



### Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con atto di citazione notificato il 9 gennaio 2017, [REDACTED] ed [REDACTED] hanno proposto appello avverso la sentenza in epigrafe indicata, con la quale era parzialmente accolta l'opposizione avverso il decreto n. 685/12 del Tribunale di Benevento, che ingiungeva loro, in forza della fideiussione prestata in favore della società [REDACTED] s.r.l., di pagare, alla Banca [REDACTED] la complessiva somma di € 33.210,17, oltre interessi e spese di procedura, a titolo di saldo debitore del contratto di apertura di credito a revoca n. 53486.

Il Tribunale, nella sentenza impugnata, così testualmente provvedeva:

*"1) Accoglie parzialmente l'opposizione e per l'effetto revoca il decreto ingiuntivo e per l'effetto condanna gli opposenti al pagamento, in favore dell'[REDACTED] s.p.a., della somma di € 27.863,30, oltre interessi dalla domanda.*

*2) Compensa per 1/3 le spese di lite e condanna gli opposenti al pagamento degli altri 2/3, che liquida in € 800,00 per la fase di studio, € 900,00 per la fase istruttoria, € 1000,00 per la fase decisoria, € 1.800,00 per spese, oltre ai 2/3 spese di ctu, Iva e Cap come per legge".*

Gli appellanti, nell'atto di impugnazione, hanno rassegnato le seguenti conclusioni:

*"A) accogliere l'appello proposto dai [REDACTED] - [REDACTED] e per l'effetto in riforma della sentenza di primo grado resa dal Tribunale civile di Benevento, dichiarare nullo il contratto stipulato, o quantomeno inefficaci le clausole in esso contenute perché non approvate per iscritto, con obbligo del creditore di agire preventivamente nei confronti del debitore originario, ai sensi dell'art. 1957 c.c., per i motivi esposti;*

*B) accertare e dichiarare revocata la fideiussione concessa dagli appellanti in favore dell'appellata, pertanto, non dovuta la somma portata nel decreto ingiuntivo, anche per l'illegittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, della CMS e per la illecita applicazione delle cosiddette valute fittizie, per le motivazioni espresse nella parte narrativa;*



C) dichiarare revocata la fideiussione prestata in favore della [REDACTED] dal momento dell'atto pubblico del 12.05.2008, con cui gli odierni appellanti hanno ceduto le proprie quote sociali a terzi che ne sono divenuti soci, per i motivi esposti;

D) condannare parte soccombente al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio”.

Si è costituita in giudizio la Banca appellata, chiedendo la reiezione del gravame, in quanto inammissibile e, nel merito, infondato.

All'udienza del 25.03.2021, svoltasi con le modalità indicate dall'art. 83, co. 7, lett. h), del D.L. 18/2020, convertito nella L. 27/2020 ossia mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni, la causa era riservata in decisione, con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c. per lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

Con ordinanza del 22.07.2021, la Corte ha sottoposto al contraddittorio delle parti l'intervenuta questione sollevata dalla Corte di Cassazione - Prima Sezione Civile - con ordinanza interlocutoria n. 11486 del 30.04.2021 ed ha rimesso la causa sul ruolo, fissando l'udienza del 12.05.2022, anche per la precisazione delle conclusioni, in attesa della decisione delle SS.UU.

Alla successiva udienza del 12 maggio 2022, svoltasi sempre con le predette modalità indicate dall'art. 83, co. 7, lett. h), del D.L. 18/2020, convertito nella L. 27/2020, la causa è stata riservata in decisione, con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c. per lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

### **I motivi di impugnazione**

Con il primo motivo di impugnazione, gli appellanti censurano la sentenza di primo grado nella parte in cui il Tribunale ha ritenuto la garanzia valida ed efficace “*in quanto validamente sottoscritta*”, non ritenendo integrata, nella fattispecie, l'eccezione nullità del contratto per violazione delle norme disciplinate dal Codice del Consumo e per mancanza di sottoscrizione da parte dei fideiussori.



In particolare, secondo gli impugnanti, il ragionamento del giudice di prime cure sarebbe completamente errato nella parte in cui ha ritenuto valido ed efficace il contratto di fideiussione ad oggetto, nonostante tale atto, da loro sottoscritto solo in parte, fosse stato predisposto su un modulo e formulario che non è stato oggetto di alcuna trattativa, in totale spregio della normativa in materia di vessatorietà delle clausole inserite nei contratti, dettata dagli art. 1341 e ss. c.c. ed integrata dagli art. 33 e ss. del Codice del Consumo.

Il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto valido il contratto di garanzia ed operative le clausole vessatorie, che non risultavano, invece, sottoscritte e, quindi, non avrebbero potuto essere ritenute come "accettate" dai fideiussori. In particolare gli impugnanti rilevano: *"le clausole che impongono particolari oneri in favore di una parte contraente, per essere considerate operative, devono essere specificamente accettate e sottoscritte da chi assume quelle obbligazioni aggiuntive"*, mentre nel caso in esame *"tutte le clausole aggiuntive poste alla fine del contratto sono state qualificate dallo stesso predisponente, parte contraente forte, come vessatorie ed il consumatore non le ha accettate, tanto che non le ha sottoscritte e, quindi, non sono applicabili alla regolamentazione del rapporto contrattuale tra le parti"*.

Tali clausole, ad avviso degli appellanti, dovrebbero considerarsi dunque come non apposte, essendo nulle in quanto non specificamente sottoscritte ed approvate da parte dei fideiussori ai sensi dell'art. 1341 c.c. Ne conseguirebbe che l'Istituto di credito non sarebbe stato dispensato dall'agire nei termini di cui art. 1957 c.c.; sicché, la mancanza di prova della preventiva escussione del patrimonio del debitore principale comporterebbe la revoca del decreto ingiuntivo atteso che *"il creditore avrebbe dovuto proporre le sue istanze nei confronti del debitore originario e le deve con diligenza continuare, prima di poter intraprendere l'azione di recupero nei confronti del fideiussore"*.

Con una seconda censura, gli appellanti rilevano, inoltre, che, con atto pubblico del 12 maggio 2008, essi avevano ceduto le loro quote sociali a terzi, provvedendo a comunicarlo alla banca appellata, la quale, aveva garantito, con propria fideiussione, la fornitura di prodotti petroliferi



effettuata in loro favore, ottenendo, a sua volta, in garanzia, la prestazione della fideiussione per cui è causa. Tuttavia, la Banca, mentre aveva revocato la propria fideiussione bancaria nei confronti del fornitore, non aveva parimenti provveduto a risolvere la fideiussione da loro prestata.

Tale comportamento sarebbe, ad avviso degli appellanti, fonte di responsabilità contrattuale, in quanto, atteso il collegamento tra i due contratti di fideiussione, il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, imporrebbe che, nel momento in cui il cliente comunicò il venir meno della necessità di garanzia bancaria nei confronti di un terzo, venga meno anche la garanzia personale prestata dal fideiussore nei confronti della Banca.

Gli appellanti censurano la sentenza di primo grado anche in ordine al "quantum debeatur", rilevando come il Tribunale non avesse dato conto dei criteri in base ai quali aveva scelto, tra le ipotesi di calcolo elaborate dal CTU, quella recepita nella sentenza impugnata.

In particolare, rilevano che il consulente, verificata l'assenza di sottoscrizione delle clausole vessatorie, aveva elaborato un'ipotesi alternativa di conteggio, nella quale considerava le stesse inefficaci e calcolava come indebitamente percepita, a titolo di maggiori interessi e competenze addebitate sul conto corrente oggetto di causa, la complessiva somma di Euro 11.281,07, di molto superiore a quella del calcolo alternativo fatto proprio dal giudice nella decisione oggetto di gravame.

Pur ritenendo valido il contratto, il giudice avrebbe dovuto, dunque, recependo tale ultima ipotesi di calcolo eseguita dal CTU, decurtare la somma portata nel D.I. di Euro 11.281,07, "*poiché non vi è la prova scritta del credito, atteso che la misura degli interessi è illegittima ed indeterminata*".

Infine, gli appellanti impugnano la sentenza di primo grado in punto di regolamentazione delle spese di lite, rilevando che, essendo risultata comunque l'opposizione, seppure solo parzialmente, fondata, la Banca avrebbe dovuto essere condannata al pagamento delle spese o, comunque, le stesse avrebbero dovuto essere compensate.

L'appello deve essere accolto.



Preliminarmente, deve rilevarsi che la qualificazione giuridica della garanzia quale fideiussione può dirsi ormai coperta dal giudicato.

Il giudice di appello può invero dare al rapporto sottoposto al suo esame una qualificazione giuridica diversa da quella ritenuta dal primo giudice, dovendo egli individuare l'esatta disciplina giuridica attinente agli atti e ai fatti che costituiscono l'oggetto della controversia, alla condizione però che la definizione giuridica data al rapporto dal primo giudice non risolva una specifica disputa tra le parti sul punto, dovendosi in tal caso ritenere che la questione, in mancanza di impugnazione, sia coperta dal giudicato (cfr. tra le altre Cassazione civile sez. VI, 19/03/2018, n.6716).

Nella sentenza impugnata, il Tribunale ha espressamente qualificato la garanzia in esame come avente natura di fideiussione e tale questione, affrontata e risolta nel primo grado del giudizio, non è stata oggetto di alcuna censura in questa sede.

Ribadita dunque la natura accessoria della garanzia, non in più in discussione tra le parti, dall'analisi del corredo probatorio, emerge con chiarezza che la fideiussione sottoscritta dalle parti appellanti è disciplinata da condizioni generali unilateralmente predisposte dalla banca, alle quali i garanti hanno aderito, sebbene non con doppia sottoscrizione delle clausole qualificate dalla stessa Banca ex art. 1341 c.c. (confronta negozio di fideiussione in atti).

Appare inoltre evidente che il contratto di fideiussione stipulato tra gli odierni appellanti e l'Istituto di credito appellato sia una riproduzione fedele dello schema contrattuale relativo alla fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana (d'ora in poi ABI).

Tale modello, riportante clausole predisposte unilateralmente dall'ABI (evidentemente contrastanti con la disciplina codicistica e l'impianto normativo che regola la materia concorrenziale) è stato scrutinato dalla Banca d'Italia, in qualità di Autorità Garante della concorrenza tra gli istituti di credito ed è stato ritenuto il frutto di una intesa illecita intervenuta tra le banche, in quanto contraria a norme imperative.

In particolare, alla stregua della Legge Antitrust e del provvedimento della



Banca d'Italia n. 55 del 2 maggio 2005, devono ritenersi nulle le fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie che, conformandosi pedissequamente allo schema di contratto predisposto dall'ABI, contengono le seguenti clausole, presenti nel negozio oggetto del presente giudizio:

*<<il fideiussore è tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia e revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo>>;*

*<<qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate>>;*

*<<i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art.1957 c.c., che si intende derogato>>.*

Ciò posto, va precisato che la questione di nullità della fideiussione per contrarietà alla normativa anticoncorrenziale può essere oggetto di rilevazione ed esame d'ufficio da parte del giudice, ove, come nel caso in esame, emergano dagli atti le circostanze fattuali necessarie alla relativa valutazione e le stesse siano corredate da adeguato supporto probatorio.

La questione dell'eventuale nullità del negozio posto a fondamento della pretesa creditoria azionata in giudizio si pone infatti come antecedente logico rispetto a tutte le ulteriori questioni inerenti alla verifica dell'esistenza dei presupposti per l'adempimento del negozio stesso.

Anche ove non sia possibile un accertamento diretto della nullità - per l'assenza domande od eccezioni sul punto -, la pretesa creditoria rimarrebbe, infatti, in ogni caso ingiustificata e priva di tutela, in caso di valutazione positiva in ordine alla nullità del negozio.

Anche la nullità di specifiche clausole negoziali può venire in rilievo laddove l'applicazione delle stesse al rapporto sia stata oggetto di tempestiva contestazione (diversamente la loro eventuale nullità non



potrebbe avere alcun effetto sulla definizione della materia del contendere).

Ciò posto, nel caso in esame, la detta questione di nullità della fideiussione deve essere affrontata, attese le specifiche questioni agitate dagli odierni appellanti in ordine all'applicabilità della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. in essa contenuta.

Sotto il profilo probatorio, come detto, noto il provvedimento della Banca d'Italia n.55/2005 (che sancisce l'illiceità delle clausole n.2, 6 e 8, presenti nel modulo ABI, per contrarietà all'art.2 co 2 lett.a) l. n.287/90), risulta evidente l'utilizzo dello stesso modulo, contenente le clausole censurate, da parte della banca appellata.

La Corte ha appunto rilevato la rispondenza del modulo utilizzato per la fideiussione rilasciata dagli odierni appellanti al suddetto modulo ABI, rimettendo la relativa questione al contraddittorio delle parti.

Tale corrispondenza non può, tuttavia, di per sé sola, automaticamente, comportare l'integrale nullità della fideiussione, come pure preteso dalle parti appellanti.

La questione ha trovato, nel corso del presente giudizio, autorevole definizione per effetto della sentenza n. 41994/2021 della Corte di Cassazione che, a Sezioni Unite, è intervenuta a risolvere il contrasto interpretativo insorto sul punto, sancendo che: *<< 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 l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata - perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza -, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti>>.*

Precisa la Suprema Corte: *<<... La nullità dell'intesa a monte determina, dunque, la «nullità derivata» del contratto di fideiussione a valle, ma limitatamente alle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI, dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (nn. 2, 6 e 8) che, peraltro, ha espressamente*





*fatto salve le altre clausole .... In altri termini, il legislatore sia comunitario che nazionale - quest'ultimo adeguatosi al primo, in forza del disposto dell'art. 117, primo comma, Cost. - ha inteso impedire un «risultato economico», ossia l'alterazione del libero gioco della concorrenza, a favore di tutti i soggetti del mercato ed in qualsiasi forma l'intesa anticoncorrenziale venga posta in essere.... Per tale ragione, i contratti a valle di accordi contrari alla normativa antitrust - in quanto costituenti «lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti» (Cass. Sez. U., n. 2207/2005) - partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi... Non è certo la deroga isolata – nei singoli contratti tra una banca ed un cliente - all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939, 1941 e 1957 cod. civ., a poter, invero, determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale. E', invece, il predetto «nesso funzionale» tra l'«intesa» a monte ed il contratto a valle, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che - in violazione dell'art. 1322 cod. civ. - riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorità di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. ... La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte - nel caso concreto dall'ABI - viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato. ... Si è, pertanto, evidentemente in presenza di una «nullità speciale», posta - attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 - a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'«ordine pubblico economico»; dunque «nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva» (Cass., n. 827/1999). ... E tuttavia, nei casi - come quello oggetto del presente giudizio - in cui dello schema dichiarato nullo dalla Banca d'Italia, vengano riprodotte solo le tre clausole succitate, il menzionato «principio di conservazione» degli atti negoziali, costituente nell'ordinamento la «regola», impone di considerare nulli i contratti di fideiussione a valle solo limitatamente alle clausole riproduttive dello*



*schema illecito a monte, poiché adottato in violazione della normativa nazionale ed eurounitaria - antitrust, a meno che non risulti comprovata agli atti una diversa volontà delle parti, nel senso dell'essenzialità - per l'assetto di interessi divisato - della parte del contratto colpita da nullità...Va, per contro, esclusa - per diversi ordini di ragioni - la nullità totale del contratto a valle, con specifico riferimento alla fattispecie oggetto del presente giudizio. Ed invero, anche a prescindere dalle critiche mosse a siffatta impostazione - sotto i diversi profili della inconfigurabilità di un collegamento negoziale tra intesa e fideiussione, della non ravvisabilità di un vizio della causa o dell'oggetto, ecc.) -, è proprio la finalità perseguita dalla normativa antitrust di cui alla legge n. 287 del 1990 e dall'art. 101 del Trattato succitato ad escludere l'adequatezza del rimedio in questione. E' di tutta evidenza, infatti, che - stante la finalizzazione di tale normativa ad elidere attività e comportamenti restrittivi della libera concorrenza - i contratti a valle sono integralmente nulli - come rilevato da autorevole dottrina - esclusivamente quando la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, come nel caso di una intesa di spartizione, riprodotta integralmente nel contratto a valle. Quest'ultimo è, invece, nullo solo in parte qua, laddove esso riproduca le clausole dell'intesa a monte dichiarate nulle dall'organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere - in concreto - una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui è causa. Tutte le altre clausole, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano invece - come nel caso concreto ha affermato il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 - pienamente valide... Le clausole del contratto di fideiussione a valle che riproducano quelle nulle dell'intesa a monte (nn. 2, 6 e 8) vengono, invero, a recepire - nel contenuto del negozio - le determinazioni di un'associazione di imprese, l'ABI, che - in quanto costituiscono elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate - possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti, falsando - il tal guisa - il gioco della libera concorrenza. Ed è per questo che, esclusivamente sotto tale profilo, la Banca d'Italia ha osservato che «la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di*



*banche associate all'ABI», e, di conseguenza, ha dichiarato la nullità dei soli articoli nn. 2, 6 e 8 dell'intesa a monte. Per converso, tutte le altre clausole del contratto di fideiussione - in quanto finalizzate, attraverso l'obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l'accesso al credito bancario - sono immuni da rilievi di invalidità, come ha stabilito la Banca d'Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell'intesa ABI. ... Di conseguenza, alla nullità parziale dell'accordo o della deliberazione a monte corrisponde - per le ragioni suesposte - la nullità parziale del contratto di fideiussione a valle che ne riproduca le previsioni colpite da tale forma di invalidità, e limitatamente alle clausole riproduttive di dette previsioni, salvo che la parte affetta da nullità risulti essenziale per i contraenti, che non avrebbero concluso il contratto «senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità», secondo quanto prevede - in piena conformità con le affermazioni della giurisprudenza europea, riferite alla normativa comunitaria - il diritto nazionale (art. 1419, primo comma, cod.civ.). E sempre che di tale essenzialità la parte interessata all'estensione della nullità fornisca adeguata dimostrazione ...>>.*

La Suprema Corte rileva dunque la piena validità ed efficacia delle fideiussioni << *sebbene depurate dalle sole clausole riproduttive di quelle dichiarate nulle dalla Banca d'Italia, poiché anticoncorrenziali, in conformità a quanto stabilito dall'art. 1419 cod. civ.>>, sancendo altresì la rilevabilità d'ufficio di tale nullità da parte del giudice, nel rispetto del principio processuale della domanda di cui agli artt. 99 e 112 cod. proc. civ. (Si legge nella sentenza in esame: << *Si è - per vero - stabilito, al riguardo, che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo (Cass. Sez. U., 12/12/2014, nn. 26242 e 26243; Cass., 18/06/2018, n. 16501). ...>>).**

Alla luce dei suddetti principi, deve escludersi, innanzitutto, nel caso in esame, la nullità totale della fideiussione.



L'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole, secondo la previsione dell'art. 1419 c. c., ha infatti carattere eccezionale, in quanto deroga al principio generale della conservazione del contratto, e può essere dichiarata dal giudice solo ove risulti che il negozio non sarebbe stato concluso senza quella parte del suo contenuto colpita dalla nullità.

I fideiussori non hanno affatto provato e nemmeno allegato che, senza la presenza delle clausole oggetto di doglianza, non avrebbero prestato la garanzia; né può venire in rilievo l'impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema contrattuale da parte della banca: in proposito, infatti, vale la preliminare considerazione che le clausole in questione risultano funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione (cfr. in tal senso Cass. n. 24044/2019 cit.). Appare dunque dirimente, sul punto, la natura penalizzante delle stesse pattuizioni di cui ai nn. 2, 6 e 8, che avrebbe, per logica, determinato nei fideiussori un contegno di segno certamente opposto, rispetto a quello determinante la nullità totale del negozio.

Non risultando dimostrato, dunque, che la parte affetta da nullità risulti essenziale per i contraenti, la fideiussione per cui è causa resta pienamente valida ed efficace, sebbene depurata dalle sole clausole riproduttive di quelle dichiarate nulle dalla Banca d'Italia, poiché anticoncorrenziali.

Deve, d'altro canto, osservarsi che gli odierni appellanti hanno prospettato il rilievo della nullità parziale della fideiussione sin dal primo grado del giudizio, deducendo la mancata approvazione e sottoscrizione delle dette clausole ai sensi dell'art. 1341 c.c. e l'inapplicabilità delle stesse al rapporto, con conseguente inoperatività della deroga al disposto di cui all'art. 1957 c.c. Il rilievo del disposto dell'art. 1957 c.c. per la decisione della controversia è stato tempestivamente introdotto per la prima volta, infatti, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo ed in ogni caso ribadito in sede di impugnazione.



Osserva il Collegio che, anche a non voler considerare inefficaci le specifiche clausole negoziali, in quanto non specificamente approvate per iscritto (come dedotto dagli impugnanti e come rilevato anche dal CTU nella consulenza espletata nel primo giudizio), deve comunque rilevarsi che gli opposenti (odierni appellanti) hanno espressamente contestato la nullità parziale della fideiussione con richiesta di espunzione, in particolare, della precisa clausola del contratto che recava la rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., facendo valere tempestivamente nei confronti della banca una delle eccezioni divenute proponibili per effetto del venir meno delle clausole invalide.

La nullità della detta clausola comporta pertanto la reviviscenza dell'assetto ordinario previsto dall'art. 1957 c.c., che impone alla banca di attivarsi entro sei mesi contro il debitore principale.

L'art. 1957 c.c. prevede infatti che "Il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate".

Orbene, nel caso in esame, non può dirsi rispettata la detta estensione temporale della fideiussione, come regolata dal disposto di cui all'art. 1957 c.c. e dunque la Banca opposta (odierna appellata) è decaduta dalla facoltà di agire nei confronti dei garanti.

In particolare, l'estinzione del rapporto deve essere fissata alla data 16.12.2011, in cui la Banca manifestava la propria volontà di revocare con effetto immediato gli affidamenti a suo tempo concessi, recedendo dal rapporto. (cfr. doc. n. 5 fascicolo di primo grado di parte appellata).

L'Istituto di credito, agendo nei confronti del debitore principale solo in data 7 novembre 2012 (data deposito ricorso per d.i.), ben oltre i 6 mesi dalla data di comunicazione della risoluzione del rapporto bancario e della messa in sofferenza del conto corrente (16 dicembre 2011), deve ritenersi dunque decaduta dal diritto di far valere la propria pretesa creditoria nei confronti dei fideiussori. Questi ultimi, infatti, come già anticipato, hanno tempestivamente formulato, fin dall'atto di citazione in opposizione, l'eccezione ai sensi dell'art 1957 c.c. e la Banca, nonostante sia stata posta in grado di interloquire sul punto, nulla ha dedotto sul punto.



Accertata la conformità delle fideiussioni rilasciate dagli opposenti allo schema ABI, lesivo della normativa antitrust e, dunque, la nullità della clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., deve di conseguenza senz'altro dichiararsi l'intervenuta decadenza della banca dalla possibilità di agire nei confronti dei fideiussori, posto che il procedimento monitorio è stato azionato ben oltre il termine di sei mesi di cui all'art. 1957 c.c.

Solo per completezza, va precisato che non può ritenersi idonea ad integrare i presupposti di cui al primo comma dell'art. 1957 c.c. la diffida contenuta nello stesso atto di recesso del 16 dicembre 2011, atteso che, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte (cfr. fra le altre Cass., n. 1724/2016; Cass. n. 21524/2004; Cass. n. 6823/2001), l'art. 1957 c.c., nell'imporre al creditore di proporre la sua "istanza" contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza per l'adempimento dell'obbligazione garantita dal fideiussore, a pena di decadenza dal suo diritto verso quest'ultimo, tende a far sì che il creditore stesso prenda sollecite e serie iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa.

Il termine "istanza" si riferisce, dunque ai vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, in via di cognizione o di esecuzione, che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito e dalla loro idoneità a sortire il risultato, dovendo escludersi che in detto termine possa rientrare un semplice atto stragiudiziale.

La Corte non ignora l'indirizzo giurisprudenziale (Cass. 26 settembre 2017, n. 22346), secondo cui qualora in una pattuizione contrattuale la garanzia sia stabilita a prima richiesta e, nel contempo, si preveda l'applicazione dell'art. 1957 c.c., comma 1 il criterio di esegesi di cui all'art. 1363 c.c. potrebbe indurre a leggere il rinvio a detta norma, tanto più se espresso, con un riferimento al termine di cui ad essa e non ad altro dei suoi contenuti (nel senso che il termine debba osservarsi con una mera richiesta stragiudiziale e non nel senso che si debba osservare con l'inizio dell'azione giurisdizionale, secondo la tradizionale esegesi della norma); tuttavia tale principio non è applicabile nella specie, attesa la qualificazione dell'atto negoziale in oggetto come garanzia accessoria e



non autonoma e non potendosi ravvisare alcuna incompatibilità e/o contraddizione tra la clausola del pagamento a prima richiesta (da intendersi come una clausola c.d. “solve et repete” ex art. 1462 c.c., neanche specificamente sottoscritta nel caso in esame) e il disposto di cui all’art. 1957 cc., che incide esclusivamente sulle modalità di azione del creditore garantito, imponendogli un onere di agire giudizialmente anche contro il debitore, nel termine previsto, quale presupposto per l’escussione della garanzia. La clausola “a prima richiesta” comporta solo che il fideiussore rinuncia ad opporre, prima del pagamento, tutte le eccezioni che gli competono, in deroga all’art. 1945 c.c., limitandosi a costringere il garante a pagare, se vuole che le sue eccezioni siano prese in esame, nello stesso o in altro processo (così Cass. civ., 12 dicembre 2005, n. 27333; Cass. civ., 29 marzo 1996 n. 2909).

Ciò non esclude, tuttavia, necessariamente, l’operatività dell’art. 1957 c.c. e che, quindi, il creditore garantito debba agire prima nei confronti del debitore principale, coltivando le azioni esperibili contro di lui.

La stessa suprema Corte, nella citata sentenza 22346/2017 rileva che la presenza nella clausola contrattuale di un richiamo del paradigma dell’art. 1957 c.c. non solo con riferimento al termine decadenziale, ma anche alla prevista modalità di esercizio dell’azione potrebbe, previa valutazione del caso di specie, giustificare la conclusione che, ferma la natura a prima richiesta della garanzia, l’impedimento della decadenza esiga l’azione in sede giurisdizionale.

Né la clausola della fideiussione che stabilisce espressamente la solidarietà tra garante e debitore principale può essere interpretata come un’implicita deroga alla disciplina dell’art. 1957 c.c., poiché l’esplicita esclusione del “beneficium excussionis” non è incompatibile con la liberazione del fideiussore per il caso in cui il creditore non agisca contro il debitore principale nel termine (cfr. Cassazione civile, sez. III, 26/05/2020, n. 9862).

Restano assorbiti gli ulteriori motivi di impugnazione.

La sentenza di primo grado deve essere dunque riformata con conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto dagli odierni appellanti.



Ne consegue anche l'automatica caducazione del capo concernente le spese processuali (in virtù dell'operatività del c.d. effetto espansivo interno di cui all'art. 336, comma 1, c.p.c.) ed una nuova regolamentazione delle spese del doppio grado di giudizio, alla stregua dell'esito finale della lite (cfr., sul punto, Cass. ord. n. 6259/14, nonché sentt. n. 14633/12 e n. 18837/10).

Quanto al regime delle spese, il Collegio ritiene equa un'integrale compensazione delle stesse tra le parti, tenuto conto della complessità delle materie trattate e delle oscillazioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato, nel tempo, i temi oggetto di causa, risolti, come visto, in corso di causa, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 41994/2021.

Secondo lo stesso criterio, le spese di c.t.u., come liquidate nel giudizio di primo grado, devono essere poste a carico di entrambe le parti.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Napoli, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da [REDACTED] ed [REDACTED] con atto di citazione notificato il 9 gennaio 2017, avverso la sentenza n. 2125/2016, del Tribunale di Benevento, pubblicata il 28.09.2016 e notificata il 12.12.2016, ogni ulteriore domanda od eccezione reietta, così provvede:

- 1) accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, revoca il decreto ingiuntivo n. 685/12 emesso nei confronti di [REDACTED] ed [REDACTED] dal Tribunale di Benevento.
- 2) Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.
- 3) Pone definitivamente le spese di ctu, come liquidate nel giudizio di primo grado, a carico di entrambe le parti.

Così deciso in Napoli, all'esito della Camera di Consiglio del 6 ottobre 2022.

Il consigliere estensore  
dr.ssa Lucia Minauro

Il Presidente  
dr. ssa Aurelia D'Ambrosio

