

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale di Lucca, in persona del dr. Carmine Capozzi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. xxxx/2020 R.G., avente ad oggetto: opposizione a decreto ingiuntivo di pagamento in materia bancaria, e vertente

TRA

FIDEIUSSORE ROBERTO

Opponente

E

SOCIETA' CESSIONARIA

Opposta

CONCLUSIONI

Per l'opponente: *“Piacchia al Tribunale di Lucca Ill.mo, respinta ogni diversa istanza, eccezione e deduzione, in accoglimento dei motivi, delle causali e delle ragioni esposti in narrativa, NEL MERITO, IN VIA INCIDENTALE:*

- accertare e dichiarare la nullità parziale della fideiussione in esame per violazione dell'art. 2 comma 2 lettera a) Legge n. 287/1990 (c.d. Legge Antitrust), cir-coscritta alle n. 3 clausole (artt. 2, 6 e 8) censurate con provvedimento n. 55/2005 di Banca d'Italia

- accertare e dichiarare, in particolare, la nullità della clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 c.c. (art. 6)

*- accertare e dichiarare l'intervenuta decadenza del creditore dalla possibilità di agire nei confronti del fideiussore **FIDEIUSSORE**, stante il mancato rispetto del termine di cui all'art. 1957 c.c.*

*IN OGNI CASO, revocare l'opposto decreto ingiuntivo, con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa da distrarsi in favore dell'antistatario avv. **OMISSIS**, difensore di parte opponente”.*

Per l'opposta: *“Voglia l'Ill.mo Tribunale di Lucca, disattesa ogni contraria domanda ed istanza, così giudicare: in via preliminare: concedere la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto; nel merito, in via pregiudiziale: accertare la carenza di interesse ad agire in capo al sig. **FIDEIUSSORE** in ordine alle domande di accertamento della nullità parziale della fideiussione de qua per violazione della normativa antitrust e, in particolare, di nullità della clausola di deroga all'art.1957 c.c.; nel merito, in via principale: respingere le domande e le eccezioni tutte formulate dall'opponente, perché infondate, per le ragioni esposte in atti e, conseguentemente, confermare il decreto ingiuntivo opposto n. xxxx/2020 – rg xxxx/2020, emesso dal tribunale di Lucca il giorno 28 settembre 2020; in ogni caso, accertare e dichiarare che il credito di **SOCIETA' CESSIONARIA** nei confronti del sig. **FIDEIUSSORE** è pari ad euro 79893,96, oltre agli interessi legali di mora dalla data di costituzione in mora (27 dicembre 2016) al saldo e, per l'effetto, condannarlo al pagamento del suddetto importo; con il favore delle spese e compensi del giudizio monitorio e del giudizio di opposizione ex DM 55/2014 e successivi aggiornamenti”.*

FATTI DI CAUSA

1.- **FIDEIUSSORE** ha opposto il decreto ingiuntivo n. xxxx/2020, emesso da questo ufficio giudiziario, con il quale, su ricorso di **SOCIETA' CESSIONARIA**, e per essa della mandataria con rappresentanza, gli è stato ingiunto di pagare la somma di euro 79.893,96, oltre accessori e spese di procedura, quale fideiussore omnibus, sino all'importo di euro 90.000,00, della **SOCIETA' DEBITRICE**.

L'opponente non ha proposto eccezioni relative al rapporto principale, ma ha chiesto la revoca del decreto ingiuntivo eccependo la decadenza del creditore ex art.1957 c.c., previo accertamento della nullità della clausola n.6 della fideiussione omnibus (di deroga all'art.1957 c.c.) - fideiussione da lui rilasciata in data 25.10.2011 a favore della **SOCIETA' CEDENTE**, originaria titolare del credito, poi ceduto a **SOCIETA' CESSIONARIA**- per violazione della normativa ANTI-TRUST, in quanto conforme allo schema ABI del 2003, ritenuto dalla Banca d'Italia (decisione n.55 del 2005) frutto d'intesa anticoncorrenziale in danno dei clienti/utenti bancari.

2.- L'opposta ha replicato nell'ordine:

(i) che la fideiussione omnibus rilasciata dall'opponente in data 25.10.2011 è in realtà un contratto autonomo di garanzia, con conseguente non applicazione della decisione della Banca d'Italia;

(ii) che il Bertocchi non ha interesse ad agire per l'accertamento della nullità della fideiussione omnibus:

(a) perché non è un cliente della banca (non esiste un mercato bancario delle fideiussioni) e il fideiussore non è il destinatario della tutela antitrust, riservata ai soli clienti che accedono al credito;

(b) perché la durata della garanzia non è collegata alla scadenza dell'obbligazione principale ma al suo integrale adempimento con conseguente inapplicabilità, in ogni caso, dell'art.1957 c.c.;

(iii) che non vi è prova dell'intesa anticoncorrenziale a monte e della partecipazione alla stessa di **SOCIETA' CEDENTE**;

(iv) che non vi è prova del collegamento tra intesa illecita a monte e contratto a valle;

(v) che, in ogni caso, per i contratti a valle dell'intesa illecita, la tutela spettante al contraente è solo quella risarcitoria.

3.- La causa è passata in decisione all'udienza del 25-3-2022 sulle conclusioni tra-scritte in epigrafe.

La convenuta/opposta non ha depositato scritti conclusionali.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.- L'opposizione è fondata e merita accoglimento.

2.- Nell'esaminare le questioni poste dalle parti è necessario muovere dall'analisi preliminare della fideiussione rilasciata dall'opponente in data 25.10.2011 a favore di **SOCIETA' CEDENTE**.

Va escluso che tale fideiussione possa essere qualificata come contratto autonomo di garanzia. L'esistenza della sola clausola di pagamento a prima richiesta non vale a snaturare il carattere accessorio della garanzia in esame.

Ciò finisce, invero, per essere riconosciuto dalla stessa banca nella comparsa di costituzione, ove si assume che tale clausola sia da interpretare come "clausola solve et repete", di deroga all'art.1945 c.c., e, pertanto, l'opponente non potrebbe far valere la proposta eccezione di nullità prima del pagamento del debito (v. pag.6 della comparsa).

Ora, diversamente da quanto ritenuto dalla convenuta, simile previsione contrattuale non vale a rendere autonoma l'obbligazione di garanzia da quella garantita, ma determina unicamente un meccanismo di inversione processuale: il garante non può agire in giudizio od opporre eccezioni relative al rapporto garantito se non dopo il pagamento. Prima deve pagare e poi può agire in giudizio per far valere le proprie ragioni. Ma così ricostruita la fattispecie concreta sono evidenti le differenze con il contratto autonomo di garanzia, in cui l'astrazione del rapporto di garanzia da quello garantito arriva al c.d. punto di indifferenza e viene meno ogni carattere, anche quello più labile, di accessorietà nella garanzia prestata. In simile diversa figura il garante non può agire in giudizio anche quando abbia preventivamente pagato il proprio debito.

In sintesi: la garanzia personale prestata dal **FIDEIUSSORE** non è un contratto autonomo di garanzia, permanendo il suo carattere accessorio rispetto alle obbligazioni garantite. Dal che discende la piana applicabilità della decisione n.55/2005 della Banca d'Italia anche alla concreta fattispecie.

Alla luce di tale conclusione, la prima replica della banca opposta è pertanto destituita di fondamento.

Inoltre, trattandosi di eccezione relativa al rapporto di garanzia e non al rapporto garantito, essa può essere opposta dal fideiussore.

La clausola de qua deroga infatti all'art.1945 c.c. (eccezioni che potrebbe proporre il debitore principale), ma non impedisce al fideiussore di eccepire l'inesistenza o nullità della garanzia e l'eventuale decadenza del creditore garantito dal diritto di agire nei suoi confronti.

3.- Anche la seconda questione preliminare posta dalla banca, relativa ad un asserito difetto d'interesse ad agire del **FIDEIUSSORE**, è infondata in relazione ad entrambi i profili coltivati.

3.1.- L'interesse ad eccepire del **FIDEIUSSORE** si misura unicamente sul fatto che egli è destinatario di un'azione di pagamento. Pertanto, può reagire a tale azione proponendo tutte le difese utili, tra cui l'eccezione di decadenza ex art.1957 c.c., previo accertamento della nullità della relativa clausola di deroga.

3.2.- Non è esatto poi dire che l'art.1957 c.c. non è applicabile perché la durata della garanzia non è collegata alla scadenza dell'obbligazione principale ma al suo integrale adempimento, perché tale affermazione, nella concreta fattispecie, si risolve in una tautologia.

Invero, secondo una certa interpretazione dottrinale e giurisprudenziale la clausola contrattuale che colleghi la durata della garanzia non alla scadenza dell'obbligazione principale ma all'adempimento integrale dell'obbligazione garantita implica deroga convenzionale all'art.1957 c.c. (v. Cass. civ. 16836/2015; Cass. civ. 16758/2002 e 16233/2005).

Il punto dirimente è tuttavia che nel caso in esame simile deroga convenzionale è contenuta proprio nell'art.6 dello schema ABI di fideiussione omnibus (usato dall'opposta), censurato dalla Banca d'Italia, quale frutto d'intesa anticoncorrenziale.

4.- Gli assunti secondo cui non vi sarebbe prova dell'intesa anticoncorrenziale a monte e della partecipazione alla stessa di **SOCIETA' CEDENTE**, nonché del collegamento tra l'intesa illecita a monte e il contratto a valle, sono privi di pregio ove si consideri che, secondo la prevalente giurisprudenza di merito, recepita nel recente arresto delle S.U. (su cui infra), è dirimente considerare sul piano probatorio (e per il principio di vicinanza della prova) che la perfetta conformità dello schema di fideiussione omnibus usato dalla banca opposta con quello oggetto di indagine e censura da parte della Banca d'Italia perciò stesso determina una presunzione circa la partecipazione della banca all'intesa anticoncorrenziale a monte e il collegamento tra l'una (l'intesa illecita) e l'altro (il contratto a valle).

5.- Infine, la questione del tipo di tutela spettante alla parte del contratto a valle dell'intesa illecita (risarcitoria, nullità parziale, nullità totale), è stata risolta di recente dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. 41994/2021) nel senso coltivato in questo giudizio dall'opponente.

Non resta, pertanto, che rinviare per relationem ex artt.118 disp. att. cpc alla decisione delle Sezioni Unite, la quale offre inoltre una ricostruzione completa ed analitica anche delle questioni esaminate al precedente.

6.- In conclusione, accertata incidentalmente la nullità parziale della clausola n.6 della fideiussione omnibus in atti, e la conseguente piena operatività dell'art.1957 c.c., e considerato che non risulta allegata e dimostrata la proposizione nei confronti del debitore principale dell'azione giudiziaria nel termine di sei mesi dal recesso dal rapporto bancario (27.12.20216), l'eccezione di decadenza ex art.1957 c.c. è fondata, con conseguente rigetto dell'azione di pagamento e revoca del decreto in-giuntivo opposto.

7.- Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo a favore del difensore della parte vittoriosa dichiaratosi antistatario. La liquidazione è fatta in assenza di notula con questi parametri: voce 2 - DM 55/2014, valore della causa: 79.893,96 – riduzione del 50% dei parametri medi previsti per le fasi 3 (istruttoria) e 4 (decisionale), in ragione del fatto che, quanto alla prima, non sono stati articolati mezzi istruttori e, quanto alla seconda, che la convenuta opposta non ha depositato scritti difensionali cui replicare.

P.Q.M.

Il Tribunale di Lucca, definitivamente decidendo, così provvede:

- accoglie l'opposizione e, per l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo opposto (n. 1255/2020), respingendo l'azione di pagamento proposta contro **FIDEIUSSORE**;

- condanna l'opposta, come rappresentata, a pagare le spese di lite a favore dell'Avv. **OMISSIS**, dichiaratosi antistatario, che sono liquidate in euro 379,50 per spese vive (CU) ed euro 8.705,00 per compenso professionale, oltre rimborso spese generali (15%) ed accessori di legge (IVA e CAP, se dovuti).

Lucca, 20-6-2022.

Il Giudice
Carmine Capozzi