (art. 2, 6 e 8, anche se non vi è piena corrispondenza letterale per la clausola n.8), che sono state ritenute dalla Banca d'Italia contrarie all'art. 2 della L. 287/1990 (c.d. Legge antitrust) con Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005.

Infatti, la Banca d'Italia, con il suddetto provvedimento, aveva accertato la contrarietà alla disciplina anticoncorrenziale, se adottate in modo uniforme, delle disposizioni concernenti la clausola di reviviscenza, quella di sopravvivenza e quella di rinuncia al termine decadenziale previsto dall'art. 1957 cod. civ..

Secondo il fideiussore, la Suprema Corte, con l'Ordinanza in data 12 dicembre 2017 n. 29810, avrebbe affermato che sono nulle le fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie (c.d. fideiussioni omnibus) conformi allo schema di contratto predisposto dall'ABI che contengono la sostanza delle clausole stigmatizzate dal provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d'Italia.

Il principio affermato dalla Suprema Corte è il seguente:

"In tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dall'art. 2 della L. 287 del 1990, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscono l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte"... comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla regolazione o al controllo di quel mercato ... a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto



quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano realizzazione di profili di distorsione della concorrenza”.

Pertanto, secondo l'orientamento giurisprudenziale condiviso da parte opponente, la predetta disposizione non ha voluto dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico “a monte” postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la complessiva situazione, anche successiva al negozio originario che, in quanto tale, abbia realizzato un ostacolo al gioco della concorrenza, con la conseguenza che qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque forma sia stata posta in essere, costituisce comportamento rilevante per l'accertamento della violazione dell'art. 2 della normativa antitrust, determinando la nullità non solo dell'intesa anticoncorrenziale a monte posta in essere dagli istituti di credito, ma anche dei contratti a valle stipulati in esecuzione della medesima.

La tesi non è condivisibile.

Per quanto si possa riconoscere che le clausole sopra richiamate contenute nel modello ABI siano idonee ad incidere anche pesantemente sulla posizione del garante, dal momento che con esse l'istituto di credito si assicura la stabilità della garanzia a prescindere dalla carenza dell'obbligazione principale, la riattivazione della garanzia a seguito del risorgere del credito (per esempio in caso di revoca del pagamento) e l'integrità dei diritti derivanti alla banca dalla fideiussione fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore principale entro i termini previsti dall'articolo del codice derogato, tuttavia va osservato che la violazione della normativa anticoncorrenziale rappresenta un fatto ulteriore e distinto rispetto al contenuto delle singole clausole, che coinvolge l'accordo interbancario in forza del quale è stato ratificato l'impiego di un modulo di contratto di fideiussione da parte di tutti gli istituti di credito associati aderenti.

Ne deriva che la nullità “a cascata” incide sulle fideiussioni concluse mediante l'impiego dei suddetti moduli incriminati perché frutto di un accordo di cartello, ma non riguarda il contenuto delle singole clausole, che ben possono essere contenute e validamente pattuite, singolarmente o anche nella loro combinazione, in quanto relative a norme derogabili, in un contratto di fideiussione autonomamente predisposto dalla singola banca.

Pertanto, il mero riscontro testuale dell'esistenza nel modulo negoziale delle clausole censurate non è idonea a determinare, di per sé, la nullità della fideiussione, dal momento che **l'allegazione della nullità per contrasto con la normativa antitrust presuppone la dimostrazione che la Banca abbia adottato una condotta anticoncorrenziale, che può avere contenuto diverso a seconda del modulo contrattuale adottato, dell'epoca di sottoscrizione della fideiussione e degli altri modelli in uso.**

Si consideri che la Banca d'Italia ha ritenuto lesivi della concorrenza gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) non come tali, bensì in quanto “contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90”.

La specifica condotta illecita anticoncorrenziale adottata dalla Banca [REDACTED] dunque, avrebbe dovuto essere dedotta, circostanziata e provata in termini.

Recentemente, la Suprema Corte (Cass. 28/11/2018 n. 30818) ha precisato, in proposito, con riferimento all'onere della prova, che il fideiussore intenzionato a conseguire un provvedimento favorevole è tenuto a fornire prova dell'intesa asseritamente illecita e del danno subito.

Nella specie, il modello della lettera fideiussoria sottoscritto da [REDACTED] risulta essere stato elaborato certamente in epoca antecedente all'accordo interbancario incriminato del luglio 2003 (la prima comunicazione dello schema negoziale ABI alle banche associate risale al marzo 2003), come si evince dal fatto che la fideiussione è stata rilasciata in data 26 luglio 2002, cioè un anno prima, ed ha data certa, essendo stato apposto il timbro postale.

Il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia, dunque, non riveste, nel caso concreto,



quell'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale.

L'affermazione della ricorrenza della condotta anticoncorrenziale presuppone, quindi, l'allegazione non soltanto della lettera fideiussoria *omnibus* contestata, ma anche di altre distinte analoghe garanzie rilasciate a favore di altri istituti o, comunque, da questi utilizzate, idonee ad evidenziare l'unicità del modello adottato e di cui si assume l'identità del testo contrattuale, dovendosi dimostrare la natura dell'intesa quale concertazione uniforme da parte delle banche, poi attuata in modo altrettanto uniforme, vertendo la contestazione proprio sul carattere uniforme dell'applicazione delle clausole contestate, quale elemento costitutivo della pretesa nullità indotta dall'intesa anticoncorrenziale, "che il provvedimento della Banca d'Italia non ha accertato, ma ha indicato in termini soltanto ipotetici" (così, Cass. 28/11/2018 n. 30818).

Compete, dunque, al garante fideiussore di allegare e fornire la dimostrazione in concreto della presunta indistinta esecuzione della condotta anticoncorrenziale: siffatto onere di allegazione e prova non è stato assolto nella specie.

Peraltro, sebbene in astratto un'intesa vietata, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287 del 10 ottobre 1990, possa essere dannosa anche per un soggetto, consumatore o imprenditore, che non vi abbia preso parte, dal momento che la legge "antitrust" 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, occorre, tuttavia, che la parte che assume di essere stata lesa provveda ad allegare, tra l'altro, lo specifico pregiudizio conseguente all'impossibilità di effettuare una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza per effetto dell'intesa vietata.

Ciò perché la sola tutela concessa al soggetto rimasto estraneo all'intesa anticoncorrenziale, ma che ha subito un danno dalla stipulazione del contratto "a valle" costituente lo sbocco dell'intesa vietata, è quella risarcitoria che, nel caso di specie, non è stata neppure genericamente invocata.

In proposito, quanto agli effetti della nullità di un'intesa anticoncorrenziale, la Suprema Corte ha recentemente ribadito l'orientamento secondo cui "*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*" (cfr. Cass. civ. Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044; già Cass. n. 9384 del 11/06/2003; in tema Cass. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. n. 13486 del 20/06/2011).

Escluso, dunque, che nella fattispecie possa essere riscontrato che la fideiussione conclusa rappresenti il momento attuativo dell'intesa anticoncorrenziale, non può essere affermata la nullità, neppure parziale, del suddetto contratto, limitatamente ad alcuna delle singole clausole, con riferimento alle quali non è stato dedotto alcun profilo che manifesti, in concreto, il rilievo ostativo all'escussione della garanzia.

Per quanto riguarda la pretesa liberazione del fideiussore dalla garanzia, va osservato che nelle difese conclusive [REDACTED] ammette che era a conoscenza dell'esposizione debitoria della società al momento dell'erogazione del mutuo: circostanza, del resto, ragionevolmente innegabile per il fatto che egli era socio accomandatario della società mutuataria garantita.

Va premesso che, in tema di fideiussione per obbligazioni future, per l'applicazione dell'art. 1956 cod. civ. devono ricorrere sia il requisito oggettivo della concessione di un ulteriore finanziamento successivo al deterioramento delle condizioni economiche del debitore e sopravvenuto alla prestazione della garanzia, sia quello soggettivo della consapevolezza del creditore del mutamento delle condizioni economiche del debitore, raffrontate a quelle esistenti all'atto della costituzione del rapporto (cfr. Cass. n. 10870 del 23/05/2005).

In particolare, il fideiussore che chiede la liberazione dalla prestata garanzia, invocando l'applicazione dell'art. 1956 cod. civ., ha l'onere di provare, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., l'esistenza degli elementi richiesti a tal fine, e cioè che, successivamente alla prestazione della



fideiussione per obbligazioni future, il creditore, senza la sua autorizzazione, abbia fatto credito al terzo pur essendo consapevole dell'intervenuto peggioramento delle sue condizioni economiche (cfr. Cass. n. 2524 del 07/02/2006 e n. 394 del 11/01/2006).

Nella specie, va osservato che non è stato neppure dedotto quel mutamento delle condizioni economiche del debitore, mentre la concessione del mutuo è stata garantita principalmente con gli immobili di proprietà della società mutuataria, cosicché non si può affermare, come sostenuto dall'opponente, che il finanziamento sia stato erogato solo a fronte delle fideiussioni dei garanti. In ogni caso, i presupposti di applicabilità dell'art. 1956 cod. civ. non ricorrono allorché nella stessa persona coesistano le qualità di fideiussore e di socio o legale rappresentante della società debitrice principale.

Ne deriva che [REDACTED], in tale sua qualità, non poteva non essere a conoscenza delle condizioni patrimoniali e finanziarie della Società dallo stesso amministrata e, più in generale, degli affari e degli impegni assunti per la gestione delle attività ad essa riferibili.

La Suprema Corte ha affermato, in proposito, che *"La mancata richiesta di autorizzazione non può tuttavia configurare una violazione contrattuale liberatoria se la conoscenza delle difficoltà economiche in cui versa il debitore principale è comune, o dev'essere presunta tale, come nell'ipotesi in cui debitrice sia una società nella quale il fideiussore ricopre la carica di amministratore"* (Cass. n. 3761 del 21/02/2006).

"L'art. 1956 cod. civ. non è applicabile nell'ipotesi in cui il fideiussore, cumulando in sé la duplice qualità di socio e di garante della società debitrice principale, conosca le condizioni patrimoniali di quest'ultima e la richiesta di forniture a credito da essa rivolta al creditore, dovendo ritenersi, in tale ipotesi, che il fideiussore, con il suo comportamento passivo, autorizzi tacitamente lo stesso creditore a far credito ulteriore alla società debitrice, della quale il fideiussore stesso non ignorava le nuove condizioni patrimoniali, in riferimento alla possibilità di realizzare il credito" (Cass. n. 2130 del 07/07/1971 e n. 16827 del 09/08/2016).

Le altre contestazioni sollevate da [REDACTED] inerenti il contratto di mutuo appaiono irrilevanti in relazione al contenuto della pretesa creditoria azionata dalla Banca in sede monitoria.

Ciò vale sia con riferimento alla questione della nullità del contratto di mutuo fondiario per asserito superamento del limite di finanziabilità previsto dall'art. 38 TUB, sia riguardo quelle (peraltro, del tutto genericamente prospettate) attinenti alla pretesa illegittimità della pattuizione di tassi oltre soglia usura, dell'anatocismo, della non corrispondenza del TAEG rispetto a quello concretamente applicato al rapporto e non dichiarato in alcune delle successive rinegoziazioni del contratto e dell'inserimento di clausole *floor* a garanzia della banca dall'andamento discensionale dei tassi di interesse.

Si osservi che, con atto notarile di erogazione e quietanza in data 27.03.09, la parte mutuataria aveva dato atto di aver ricevuto, contestualmente, la complessiva somma di € 3.500.000,00 (doc. 5).

Con successivo atto notarile ricognitivo e di rinegoziazione del mutuo fondiario, in data 22.07.2015, le parti avevano quantificato l'esposizione debitoria maturata dalla debitrice principale a quella data nella somma di oltre € 3.800.000,00 (doc. 9).

Con lettera raccomandata datata 28.11.2018, Banca [REDACTED] aveva richiesto alla società debitrice principale ed ai garanti l'adempimento delle obbligazioni assunte per la somma complessiva di € 3.607.433,32, costituendoli in mora (doc. 15), importo certificato dalla Banca alla data del 2.01.2019 nella somma di € 3.613.881,54 (doc. 16).

Pertanto, la somma ingiunta al fideiussore risulta di gran lunga inferiore rispetto al solo capitale erogato che, anche in ipotesi di accertata nullità di tutte le obbligazioni accessorie al finanziamento, non vi è dubbio che debba essere restituito.

[REDACTED] non ha dimostrato l'entità delle somme rimborsate nel corso del rapporto, né ha dedotto che il loro ammontare complessivo sarebbe stato idoneo a ridurre il credito della Banca, per solo capitale, al di sotto della somma di € 1.950.000,00 ingiunta, costituente il limite della



garanzia.

Ad identico risultato condurrebbe anche l'eventuale accertamento della nullità del contratto di mutuo fondiario perché eccedente il limite di finanziabilità, posto che, da un lato, sussiste la possibilità di recupero del contratto nullo attraverso il meccanismo della conversione (nella specie, espressamente richiesta dalla Banca) in un contratto diverso, ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., venendo meno solo la regolamentazione di vantaggio associata al carattere fondiario del mutuo, dall'altro, dalla nullità del mutuo, cioè del rapporto garantito, non deriva necessariamente la nullità della garanzia stessa, posto che essa è accessoria al credito garantito, non al contratto i cui effetti pratici si esauriscono con l'erogazione del credito, restando in vita il solo vincolo restitutorio, che non viene meno neppure in caso di nullità del negozio che ha dato luogo all'erogazione. La concessione della fideiussione, dunque, permane a garanzia della restituzione della somma comunque erogata in forza del mutuo.

L'opposizione va respinta e va integralmente confermato il decreto ingiuntivo opposto.

Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale di Monza, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) rigetta l'opposizione e conferma il decreto ingiuntivo n. 664/2019 emesso dal Tribunale di Monza in data 14 febbraio 2019;
- 2) condanna [REDACTED] a rimborsare a Banca [REDACTED] s.c. le spese di lite che liquida in complessivi € 20.000,00 per competenze, oltre anticipazioni, spese generali (15%), I.V.A. e contributo c.p.a.;
- 3) con sentenza esecutiva.

Monza, 9 marzo 2021.

Il Cancelliere

Il Giudice
Dott. Mirko Buratti

Depositato in Cancelleria oggi

