



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI NAPOLI
SECONDA SEZIONE CIVILE

in persona del dr. Paolo Andrea Vassallo ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 18599 del R.G.A.C.C. dell'anno 2021, trattenuta in decisione nell'udienza del 25/11/2022, tenutasi secondo le modalità di trattazione scritta ex art. 221, co. 4, D.L. decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 rimessa al Giudice per la decisione all'esito della scadenza dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. e vertente

TRA

[REDACTED], nato [REDACTED]),
[REDACTED] e [REDACTED], nato a [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] entrambi rappresentati e difesi dall'avv. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] in virtù di procura in calce all'atto di citazione.

- OPPONENTI -

E

[REDACTED]
[REDACTED], nella
qualità di mandataria con rappresentanza della [REDACTED]
con sede legale [REDACTED] rappresentata e difesa
dall'avv. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], presso il cui studio elettivamente
domicilia in Napoli al [REDACTED].

- OPPOSTA -

CONCLUSIONI

All'udienza del 25/11/2022 le parti hanno concluso come da note di trattazione scritta in atti.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1.1. L'opposizione va ritenuta fondata. Va premesso, sotto il profilo metodologico, che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, in tema di ordine delle domande presentate dalla parte - e quindi di esame delle stesse ex art. 276 c.p.c. - dev'essere data comunque "prevalenza" alle "richieste finali e conclusive della parte" (Cass., 15 dicembre 1998, n. 12559; ma si veda pure Cass., 22 marzo 2013, n. 7253, per l'enunciazione del principio, sul piano logico precedente, per cui la stessa sindacabilità in sede di legittimità di questioni attinenti all'ordine delle questioni trattate dal giudice di merito suppone necessariamente l'"accertamento dell'utilità concreta derivabile alla parte dall'eventuale accoglimento del mezzo di impugnazione azionato").

1.2. Si procederà dunque ad analizzare unicamente i motivi di opposizione che prima facie devono ritenersi fondati ed esauriscono la pretesa oppositiva in ossequio al principio della "ragione più liquida", in ciò affidandosi a una delle linee guida di tale principio che è rappresentata dal "criterio dell'evidenza" (cfr., Cass., 23 luglio 2018, n. 19503) con conseguente assorbimento delle ulteriori domande e questioni proposte in via alternativa. L'operatività del principio della "ragione più liquida" in presenza di cumulo alternativo di domande è stata affermata da Cassazione civile sez. VI, 21/12/2018, (ud. 18/09/2018, dep. 21/12/2018), n.33117, che ha anche chiarito che, in relazione alla domanda non esaminata, non possa parlarsi né di rigetto implicito, né di esame omesso ovvero apparente, verificandosi per contro un semplice fenomeno di assorbimento.

1.3. Ciò posto, con atto di citazione notificato in data 14 luglio 2021 a mezzo PEC i signori [REDACTED] e [REDACTED], hanno proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. [REDACTED] emesso dal Tribunale di Napoli, II sezione civile in data 28 maggio 2021, notificato ai predetti rispettivamente in data 16 e 9 giugno 2021, con il quale è stato loro ingiunto il pagamento della somma di € 744.984,43, oltre interessi di mora, chiedendo la revoca dell'ingiunzione sollevando una pluralità di eccezioni, tra cui, per quel che qui interessa, la decadenza del creditore dall'azione nei confronti dei fideiussori stante la nullità, comunque parziale, degli atti di fideiussione

azionati dall'istituto di credito e rilasciati a favore dell'istituto di credito per violazione della normativa antitrust.

1.4. Va precisato che, dal tenore dell'atto di opposizione, trattandosi di eccezioni volte unicamente a paralizzare la domanda avanzata dalla [REDACTED] e non di domande riconvenzionali, non si ravvisa il difetto di competenza in favore del Tribunale delle Imprese. La speciale competenza per materia prevista dall'art. 33 comma 2 L. n. 287/1990 e artt. 3 e 4 D.Lg. n. 168/2003 riguarda il caso in cui debbano essere decise domande di nullità delle intese antitrust e dei contratti con cui si dà esecuzione alle intese (v. Cass. n.6523/2021), ma non anche la decisione delle mere eccezioni. La Corte di Cassazione già in altri casi ha avuto modo di chiarire che la formulazione di una eccezione riconvenzionale non comporta la separazione delle cause e lo spostamento della competenza (v. Cass. n.23074/2020, n. 10356/2000, n.3632/1979).

1.5. Nel merito, va premesso che dalla lettura del ricorso per ingiunzione è chiaro che la ragione di credito azionata per via monitoria dalla [REDACTED] è costituita dalle fideiussioni omnibus rilasciate presso la filiale della banca mutuante sita in [REDACTED] [REDACTED] fino alla concorrenza di € 3.500.000,00 ciascuno, dai signori [REDACTED] (docc. 10 – 11).

1.6. Ciò posto è evidente - oltre che non contestato nella comparsa di risposta da parte opponente - che le fideiussioni omnibus stipulate in data 28 novembre 2006 dagli opposenti sono conformi al modello ABI censurato nel 2005 dalla Banca d'Italia in qualità di Autorità Antitrust. Conformemente al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità va attribuita alla pronuncia della Banca d'Italia in qualità di Autorità antitrust uno speciale valore probatorio all'interno del processo civile in cui il giudice di merito è chiamato a decidere se uno specifico contratto sia il prodotto a valle di una intesa anticoncorrenziale (v. Cass. n. 13846/2019, Cass. n. 18176/2019). La pronuncia della Autorità garante costituisce una prova privilegiata dell'esistenza di una intesa anticoncorrenziale. Nel caso di specie, per tutti i motivi analiticamente esposti dalla Banca d'Italia nel provvedimento n. 55/2005, deve concludersi che lo schema contrattuale di fideiussione omnibus elaborato dall'ABI nel 2003 contiene disposizioni illecite, che violano l'art. 2 comma 2 lett. a) L. n.287/1990; le clausole lesive della concorrenza sono precisamente quelle contenute negli artt.2, 6 e 8 dello

schema ABI.

1.7. Ciò posto deve prendersi atto della sentenza Cassazione civile sez. un., 30/12/2021, (ud. 23/11/2021, dep. 30/12/2021), n.41994 che ha affermato che "i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con la L. n. 287 del 1990, art. 2, comma 2, lett. a) e art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi dell'art. 2, comma 3 della Legge succitata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti".

1.8. Ne consegue che sono nulle le omologhe clausole contenute nelle fideiussioni stipulate da [REDACTED], che hanno dato attuazione all'intesa anticoncorrenziale conclusa a monte tra le banche. Il rapporto di "derivazione" tra l'intesa anticoncorrenziale e il contratto per cui è causa trova riscontro probatorio non solo nella conformità del testo, ma anche nella contiguità temporale tra le condotte anticoncorrenziali accertate dall'ABI e le fideiussioni rilasciate nel 2006, non essendo per converso stata fornita alcuna prova contraria da parte della Banca opposta rispetto alla cennata prova privilegiata.

1.9. Per il principio della conservazione degli atti, la nullità non si estende all'intero contratto, ma resta limitata alle sole clausole n.2, 6 e 8 (v. Cass. n. 24044/2019; S.U. n.41994/2021). Infatti, valutato l'oggetto e il contenuto complessivo della fideiussione, non può ritenersi provata l'esistenza della condizione posta dall'art.1419 c.c.: non risulta cioè che le parti non avrebbero concluso la fideiussione senza le clausole n.2, 6 e 8 (non vi è prova che la banca avrebbe preferito non avere nessuna fideiussione piuttosto che avere una fideiussione priva di quelle tre clausole; non vi è prova che il garante non avrebbe rilasciato la fideiussione senza le tre clausole il cui contenuto era favorevole alla controparte).

1.10. Parte opponente ha eccepito che in conseguenza della invalidità della clausola 6 – che derogava alla previsione normativa contenuta nell'art.1957 c.c. – la fideiussione ha perso efficacia, in quanto la banca non ha provveduto ad escutere il debitore entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione.

1.11. L'eccezione è fondata. È documentato - e non contestato - che l'obbligazione è

scaduta il 21.05.2019 - come eccepito con la comunicazione inviata da doBank alla debitrice principale il 21.05.2019 - mentre l'istituto ha agito nei confronti della debitrice principale, mediante notifica del precetto, solo il 4.3.2021. La violazione del termine previsto dall'art.1957 c.c. comporta ex lege la perdita di efficacia della fideiussione.

1.12. Sul significato del termine "istanze" contenuto nell'art. 1957 c.c. l'orientamento della giurisprudenza è ormai consolidato: la norma che impone al creditore di proporre e di coltivare 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 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 sperato; l'invio di una raccomandata di diffida o anche di un precetto non seguito da esecuzione non costituisce "istanza" ai fini dell'art. 1957 c.c. (v. Cass. 6823/2001, n.1724/2016).

2.1. Il decreto ingiuntivo va pertanto integralmente revocato. Quanto alle spese di lite va rilevato che la tesi della nullità derivata (che parrebbe accolta per la prima volta da Cass. Civ. 12.12.2017 n. 29810 seppur in un evidente obiter dictum rispetto all'errore di diritto imputato alla corte territoriale e dalle successive pronunzie citate da parte opponente), di natura parziale, è il frutto di un graduale percorso giurisprudenziale culminato nella sentenza Cassazione civile sez. un., 30/12/2021, (ud. 23/11/2021, dep. 30/12/2021), n.41994 a seguito della l'ordinanza interlocutoria n. 11486 del 30 aprile 2021 della Prima Sezione della Cassazione, di rimessione al Primo Presidente della Corte di Cassazione la valutazione sulla necessità della trasmissione alle Sezioni Unite della questione di massima importanza. Ne consegue che l'incertezza della lite, avuto riguardo all'epoca della sua introduzione, ed il rilevato contrasto su questione decisiva la presente lite (cfr., ex plurimis, Cass. sentenza n. 20457 del 2011) impongono l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

il Tribunale definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda ed eccezione

respinta, così provvede:

- 1) ACCOGLIE l'opposizione proposta da [REDACTED], e per l'effetto REVOCA il decreto ingiuntivo n. [REDACTED] emesso dal Tribunale di Napoli, II sezione civile in data 28 maggio 2021;
- 2) COMPENSA integralmente le spese di lite tra le parti.

Napoli li 09/02/2023

Il Giudice

dr. Paolo Andrea Vassallo

