

Repubblica Italiana
In nome del popolo italiano

Sent 1228
2020
Cov 8465
Rep 2705

R.G. N. 2889/2017

SENTENZA N. 1228/2020

IL TRIBUNALE DI LUCCA

in composizione monocratica nella persona del Giudice Dott. Massimo NIRO ;
decidendo ai sensi dell'art. 281-quinquies comma 2 c.p.c. nella causa promossa da

D.T. **SRL Unipersonale** (C. F./ P.IVA), in persona del legale
rappresentante pro tempore Giovanni Carlo I appresentata e difesa dall'Avv.

;

ATTRICE OPPONENTE

c o n t r o

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A. (C.F.), in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. e
domiciliata presso il suo studio;

CONVENUTA OPPOSTA

OGGETTO : Opposizione a decreto ingiuntivo, contratti bancari.

Conclusioni dell'attrice opponente : *"Voglia l'Ill.mo Tribunale di Lucca contrariis reiectis, previa ammissione, se del caso:*

a) delle prove per testi; b) ordine di esibizione; c) CTU tecnica così come richieste in memoria ex art 183 c.p.c. n. 2;

- In Accoglimento della proposta opposizione e per le causali di cui in premessa, stante la eccepita nullità della fideiussione per contrarietà all'art.2 comma 2 lett. a) legge 287/190 nonché per violazione dell'art.1419 c.c. :

1) In via preliminare dichiarare MPS decaduto dall'azione nei confronti del fideiussore istante;

2) Nel merito, dichiarare la legittimità del recesso esercitato dalla società istante in data 06 febbraio 2006;

3) Revocare e/o annullare comunque il decreto ingiuntivo opposto perché infondato in fatto e in diritto e non provato e rigettare ogni avversa domanda e/o pretesa perché infondata in fatto ed in diritto e comunque non provata;

4) Dichiarare la nullità anche per indeterminatezza degli esposti interessi, c.m.s., spese e capitalizzazione degli interessi passivi di cui al CC in atti anche ex art 1283 c.c., nonché la illegittimità o nullità dei relativi addebiti anche con riferimento a quelli della posizione Banca

Toscana pari ad euro 67.789,09, con condanna di MPS alla ripetizione delle somme indebitamente versate;

5) Condannare MPS al risarcimento dei danni da determinarsi, se del caso anche in via equitativa, per la illegittima ed azzardata iscrizione ipotecaria, anche in relazione al minor costo di vendita del capannone di Massarosa Via Fosso Legname rispetto a quello di mercato, nonché per violazione dei criteri di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 cod. civ., anche in relazione all'art.1956 cod. civ., nonché per perdita di chances;

6) Condannare MPS alla restituzione a favore della società istante della somma da questa versata per compulsum in data 06.12.2017 (doc.11 e 12) pari ad euro 313.949,07 oltre interessi di mora ex D.lgs.231/02 e successive modificazioni dalla data di pagamento al saldo, nonché di tutte le somme versate e/o addebitate in misura maggiore – anche per quanto sub 4 – in relazione a quanto verrà statuito nella relativa sentenza del Tribunale, in ogni caso oltre interessi di mora ex D.lgs. 231/02 e successive modificazioni;

7) In ogni caso, con vittoria di spese e compenso professionale di causa, oltre rimborso spese generali, IVA e CAP come per legge, con distrazione a favore di questo difensore ex art 93 c.p.c.”

Conclusioni della convenuta opposta : “Piacchia all'Ecc.mo Tribunale adito respingere l'opposizione promossa, confermando il decreto ingiuntivo opposto in ogni sua parte, con vittoria di spese”.

A seguito della discussione della causa, svolta all'udienza del 6.11.2020, pronuncia la seguente

S E N T E N Z A

Ritenuto in fatto.

Con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, ritualmente notificato, D.T S.r.l. Unipersonale conveniva in giudizio la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., deducendo che : in data 07.04.2017 veniva emesso decreto ingiuntivo n. 665/2017, con il quale veniva ingiunto alla DT il pagamento della somma di euro 197.433,72 oltre interessi e spese della procedura, liquidate in euro 3.300,00 per compensi, euro 406,50 per esborsi oltre IVA e CPA; la società DT Srl Unipersonale aveva rilasciato in data 23.07.2002 una fideiussione nei confronti di MPS S.p.A. sino alla somma di euro 200.000,00, a favore della società News Srl che aveva aperto il conto corrente n.21021.09; da visura storica della società D.T. del 17.05.2017 risultava che detta società, anche se costituita in data 20.06.2002, non aveva di fatto operato sino al 01.06.2003, e da ciò conseguiva che la DT non potesse compiere atti giuridici che potessero impegnarla in qualche modo prima di tale data ; la stipula di fideiussione, in quanto atto di straordinaria amministrazione, necessitava di una delibera della società e la facoltà di stipula di tale atto doveva essere prevista dallo statuto della società ; nel caso della DT non vi era stata alcuna delibera né la facoltà di stipula di fideiussione appariva presente nello statuto ; l'oggetto della fideiussione era nullo in quanto indeterminato ed indeterminabile, dal momento che la fideiussione era stata prestata per tutte le obbligazioni del garantito nei confronti di MPS in dipendenza di operazioni bancarie di qualsiasi natura, sia in corso al momento della convenzione che

successivamente, senza che MPS avesse mai informato la società garante delle operazioni bancarie suddette, in violazione dei criteri di buona fede e correttezza di cui agli artt.1175 e 1375 c.c., e dunque era tenuta al risarcimento del danno; la DT _____ aveva esercitato il proprio diritto di recesso in data 06.02.2006, chiedendo la revoca di tutte le fideiussioni rilasciate a favore di MPS a garanzia degli affidamenti a favore di _____ News Srl, inviando fax (doc. 3) alla Direzione di MPS nella sede di Viareggio; tale recesso era legittimo e conforme al principio generale dell'ordinamento che tendeva ad evitare la perpetuità dei vincoli obbligatori, nonché al principio di buona fede; tale recesso, avendo efficacia "ex nunc", aveva circoscritto l'obbligazione accessoria al saldo del debito esistente al momento in cui il recesso era divenuto efficace (cfr.Cass 15.06.2012 n. 9848) e quindi al 06.02.2006; al momento del recesso, la società garantita aveva deliberato un aumento di capitale per azzerare i debiti con gli istituti di credito, inclusa MPS; a conferma della delibera di aumento del capitale risultava (doc. 4) in data 10.02.2006 sul conto corrente 21021.09 un saldo creditore di euro 1.872,50 e, di conseguenza, la società opponente nulla doveva a MPS, non potendo rispondere di obbligazioni sorte in epoca successiva all'esercizio del recesso; in ogni caso, era da ritenersi sussistente una responsabilità di MPS ai sensi dell'art 1956 c.c., che sanzionava con la liberazione del fideiussore il comportamento del creditore nel caso in cui, successivamente alla prestazione della garanzia, sopravvenisse un notevole aumento delle difficoltà di soddisfacimento del proprio credito a causa della mutata condizione patrimoniale del debitore ed il creditore, benché a conoscenza di ciò, concedesse nuovo credito o mantenesse il credito già in essere senza alcuna specifica autorizzazione da parte del fideiussore; in tale contesto assumevano particolare rilievo gli obblighi informativi a carico della Banca, che si protraevano per l'intero arco della fase esecutiva, al fine di rendere il soggetto più debole consapevole del proprio rischio, e la società _____ New Srl, obbligata in via principale, era stata dichiarata insolvente con sentenza di fallimento del Tribunale di Lucca del 14.11.2016; la Cassazione (Cass. 09.08.2016 n. 16827) sul punto precisava che sussisteva un obbligo da parte della banca creditrice, che disponeva di strumenti di autotutela tali da consentire di interrompere il rapporto impedendo ulteriori atti di utilizzo del credito, di avvalersi di tali strumenti di autotutela anche a tutela dell'interesse del fideiussore inconsapevole; inoltre, il decreto ingiuntivo emesso per la somma di euro 197.433,72 risultava pari al saldo debitore sul CC 21021.09 alla data del 30.09.2016, somma per cui era stata iscritta ipoteca giudiziale sui beni immobili dell'istante; a sostegno del proprio credito, la banca aveva prodotto una certificazione ex art.50 TUB del 21.12.2016, ma tale saldo era contestato, e dunque sarebbe stato onere di MPS fornire la prova del proprio diritto di credito azionato; su tale questione in data 27.04.2017 era stata inviata a mezzo PEC un'istanza ex art.119 TUB a MPS, a cui la banca non aveva dato risposta; in ogni caso, si eccepiva comunque la nullità dell'eventuale clausola di determinazione di interessi ultra-legali, dell'illegittima applicazione di commissioni di massimo scoperto, l'eventuale usurarietà dei tassi di interesse applicati nonché l'illegittimità dell'eventuale clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, con conseguente condanna della banca opposta alla restituzione di quanto indebitamente percepito oltre al risarcimento dei danni per violazione del principio di correttezza e buona fede; data l'insufficienza ai fini probatori della sola certificazione ex art.50 TUB e, in secondo luogo, l'inesistenza assoluta delle allegazioni e produzioni avversarie e quindi della minima prova a supporto dei presupposti ex art.642 c.p.c., si chiedeva la revoca della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, rilevata anche la probabile fondatezza dell'opposizione visto il recesso operato dalla società istante in data 06.02.2006; per effetto della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, la società DT _____ Srl Unipersonale aveva già subito danni rilevanti a seguito

dell'iscrizione ipotecaria per euro 225.000,00, quali la mancata concessione di finanziamenti e la probabile revoca dei fidi in essere con alcuni istituti di credito.

Pertanto, l'attrice opponente concludeva nel merito come in epigrafe.

Si costituiva in giudizio la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, deducendo che: l'ingiunzione di pagamento opposta dalla società DT derivava dallo scoperto del conto corrente n.21021.09 aperto presso la filiale di Viareggio della Banca MPS ed intestato alla società [redacted] New Srl, società a favore della quale la società opponente aveva prestato fideiussione; dal momento che la [redacted] New Srl era stata dichiarata fallita, dopo che i solleciti di pagamento al fideiussore erano stati disattesi, la banca procedeva a chiedere il decreto ingiuntivo opposto, in base al quale iscriveva ipoteca giudiziale sui beni del garante; avverso tale decreto ingiuntivo la società garante opponeva la mancata prova del credito azionato, l'intervenuto recesso, l'inefficacia dell'atto di fideiussione in quanto stipulato quando la società non era ancora operativa, la mancanza di una delibera di approvazione per la stipula del contratto di fideiussione, la liberazione del fideiussore ex art.1956 c.c., l'indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto della fideiussione; in merito alla prova del credito, MPS produceva il fascicolo del procedimento monitorio contenente idonea prova del credito al fine dell'emissione del decreto ingiuntivo; ad ogni modo, MPS depositava in questa sede tutti gli estratti conto, rigenerazione dei movimenti e relative staffe riguardanti l'andamento del conto dalla sua apertura fino alla chiusura (doc. 3); l'eccezione di "carenza di prova" avanzata dall'opponente risultava sfornita di qualsiasi elemento di contestazione specifica, così come le eccezioni relative ad interessi ultralegali, commissione massimo scoperto ed anatocismo, contraddette dai documenti depositati, così come l'eccezione di usura, avanzata senza l'allegazione di qualsiasi prova o conteggio e pertanto infondata; in merito all'inoperatività della società opponente al momento della sottoscrizione del contratto di fideiussione, la società si era regolarmente costituita in data 20.06.2002 (doc. 4, certificato CCIA) e dunque poteva compiere tutti gli atti propedeutici al regolare funzionamento della società come la stipula di contratti e finanziamenti, ivi inclusa la concessione della fideiussione, e a nulla rilevava che nella certificazione CCIA venisse specificato che l'inizio dell'attività era fissato per il 01.06.2003; quanto all'eccepita mancanza di una delibera societaria per la sottoscrizione della fideiussione, l'atto di fideiussione costituiva atto di straordinaria amministrazione, ma tale facoltà era espressamente prevista dall'atto costitutivo, dove nell'oggetto sociale si trovava scritto "concedere e rilasciare a favore di terzi garanzie sia reali che personali"; inoltre, l'amministratore unico della società unipersonale era il sig. Giovanni Carlo [redacted] investito di poteri sia di ordinaria che straordinaria amministrazione della società e ciò dunque escludeva qualsiasi possibilità di conflitto di interessi e qualsiasi dubbio sulla legittimità dell'operazione sottoscritta dallo stesso sig.

in merito all'indeterminatezza della fideiussione, non poteva certamente considerarsi indeterminata una fideiussione c.d. *omnibus*, come confermato dalla Cassazione (v., tra le altre, Cass.4738/1984), anche dopo la riforma del '92, in quanto con tale atto di fideiussione veniva specificato l'ammontare della somma garantita; quanto all'eccepita violazione del principio di correttezza e buona fede da parte della banca, la quale non avrebbe adempiuto al proprio obbligo di informazione nei confronti della società garante, il legale rappresentante della società garante aveva avuto il ruolo di legale rappresentante della società garantita sia al momento della sottoscrizione della fideiussione che successivamente, come da certificazione CCIA della società [redacted] New srl (doc. 5), e dunque non poteva ritenersi estraneo ai rapporti intercorsi tra la società garantita e la

banca; ad ogni modo, nel medesimo atto di fideiussione, al paragrafo 5, era specificato l'obbligo in capo al fideiussore di tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore e, in particolare, dei suoi rapporti con l'azienda di credito; comunque, le contestazioni avanzate da controparte risultavano generiche e sprovvedute di qualsiasi circostanza atta ad avvalorarle e, pertanto, erano da respingere; in merito al presunto recesso del fideiussore, l'opponente affermava di aver operato recesso dalla fideiussione prestata e, per dimostrare ciò, depositava lettera indirizzata alla filiale di Viareggio della Banca da parte dei sigg. Temporin Luana e Giovanni Carlo, i quali chiedevano la revoca e restituzione delle fideiussioni da essi rilasciate a garanzia degli affidamenti della società New srl; tale messaggio, datato 06.02.2006, chiaramente non poteva qualificarsi come recesso dalla fideiussione prestata dalla D.T. Srl unipersonale, in quanto si trattava di soggetto diverso, e a tale comunicazione la banca replicava che i suddetti non avevano alcuna fideiussione stipulata con la banca; a riprova della mancata volontà da parte della società opponente di recedere dalla garanzia, la D.T. Srl Unipersonale in data 18.01.2010 inviava un fax (doc. 6) con cui chiedeva fotocopia dell'atto di fideiussione, e analoga domanda veniva avanzata dallo stesso in data 17.12.2012 (doc. 7), a conferma che l'atto di fideiussione era considerato ancora vincolante tra le parti; di conseguenza, era da respingere ogni contestazione di parte attrice opponente; in merito alla richiesta di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, la provvisoria esecuzione era stata concessa ai sensi dell'art 642 c.p.c., che prevedeva tale possibilità in caso di pericolo nel ritardo; ai sensi dell'art 648 c.p.c., l'opposizione non era fondata su prova scritta né di pronta soluzione e, pertanto, il Giudice avrebbe dovuto concederla in ogni caso, dal momento che non sussistevano i "gravi motivi" richiesti dall'art.649 c.p.c. per la sua sospensione, gravi motivi neppure citati dall'opponente.

Pertanto, la convenuta opposta concludeva come in epigrafe.

Previo rigetto dell'istanza di sospensione dell'esecuzione provvisoria ex art. 649 c.p.c., precisate le conclusioni come in epigrafe, la causa era discussa e trattenuta in decisione all'udienza del 06.11.2020.

Considerato in diritto

L'eccezione di nullità della fideiussione stipulata per contrasto con la disciplina "anti-trust" è stata formulata da parte opponente all'udienza del 12.06.2018 ed è da considerarsi ammissibile, ancorché formulata successivamente al limite individuato dall'art 183 c.p.c. per la modifica di domande ed eccezioni.

Infatti, l'art 1421 c.c., in tema di nullità, afferma che tale vizio è rilevabile d'ufficio dal giudice, e come tale esso può essere fatto valere "*da chiunque vi ha interesse*", in ogni stato e grado del processo. Tale principio, a cui consegue il potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio un vizio di nullità dell'atto oggetto del giudizio, è stato confermato dalle Sezioni Unite (Sez. Un., sentt. 26242 e 26243 del 12.12.2014). L'eccezione di nullità, dunque, può essere formulata senza alcuna preclusione processuale e può anche essere rilevata d'ufficio dal Giudice.

L'eccezione di nullità della fideiussione stipulata da D.T. Srl Unipersonale in favore della convenuta opposta Monte dei Paschi di Siena S.p.A., è dunque ammissibile ed altresì fondata.

Con provvedimento n. 55 del 02.05.2005, la Banca d'Italia ha dichiarato la contrarietà all'art 2 comma 2 della legge 287/1990 ("Intese restrittive della libertà di concorrenza") di alcune clausole di contratti di fideiussione stipulati in conformità al modello ABI del 2003. Nello specifico, il provvedimento amministrativo ha censurato per non conformità con la disciplina anti-trust le seguenti clausole: 2) il fideiussore s'impegna altresì a rimborsare all'Azienda di credito le somme che all'Azienda stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite in seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi o per qualsiasi altro motivo; 6) I diritti derivanti all'Azienda di credito 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 termini previsti dall'art 1957 cod. civ., che si intende derogato; 8) Nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende fin d'ora estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate.

Il formulario contrattuale predisposto dall'ABI, infatti, prevedeva talune condizioni sfavorevoli nei confronti del garante fideiussore in deroga alla disciplina codicistica; tali formulari, riprodotti in via sistematica dagli istituti di credito, sono stati censurati in talune previsioni ivi contenute, in quanto costituenti intesa avente l'effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. Con la previsione dell'art. 2 della l. 287/1990, il legislatore ha inteso sanzionare non solo le "intese" risultanti da contratti in senso tecnico, bensì anche negozi giuridici e condotte di natura non negoziale, come scambio di informazioni o accordi "di fatto", tali da qualificarsi come una pratica concordata al fine del perseguimento di un obiettivo comune tale da determinare effetti distorsivi per la concorrenza.

La declaratoria di nullità dell'intesa-collusione "a monte", nel momento in cui si esprime mediante la pattuizione di negozi contrattuali "a valle" modellati sulla base di un formulario già predisposto e riprodotto su larga scala, non può che estendersi anche ai singoli negozi stipulati "a valle", laddove – sebbene non vi sia identità tra i soggetti dell'intesa "a monte" e i contraenti dei negozi "a valle" – le fideiussioni prestate siano state sottoscritte riproducendo tale formato in modo tale da escludere differenti pattuizioni e, dunque, il margine di negoziabilità che è precisa espressione del gioco della concorrenza. Appare evidente, infatti, che la finalità esclusiva dell'intesa-collusione "a monte" sia quella di imporre un modello uniforme di contrattazione in tema di fideiussione omnibus, applicabile da tutti gli istituti di credito in maniera unilaterale e quindi tale da potersi ritenere *"espressivo della vietata intesa restrittiva"* (Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 13846 del 2019).

La Suprema Corte ha precisato che i destinatari della normativa "anti-trust" (legge 10 ottobre 1990, n. 287) non siano soltanto le imprese, 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 dimensione 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 ed attuarne gli effetti"* (Sez. Un., sentenza n. 2207 del 2005).

Alla luce di ciò, recente giurisprudenza di legittimità ha ravvisato nella fattispecie qui in esame un nesso di corrispondenza tra, da un lato, l'intesa-collusione vietata, e, dall'altro, i negozi "a valle" stipulati in attuazione di tale intesa: *"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, ancorché 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 all'art. 33 della legge n. 287 del 1990" (Cass. Civ., I Sez., sentenza n. 29810 del 2017).

In relazione all'eccezione dell'odierna opponente, la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., convenuta opposta nel presente giudizio, ha rilevato sotto il profilo probatorio la mancata prova da parte dell'attrice opponente dell'effettiva sussistenza di un'intesa-collusione tra MPS ed altri istituti di credito, nonché dei profili di distorsione del gioco della concorrenza in relazione al negozio contrattuale "a valle", ovvero il contratto di fideiussione "omnibus" stipulato tra D.T. e Monte dei Paschi di Siena S.p.A..

Sotto tale profilo, si rileva che una recente decisione della Suprema Corte ha qualificato il provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia come prova privilegiata della condotta anti-concorrenziale dell'istituto di credito, senza che abbiano rilevanza il lasso temporale intercorso tra la declaratoria di nullità e la stipula del contratto oggetto di giudizio, né l'adozione di sanzioni avverso l'istituto bancario medesimo: *"In tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art 2 l. n. 287/1990 con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, 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, una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano state pronunciate e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario" (Cass. Civ., Sez. I, sentenza n. 13846 del 2019).*

Alla luce dei principi giurisprudenziali qui richiamati, si rileva che la presenza delle clausole di cui agli artt. 2, 6 ed 8 Modulo A del provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005, è provata documentalmente e costituisce un fatto non contestato dalle parti del presente giudizio (v. doc. 6 del fascicolo monitorio).

Il vizio di nullità, in quanto limitato a talune clausole della fideiussione, deve essere valutato alla luce dell'art. 1419 c.c.. È infatti da escludersi la possibilità di una sostituzione 'ortopedica' ex art. 1339 c.c., come sostenuto da recentissima giurisprudenza di merito (v. Trib. Salerno, sent. 13.10.2020) e come desumibile dalla giurisprudenza di legittimità, in considerazione del valore "sanzionatorio" della normativa anti-trust nei confronti delle intese vietate e abusi di posizione dominante.

L'art 1419 comma 1 c.c. prevede che *"la nullità di singole clausole non importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità"*. Orbene, tale elemento non può che essere valutato ex ante, dal momento che risulta evidente che ex post l'espunzione di tali clausole non solo gioverebbe al garante ma, anche nei riguardi dell'istituto di credito, una garanzia meno estesa sarebbe comunque preferibile alla nullità dell'intero contratto.

Sotto il profilo della valutazione ex ante, invece, è chiaro che il contratto di fideiussione bancaria e le singole disposizioni contrattuali siano strumentali, per l'istituto di credito stesso, all'adozione di prassi bancarie per la scelta dei soggetti a cui concedere l'accesso al credito, di talché le pattuizioni derogatorie al regime codicistico risultano senza dubbio strumentali per la concessione del finanziamento al debitore principale. Le clausole in esame, infatti, prevedono la decadenza dal beneficio di preventiva escussione del debitore principale e l'estensione della garanzia all'obbligo di restituzione delle somme erogate anche nel caso in cui l'obbligazione garantita sia dichiarata nulla o comunque inefficace, pattuizioni volte chiaramente a delineare un trattamento particolarmente gravoso per il garante, funzionale ad ampliare il raggio dei soggetti individuati dall'istituto di credito per la concessione di finanziamenti bancari.

In secondo luogo, preme sottolineare come attraverso tale conclusione si realizzi, di fatto, l'efficacia sanzionatoria del provvedimento della Banca d'Italia e la sua funzione di "private enforcement" che l'ordinamento sia nazionale che comunitario attribuisce in capo al singolo cittadino a garanzia della competizione del mercato. Non si ravvede, dunque, l'effettiva portata sanzionatoria del provvedimento della Banca d'Italia stesso, qualora tale nullità non venga riconosciuta come tale da travolgere il contratto nel suo complesso. A tale conclusione deve ritenersi, del resto, essere pervenuta la stessa Corte di Cassazione, sebbene in via non esplicita, dal momento che nella già citata decisione n. 29810 del 12.12.2017 ha scelto di fare riferimento solo alla "nullità" senza specificare che tale nullità investa singole clausole del contratto. Non si comprende, infatti, perché la Suprema Corte abbia in tale sede scelto di cassare una sentenza di rigetto della domanda risarcitoria, dal momento che – in caso di mera sostituzione di diritto delle clausole nulle – tale operazione non avrebbe potuto incidere sulla pretesa risarcitoria del garante. Come parimenti affermato da maggioritaria giurisprudenza di merito, *"Del resto, affermare la sopravvivenza nei contratti "a valle" di una clausola oggetto di un'intesa vietata significherebbe eludere la normativa a tutela della concorrenza. [...] Non avrebbe, quindi, alcun senso affermare la nullità dell'intesa e, allo stesso tempo, la validità dei contratti stipulati in sua esecuzione"* (Corte d'Appello di Bari, sent. n. 45 del 15.01.2020).

Per le ragioni esposte va dichiarata la nullità dell'intero contratto di fideiussione *de quo*, e non solo delle singole clausole dello stesso in precedenza menzionate. Da questa premessa discende logicamente la non debenza della somma ingiunta da parte della società opponente e la conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto.

Le altre eccezioni, sollevate dall'attrice opponente, sono da considerarsi assorbite e quindi non occorre prenderle in esame.

Sulla domanda riconvenzionale di risarcimento danni avanzata dall'attrice opponente, in relazione alla "illegittima ed azzardata iscrizione ipotecaria", si rileva che i danni invocati non possono considerarsi dimostrati nella loro esistenza ed entità, dal momento che quanto evidenziato al riguardo da parte opponente non costituisce prova di un concreto danno patito dalla stessa e, d'altra parte, non è configurabile in questo campo un danno *in re ipsa*.

Sulla domanda di restituzione di quanto versato "*per compulsum*" da parte opponente nel corso del giudizio, essa va accolta limitatamente all'importo corrisposto in esecuzione del decreto opposto in questa sede, e quindi per l'importo complessivo risultante dagli atti di euro 208.684,88, oltre interessi legali da ~~data~~ data del pagamento al saldo.

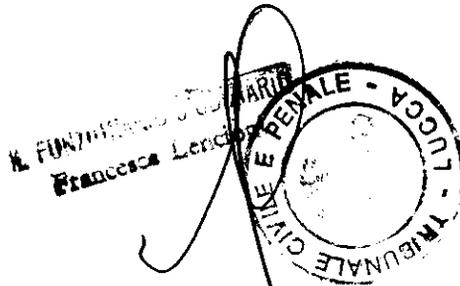
Quanto al regime delle spese di lite, si ritiene di poter derogare al criterio della soccombenza di cui all'art 91 c.p.c. in quanto, stante la novità della questione di diritto relativa alla nullità della fideiussione per contrasto con normativa "antitrust" e stante il mutamento giurisprudenziale intervenuto in materia con la sentenza della Suprema Corte n. 28910 del 12.12.2017, successiva alla notifica del decreto ingiuntivo opposto, ai sensi dell'art 92 comma 2 c.p.c. appare giustificato compensare integralmente le spese di lite tra le parti, ricorrendo l'ipotesi della novità della questione trattata nonché del mutamento giurisprudenziale rispetto a questioni dirimenti.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) Previa declaratoria di nullità del contratto di fideiussione stipulato da D.T. Srl Unipersonale con Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. in data 23.07.2002, revoca il decreto ingiuntivo opposto;
- 2) Rigetta la domanda di risarcimento del danno proposta in via riconvenzionale dall'attrice opponente;
- 3) Condanna la convenuta opposta, Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., alla restituzione in favore della D.T. Srl Unipersonale della somma complessiva di euro 208.684,88, oltre interessi legali dalla data del pagamento al saldo;
- 4) Compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Lucca, 23.12.2020



IL GIUDICE

Dott. Massimo Niro

