



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI ANCONA, prima sezione civile,
composta dai seguenti Magistrati:

Dott. Ugo Pastore	- Presidente
Dott. Pier Giorgio Palestini	- Consigliere
Dott.ssa Paola Damiani	- Giudice Ausiliario rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel procedimento civile in grado di appello iscritto al n. /18 R.G.A.C., posto in decisione con ordinanza del 7.12.2021 a seguito di deposito telematico di note scritte dei procuratori delle parti contenenti le sole istanze e conclusioni ex art. 83, lett. h, D.L. n. 18/2020, convertito dalla L. n. 27/2020 e successivamente modificato dal D.L. n. 28/2020, riservato a sentenza con concessione alle parti dei termini ex art. 190 c.p.c.,
tra

pubbl. il 03/05/2022

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso riportandosi ai rispettivi scritti difensivi, chiedendo l'accoglimento delle conclusioni ivi rassegnate e reiterate nelle note telematiche per la trattazione scritta

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. /2018 in data 30.04.2018 il Tribunale di Ascoli Piceno, definitivamente pronunciando nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo sulla domanda proposta da ed -quali fideiussori della società di e in liquidazione, dichiarata fallita il 10.02.2015- avverso l'ingiunzione di pagamento ad istanza di

pubbl. il 03/05/2020

S.p.a. per l'importo di €.202.813,22 oltre interessi e spese (limitatamente agli importi delle garanzie rispettivamente prestate), per scoperto dei contratti in c/c intestati alla società garantita, ritenuta la natura del contratto autonomo di garanzia nonostante la dicitura "fideiussione" (in base all'interpretazione delle clausole nn. 7 e 8 dell'atto costitutivo di garanzia), ravvisato il difetto di legittimazione degli opposenti quali garanti autonomi a sollevare le eccezioni proposte, ha rigettato l'opposizione e revocato il decreto ingiuntivo opposto, con condanna dei garanti opposenti al pagamento in via solidale delle spese di lite.

La controversia trae origine dalle contestazioni sollevate dagli opposenti in merito sia alla nullità dei contratti in c/c intestati entrambi alla società –limitandosi il giudicante ad esaminare nel merito, per poi rigettarla, la sola eccezione di nullità del contratto di c/c n. 500042376 del 21.01.1994 per difetto di sottoscrizione della banca, ravvisatane la validità con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria ex art. 117 TUB– sia alla nullità dei contratti derivati per violazione delle disposizioni di cui all'art 30 TUF (ravvisandone l'improponibilità trattandosi di nullità non derivante da contrarietà a norme imperative), alla nullità dei contratti per violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario ed alla nullità per indeterminatezza dell'oggetto e per mancanza della causa, oltre che in termini di violazione dell'obbligo di correttezza e trasparenza nei confronti del cliente in sede di sottoscrizione di operazioni swap.

Avverso la citata sentenza hanno proposto appello

ed chiedendone la riforma per aver ritenuto tempestiva l'eccezione sollevata dalla banca in merito al difetto di legittimazione attiva dei garanti ed invero tardiva quella da essi sollevata per la prima volta nella memoria di replica in relazione all'invalidità della fideiussione per violazione delle norme sulla concorrenza ex art. 2 L. n. 287/1990 (Legge Antitrust), nonché per ritenere la nullità delle garanzie prestate per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. A della richiamata legge, per aver erroneamente ritenuto quale contratto autonomo di garanzia l'atto costitutivo di fideiussione, così precludendo lo scrutinio delle eccezioni di nullità

non contrarie a norme imperative proposte dai garanti, ferma restando la violazione in cui è incorsa la banca nella nascita, gestione e conduzione degli swap, dell'unwinding e dei derivati, i cui differenziali hanno alterato l'andamento dei c/c contestati ed il conseguente saldo a debito finale.

Si è regolarmente costituita [redacted] S.p.a., contestando in modo specifico l'avverso gravame di cui ha preliminarmente chiesto l'inammissibilità ex art. 342 c.p.c., essendo le singole doglianze prive dell'indicazione delle "parti del provvedimento" che si intendono appellare e delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata, nonché il rigetto nel merito per avere la sentenza correttamente rilevato l'improponibilità da parte dei garanti delle eccezioni formulate nell'assunto che la garanzia fosse del tipo "a prima richiesta", ribadendo l'eccezione di prescrizione ed adducendo come le contestazioni riguardanti alcuni contratti derivati (swap) e le condizioni applicate dalla banca ai due rapporti di c/c azionati con la domanda monitoria non dimostrino l'effettiva riduzione del credito complessivo al di sotto della soglia garantita, per di più alla luce dell'evidenziata qualità di operatore qualificato spontaneamente assunta dalla società [redacted] ai sensi dell'art. 31 del Reg. Consob n. 11522/98, in deroga ad alcuni suoi stessi articoli, mentre quanto ai rapporti di c/c contestati ha ribadito la completezza della documentazione versata in atti. Pur ravvisandosi la tardività della denuncia di violazione delle intese sulla concorrenza, infondata nel merito è da ritenersi la pretesa nullità delle garanzie prestate per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. A della legge Antitrust, in quanto conforme al modello ABI, peraltro costituente materia di competenza delle Sezioni Specializzate d'Impresa.

Con comparsa di costituzione e risposta è intervenuta nel presente giudizio [redacted] S.p.a., quale mandataria di [redacted] S.r.l., a seguito di cessione *pro-soluto* dei crediti pecuniari di [redacted] S.p.a., tra cui quello controverso, evidenziando la correttezza della sentenza impugnata e contestando in modo specifico gli avversi motivi di gravame eccependo sia l'inammissibilità dell'appello ex artt. 342 e 348 bis c.p.c., sia la nullità dell'atto di citazione in appello per indeterminatezza dell'oggetto e per violazione degli artt. 163 e 164 c.p.c., attesa

l'incomprensibilità delle deduzioni complessivamente svolte nello stesso e, quindi, l'impossibilità di individuare il *thema decidendum* ai fini della propria attività difensiva, nonché nel merito adducendo a sostegno l'idoneità degli estratti conto non contestati a costituire piena prova del credito anche nei confronti dei garanti, la validità del contratto sottoscritto dal solo correntista (cd. contratto monofirma), la correttezza delle istruzioni della BIT in tema di calcolo del TEG ed in particolare sull'esclusione del suo computo delle CMS, senza argomentare alcunché sulla validità degli swap, unwinding e derivati, essendo essa cessionaria dei soli crediti derivanti dai conti correnti intestati alla società garantita e ribadendo la tipologia "a prima richiesta" della garanzia assunta e la sua mancata impugnativa, con conseguente difetto di legittimazione degli appellati a proporre le eccezioni e le domande sollevate con i motivi di gravame; infine, quanto all'invalidità delle fidejussioni redatte secondo lo schema "ABI 2002", per supposta anti-concorrenzialità delle clausole di cui agli artt. 2, 6 ed 8, non è sostenibile la tesi della nullità del contratto "a valle" per violazione di norma imperativa ex art. 1418 co. 1 c.c., poiché la sanzione della nullità prevista dall'art. 33 L. 287/90 riguarda esclusivamente le intese restrittive tra imprese e non può applicarsi ai contratti che, sulla base di dette intese, siano stati conclusi con terzi, né è configurabile la c.d. nullità derivata, secondo cui il contratto finale tra imprenditore ed utente costituisca il compimento dell'intesa anti-competitiva tra imprenditori e ne rappresenti la sua realizzazione finale, sul presupposto di uno strettissimo collegamento tra l'intesa restrittiva a monte ed il contratto a valle.

All'esito dell'intervento in giudizio di *Spa* S.p.a. quale mandataria di *Spa* S.r.l., gli appellanti hanno rilevato in comparsa conclusionale l'iammissibilità della costituzione per carenza di legittimazione ad intervenire, in mancanza di idonea prova circa l'acquisizione del credito controverso, non presentando l'avviso di cessione alcuna indicazione da cui poter desumere che il credito vantato dalla banca cedente nei confronti degli odierni appellanti sia compreso nell'operazione di cartolarizzazione, né essendo stato depositato e/o notificato ai debitori ceduti lo specifico contratto di cessione, essendo presente in atti il solo avviso pubblicato nella G.U. della Repubblica Italiana parte II, n. 93 in

data 8.08.2017.

A seguito di ordinanza del 7.12.2021, precisate le conclusioni con note di trattazione scritta come in epigrafe, la Corte ha trattenuto la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Devono preliminarmente esaminarsi le eccezioni di inammissibilità in rito del gravame proposto.

Entrambe sono infondate.

L'eccezione di indeterminatezza dell'appello ex art. 342 c.p.c. non implica un giudizio avente ad oggetto la fondatezza del gravame proposto, attenendo unicamente alla redazione delle argomentazioni a sostegno della domanda di riforma della sentenza di primo grado ed imponendo che il gravame non sia meramente devolutivo, ma si espliciti in una richiesta di revisione della decisione in chiave critica delle argomentazioni del giudice *a quo*.

La sollevata eccezione dev'essere disattesa anche alla luce dei principi affermati da Cass. SS.UU. n. 27199/2017 tenuto conto del fatto che l'appellante ha sufficientemente indicato e chiarito i capi della sentenza che intende impugnare e i relativi motivi, idoneamente e comprensibilmente sviluppando la parte volitiva e quella argomentativa. La nuova formulazione dell'art. 342 c.p.c. non pare, infatti, comportare una significativa novità dei principi già in precedenza stabiliti in materia di specificità dei motivi d'appello, né la osservanza di particolari tecniche redazionali, dovendosi sempre tenere presente l'obiettivo della previsione che è quello di porre sia il Giudice sia la parte appellata in grado di compiutamente conoscere le critiche svolte rispetto alla sentenza, per quest'ultima al fine di poter esplicitare il suo esercizio di difesa in merito. Che tali requisiti siano nella specie soddisfatti si evince dalla piena estrinsecazione del contraddittorio, essendo risultato che i motivi di appello sono stati inequivocabilmente e pienamente intesi dall'appellata.

L'eccezione ex art. 348 bis c.p.c. proposta da parte appellata è stata implicitamente rigettata dalla Corte nel corso del giudizio e la stessa, oltre che risultare assorbita dalla pronuncia della presente sentenza è, allo stato, irrilevante per essere la causa stata trattenuta in decisione.

CORTINA 11/07/2022 PUBBL. 11/08/2022

Può, quindi, passarsi all'esame delle doglianze oggetto di gravame, preliminarmente scrutinando l'eccezione concernente la costituzione di [redacted] S.p.a., quale mandataria di [redacted] S.r.l., successore a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c., in forza di un contratto stipulato ai sensi degli artt. 4 e 7.1 legge 30 aprile 1999 n. 130 in data [redacted] e con effetto in pari data, avente ad oggetto la cessione *pro-soluto* di "tutti i crediti ... di [redacted] S.p.A. derivanti da contratti di mutuo, di apertura di credito o da finanziamenti erogati in altre forme tecniche concessi a persone fisiche e persone giuridiche nel periodo compreso tra il 1971 e il 2016 e qualificati come attività finanziarie deteriorate" (cfr. pag. 6 G.U.), tra i quali asseritamente quelli oggetto del presente giudizio come vantati da essa cedente nei confronti degli attuali appellanti, i quali assumono, a sostegno del preliminare motivo di doglianza, la carenza di titolarità del credito e di legittimazione processuale in capo ad essa comparente, nell'assunto che non possa costituire piena prova del diritto di credito in questione l'avviso di cessione pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, in mancanza di produzione in giudizio dello specifico contratto di cessione da parte della cessionaria, che nulla ha eccepito sulla questione, tranne che il suo rilievo tardivo (tuttavia superfluo in virtù della sua rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado).

Ed infatti, nel distinguere tra la doglianza riguardante il difetto di legittimazione attiva in capo all'appellata cessionaria e quella attinente alla titolarità sostanziale del credito, va considerato l'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte, secondo cui: a) la mancanza della legittimazione attiva integra una questione di rito e può ricavarsi dalla prospettazione fatta nella domanda di parte attrice/ricorrente, in questo caso del creditore; b) la titolarità dal lato attivo o passivo della posizione soggettiva oggetto dell'azione rappresenta una questione di merito, in quanto attiene alla fondatezza della domanda. In quest'ottica è la parte che promuove il giudizio a dover prospettare di essere parte attiva dello stesso ai fini della legittimazione ad agire e ciò non pone particolari problemi dal punto di vista probatorio, in quanto è assai raro che colui che intraprende un giudizio non si prospetti astrattamente titolare del diritto per il quale agisce: la questione di legittimazione attiva ha infatti una portata residuale, vertendosi nella maggior parte dei casi nell'ambito della

titolarità del rapporto (Cass., Sez. Un., 16.02.2016, n. 2951): principio ribadito da Corte di Cassazione del 26 settembre 2019, n. 24040, secondo cui la titolarità del diritto è “*un elemento costitutivo della domanda*” che deve “*essere provata dall’attore, e la sua mancanza deve essere rilevata d’ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, salvo l’operare delle preclusioni che possono determinarsi nel processo*”.

Nel caso di specie non si pone un effettivo problema ai fini della legittimazione attiva, poiché la cessionaria nel proprio atto di costituzione si prospetta come parte attiva del rapporto avente ad oggetto i due contratti di c/c intestati alla società fallita, mentre in merito alla contestazione della titolarità del credito per cui essa ha agito, va osservato come gli adempimenti pubblicitari previsti dall’art. 58, commi 2, 3 e 4 TUB rivestano carattere sostitutivo rispetto alla sola notificazione della cessione al debitore ceduto o alla sua accettazione, di cui alla norma dell’art. 1264 c.c., a tenore della quale la cessione produce effetti nei confronti del debitore ceduto quando questi l’ha accettata o gli sia stata notificata e, nel caso di specie, l’eseguita pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell’avviso di cessione di crediti *pro soluto* assolve perfettamente alla funzione di sostituire, per il cessionario, l’onere della notificazione suddetta, ma non anche quella di provare l’esistenza del credito oggetto di causa e la sua effettiva cessione.

Come chiaramente affermato dalla Suprema Corte, nel sancire il concetto che la pubblicazione suddetta esoneri la cessionaria dalla notificazione al debitore ceduto, ma non dalla prova dell’esistenza della cessione stessa, poiché avviso della cessione non significa prova della sua esistenza e del suo specifico contenuto (cfr. Cassazione, Sezione terza, 13.09.2018 n. 22268, nonché Cass., terza sezione civile, 31.01.2019, n. 2780 sulla imprescindibilità della prova dell’avvenuta cessione di quello specifico credito), chi si afferma successore della parte originaria ha l’onere di fornire la prova documentale della sua legittimazione, quindi dell’effettività della cessione (v. Cass. sent. 2.03.2016, n. 4116).

Di conseguenza, è certamente non sufficiente -ai fini della prova della sussistenza della contestata legittimazione- la sola pubblicazione dell’avviso di cessione, atteso che anche per la giurisprudenza della Suprema Corte l’adempimento pubblicitario

ha una portata ben più modesta rispetto a quella di provare il fatto costitutivo della titolarità del credito, in quanto la pubblicazione interviene -in via di sostituzione- solo in relazione al disposto del comma 2 dell'art. 1264 c.c., con l'unica funzione di impedire l'eventualità di pagamenti liberatori, per il caso che il ceduto versi, nonostante la sopravvenuta cessione, la propria prestazione nelle mani del cedente.

Ed infatti, la norma dell'art. 58, comma 4, si limita a stabilire che la pubblicazione della cessione sulla Gazzetta Ufficiale fissa il giorno a decorrere dal quale il pagamento fatto nelle mani del cedente comunque non libera il ceduto (cfr. Cass., 25 settembre 2018, n. 22548) e si applica nel caso in cui una cessione rilevante esista, ma non dimostra affatto che la stessa esista.

D'altro canto, la disposizione del citato art. 58 si limita a prescrivere che venga data la notizia di avvenuta cessione, fissando la sola enunciazione di essa come contenuto minimo essenziale della pubblicazione, che certamente non dà contezza - in questa sua minimale struttura informativa- degli specifici e precisi contorni dei crediti che vi sono inclusi ovvero esclusi, salvo che l'inserzione in G.U. rechi indicazioni sufficientemente analitiche e chiare atte a provare che *“il contenuto pubblicato nella Gazzetta indichi, senza lasciare incertezze od ombre di sorta (in relazione, prima di ogni altra cosa, al necessario rispetto del principio di determinatezza dell'oggetto e del contenuto contrattuale ex art.1346 cod. civ), sui crediti inclusi/esclusi dall'ambito della cessione”* (Corte di Cassazione, prima sez. civile, ordinanza n.5617 del 28.02.2020): ciò in quanto la disposizione in esame non vieta che la comunicazione relativa alla cessione da pubblicare in Gazzetta Ufficiale contenga più diffuse e approfondite notizie, ma tale situazione esula dal caso di specie, in cui la descrizione dell'oggetto dei crediti ceduti, come sopra riportata e trascritta da questo giudicante, risulta vaga e omnicomprensiva, facendo essa riferimento a contratti deteriorati relativi ad un lasso temporale di vari decenni, senza puntuale indicazione di quello che dovrebbe essere il tratto distintivo dei singoli rapporti ceduti, ma solo la generica categoria degli stessi, con la conseguenza che va ritenuta non provata la titolarità attiva della cessionaria.

Allegare la copia della pubblicazione nella G.U. non è, quindi, *ex se* sufficiente a provare l'avvenuta cessione di quello specifico credito (Cass. civ., 31.01.2019, n.

pubbl. il 03/05/2021

2780), essendo tale prova imprescindibile, poiché chi si afferma successore della parte originaria ha l'onere di fornire la prova documentale della sua legittimazione, quindi nel caso di specie dell'effettività della cessione (Cass. civ., 2.03.2016, n. 4116).

Ed infatti, il mero fatto della cessione di crediti in blocco non è in sé sufficiente ad attestare che proprio e anche il credito oggetto di causa sia compreso tra quelli che sono stati oggetto di cessione, il che costituisce onere probatorio a carico della creditrice-cessionaria, per cui *“la parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare della parte creditrice originaria, in virtù di un'operazione di cessione in blocco D.Lgs. n. 385 del 1998 ex art. 58, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, a meno che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta”* (v. Cass. n. 4116/16, richiamata espressamente da Cass. civ., sez. VI, 5.11.2020, n.24798), contrariamente al caso in esame in cui gli appellanti fideiussori ne hanno contestato l'esistenza.

In conclusione, per dimostrare di essere titolare del rapporto, la prova primaria è costituita dal contratto di cessione, da cui si possa ricavare che lo specifico credito per il quale essa agisce è stato effettivamente ed inequivocabilmente cartolarizzato; ad essa può tuttavia sopperirsi solo se si dimostri (cosa che non si è verificata nella fattispecie in esame) che il singolo credito ceduto integra tutti i requisiti e rientra in tutti i criteri indicati nell'estratto di cessione, pubblicato in G.U.

A questo proposito si sono pronunciati anche i giudici di merito, tra cui si evidenziano le più recenti pronunce:

“La parte che agisce nell'asserita qualità di successore a titolo particolare del creditore originario, in forza di un'operazione di cessione in blocco ex art. 58 TUB, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione e di fornire la prova documentale della propria legittimazione sostanziale. La prova dev'essere offerta tramite la produzione del contratto, non potendosi fare ricorso a presunzioni, né assumendo rilevanza l'avviso di cessione “in blocco”, da cui non è possibile risalire con esattezza al credito in ipotesi ceduto” (Tribunale di

Vicenza, 26 novembre 2021).

“In caso di contestazione della legittimazione attiva del creditore opposto, deve essere revocato il decreto e rigettate tutte le domande dell’opposto, se questi non prova la titolarità del credito intervenuta a seguito di cessione, con la produzione in giudizio nel contratto di cessione del credito” (Tribunale Milano, 16 settembre 2021).

“Il successore a titolo particolare del credito originario in virtù di un’operazione di cessione in blocco deve dimostrare l’inclusione del credito azionato nella operazione di cessione dando la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, salvo che il resistente non l’abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta” (Tribunale Napoli, 22 aprile 2021).

“L’omessa produzione in giudizio del contratto di cessione di crediti in blocco ex art. 58 TUB può comportare la mancanza di prova in ordine al trasferimento a favore del cessionario dello specifico rapporto dedotto in giudizio” (Tribunale Lucca, 26 marzo 2021).

“In tema di legittimazione attiva del presunto cessionario di un credito bancario per il quale questi abbia agito in via monitoria, il deposito dell’avviso di cessione del credito pubblicato in Gazzetta Ufficiale da parte del presunto cessionario ex art. 58 TUB non è sufficientemente specifico da consentire di ritenere provata l’inclusione del credito nell’oggetto della cessione” (Tribunale Rimini, 28 dicembre 2020).

Pertanto la Corte, in accoglimento dell’eccezione delle parti appellanti, rileva per carenza di prova il difetto di titolarità del rapporto dedotto in giudizio in capo a [redacted] S.p.a., quale mandataria di [redacted] S.r.l. e, ritenuta assorbita ogni ulteriore domanda e/o eccezione formulate dalle parti nel merito, nonché rigettata ogni domanda istruttoria in quanto ininfluyente ai fini del decidere, revoca il decreto ingiuntivo oggetto della presente opposizione.

Condanna di [redacted] S.p.a., quale mandataria di [redacted] S.r.l. alla refusione delle spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, in favore degli appellanti [redacted] ed [redacted].

[redacted] e dichiara compensate le spese di lite nel rapporto processuale tra le appellate [redacted] S.p.a. e [redacted] S.p.a., quale mandataria di [redacted].

pubbl. il 03/05/2022

S.r.l.

P.Q.M.

La Corte, ogni diversa domanda, istanza, deduzione ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da [redacted], [redacted] ed [redacted] avverso la sentenza n. [redacted]/2018 del Tribunale di Ascoli Piceno in data 30.04.2018, così provvede:

- In accoglimento del motivo preliminare di gravame, dichiara il difetto di titolarità del credito dedotto in giudizio in capo a [redacted] S.p.a., quale mandataria di [redacted] S.r.l. e, in riforma della sentenza impugnata, per l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo n. [redacted]/2016 emesso dal Tribunale di Ascoli Piceno il 13.07.2016;
- Condanna l'intervenuta [redacted] S.p.a., quale mandataria di [redacted] S.r.l., alla refusione delle spese di lite del grado di appello, che liquida in favore degli appellanti complessivi € [redacted] (di cui € [redacted] per studio controversia, € [redacted] per fase introduttiva ed € [redacted] per fase decisionale), oltre IVA, CPA e rimborso spese forfettario al 15% sulle voci imponibili di legge;
- Dichiara compensate le spese nel rapporto processuale tra le appellate [redacted] S.p.a. e [redacted] S.p.a., quale mandataria di [redacted] S.r.l.;
- Autorizza la distrazione delle spese ex art. 93 c.p.c. in favore degli Avv.ti [redacted]

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio dell'8.03.2022

Il Presidente
dott. Ugo Pastore

Il Giudice Ausiliario Est.
dott.ssa Paola Damiani