



N. R.G. 561/2010



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di SALERNO

Seconda Sezione Civile

Il Tribunale, nella persona della Giudice dr. Grazia Roscigno
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **561/2010** promossa da:

F.LLI IOVINE S.A.S. DI IOVINE ANTONIO (C.F. 03168340630), con il
patrocinio dell'avv. CAPASSO GIUSEPPE e dell'avv. CAPASSO MICHELE
MASSIMILIANO;

ATTORE/I

contro

FALLIMENTO CAVAMARKET (C.F. 02139950659), con il patrocinio
dell'avv. NOCILLA VINCENZO

CONVENUTO/I

Oggetto: Vendita di cose mobili

CONCLUSIONI

Parte attorea: «1) Revocare preliminarmente l'opposto decreto. 2) Dichiarare la nullità del decreto opposto e la contestuale remissione della controversia al giudizio degli arbitri, nei confronti di ciascun opponente. 3) Rigettare la domanda, inammissibile ed infondata verso ciascuno degli opposenti. 4) Dichiarare l'inammissibilità e l'infondatezza della domanda accessoria verso il





sig. IOVINE ANTONIO, in proprio. 5) Accogliere la domanda riconvenzionale e dichiarare che la società F.LLI IOVINE è creditrice della opposta delle somme di €.104.915,00 (premi fine anni 2007 e 2008) unitamente ad €.25.000,00 oltre iva (contributo promozionale), condannando l'opposta alla refusione di tali somme con gli accessori, di cui al D.lgs. 9.10.2002 n.231 e le spese. 6) Spese vinte con le maggiorazioni di cui alla L.P. In via istruttoria, si chiede di provare per esti le seguenti circostanze: A) Vero che la società F.LLI IOVINE acquistava dall'affiliante in via esclusiva ed unica le derrate anche alimentari costituenti il suo assortimento ad eccezione dell'ortofrutta, pane, carne, ad eccezione del pollame, pesce, latte fresco, latticini, surgelati sfusi e prodotti non food non venduti dalla cava market. Tanto giusta contratto. B) Vero che relativamente agli acquisti che l'affiliato eseguiva dall'affiliante dal 2002 in poi, vi era ulteriore abbuono, oltre alle eccezioni previste per gli acquisti, nelle percentuale del 20% come franchigia entro la quale non andava applicata la penale, prevista per il mancato acquisto dei prodotti dati dall'affiliante. C) Vero che la percentuale di premio di fine anno era pari al 8% sul fatturato delle merci acquistate dalla F.LLI IOVINE. Si indicano a tesi: Rag. Capasso Giuseppe, Frattamaggiore via Firenze; Iovine Angelo, Frattamaggiore via Battisti, 5. Si chiede, ancora, farsi ordine di esibizione alla opposta della ricevuta di quietanza legata all'assegno emesso il 21 luglio 2006, n.18233 tratto sulla Banca della Campania, Filiale di Cava attestante che l'assegno indicato era riferito all'anno 2005 e non all'anno 2006. Valga quanto già in atti depositato.»

parte convenuta: «-rigettare l'eccezione di compromesso, essendo competente il giudice ordinario;

- in via istruttoria, se ed in quanto si ritenga sussistente formale disconoscimento di firma, accogliere la richiesta di verifica formulata in atti e rimettere la causa sul ruolo;

- nel merito, rigettare l'opposizione perché infondata in fatto e diritto con conferma del decreto ingiuntivo opposto e, comunque, accogliere la domanda con condanna dell'opponente al pagamento dell'importo richiesto;

- circa la domanda riconvenzionale (o eccezione di parziale compensazione), preliminarmente, dichiarare la sussistenza della giurisdizione arbitrale o, in subordine, rigettare la domanda perché





inammissibile, improponibile ed infondata e, comunque, non provata;

- condannare gli opposenti al risarcimento dei danni da liquidarsi in via equitativa ex art. 96 cpc;

- vittoria di spese e competenze di causa in favore del sottoscritto avvocato antistatario.»

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con ricorso depositato ai sensi degli artt. 633 e ss. c.p.c., in data 20/10/2009 Cavamarket s.p.a., ha premesso:

- di essere primaria società specializzata nella vendita e distribuzione alimentare e non di prodotti di largo consumo e di avere stipulato, in data 1.2.2001, con la F.lli Iovine di Iovine A.&C. S.a.s. un contratto di affiliazione commerciale;

- che, per effetto del richiamato accordo commerciale, la F.lli Iovine di Iovine A.&C. S.a.s. si impegnava ed obbligava a vendere e distribuire, in via esclusiva, i prodotti acquistati dalla essa società ricorrente o, comunque, dalla stessa forniti;

- che, a garanzia del pagamento delle forniture di merci effettuate e da effettuarsi, in data 16.9.2002, la F.lli Iovine di Iovine A.&C. S.a.s. e Antonio Iovine rilasciavano fideiussione in favore di essa fornitrice, obbligandosi, in solido tra loro, per l'adempimento di qualsiasi obbligazione, che era già sorta o che sarebbe sorta a seguito della fornitura di merce in favore della F.lli Iovine di Iovine A.&C. S.a.s. fino alla concorrenza dell'importo di €300.000,00;

- che, a partire dal mese di novembre dell'anno 2007, la F.lli Iovine di Iovine A.&C. Sas non aveva onorato gli impegni assunti, risultando, ad oggi, debitrice nei confronti della ricorrente della somma complessiva di €230.533,70, formata dagli importi delle fatture prodotte, detratti gli importi delle note di credito.

Questo Tribunale ha accolto il ricorso ed emesso in favore della ricorrente decreto n.7463/2009 con concessione della provvisoria esecuzione.





Ha spiegato tempestiva opposizione la F.lli Iovine di Iovine A.&C. S.a.s, contestando:

- il difetto di giurisdizione del g.o., avendo le parti stipulato all'art. 16 del contratto di affiliazione commerciale clausola compromissoria;
 - l'inidoneità delle fatture a fondare la pretesa creditoria e la non riferibilità a sé delle firme apposte sulle fatture, disconosciute ai sensi dell'art. 214 c.p.c.;
 - la nullità della fideiussione prestata, in quanto la responsabilità di Antonio Iovine trova il suo titolo nell'essere socio accomandatario
 - la natura di espromissione del negozio indicato come fideiussione, essendo all'epoca della stipula del negozio già in corso il rapporto di fornitura;
 - l'estensione della clausola compromissoria anche al negozio accessorio;
- Ha, poi, proposto domanda riconvenzionale, allegando che

«- Il contratto stilato tra le parti in data 1.2.2001, prevede all'art. 3 e 4 la corresponsione ad opera dell'affiliante in favore dell'affiliato di un premio di fine anno, in relazione del fatturato al netto dei resi e dell'iva. Infatti, per l'anno 2006, l'opposta, a tal titolo, su fatturato al netto d'iva, pari ad €.1.122.996,00 percepiva la somma di €.90.704. La somma competente alla società FRATELLI IOVINE, per lo stesso anno 2007, ed a fronte degli acquisti effettuati presso la CAVAMARKET, in relazione agli accordi pregressi, pari ad €.1.293.454, ed al netto di iva di €.1.175.867, è, per premi di produzione, di €.94.069,00,00. Identicamente per l'anno 2008 su fatturato al netto di iva di €.135.575, è di €.10.846. Tanto, come da contabilità verificata dalle parti. Tali somme vengono chieste in via riconvenzionale.

2) Con atto a firma della CAVAMARKET S.P.A. e della F.LLI IOVINE S.A.S. stilato in Salerno in data 4 gennaio 2006, con allegato A) la prima si obbligava a corrispondere alla seconda la somma di €.25.000,00, oltre iva, quale contributo promozionale per l'anno 2006. Tale somma non è stata corrisposta e la opponente ne chiede il pagamento».





L'opposta, costituitasi tempestivamente (ossia 10 gg prima dell'udienza indicata in citazione, sotto la vigenza dell'art. 645 c.p.c. in epoca anteriore alla modifica apportata dall'art. 1 della l. 29 dicembre 2011, n. 218), ha eccepito:

- di avere fondato la propria pretesa creditoria sul negozio di fideiussione, che va qualificato come contratto autonomo di garanzia;
- la infondatezza dell'eccezione di compromesso, sia perchè nel negozio di fideiussione alla lett. h) era espressamente prevista la competenza dell'AG dove ha sede essa società opponente sia perché l'opponente, proponendo domanda riconvenzionale, ha rinunciato all'eccezione;
- l'omessa contestazione dell'esecuzione delle forniture;
- l'operatività della clausola compromissoria con riferimento al credito fatto oggetto di domanda riconvenzionale, in quanto fondato sul contratto di affiliazione commerciale;
- che il diritto dell'affiliato (nella specie la F.lli Iovine sas) ai premi di fine anno, per espressa previsione dell'art. 3 del contratto di affiliazione commerciale dell'l.2.2001, è subordinato al rispetto, da parte dello stesso affiliato, di tutte le condizioni di cui all'art. 4 del medesimo contratto, il quale prevede espressamente l'obbligo, in capo all'affiliato, di acquistare dall'affiliante e per tutta la durata del contratto, il 100% delle merci occorrenti, obbligo disatteso dalla F.lli Iovine sas, la quale, per gli anni 2007 e 2008, non ha acquistato la totalità delle merci ad essa occorrenti direttamente dalla Cavamarket spa, risultando infedele, in tal senso, nella misura prossima al 30%, così come risulta dai tabulati richiamati come allegati nel contratto in parola;
- che il credito oggetto di domanda riconvenzione è paralizzato, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., dal precedente e perdurante inadempimento dell'opponente.

Le parti hanno, quindi, rassegnato le conclusioni riportate in premessa.

La parte opponente ha provveduto a riassumere il giudizio nei confronti della Curatela del Fallimento Cavamarket s.p.a.





Rigettate le prove testimoniali, la causa è stata rinviata per la precisazione delle conclusioni.

1. Va preliminarmente affrontata l'eccezione di compromesso arbitrale sollevata dall'opponente e dall'opposta.

1.1. Si osserva, in diritto, che «in materia di arbitrato, l'eccezione di compromesso sollevata innanzi al giudice ordinario, adito nonostante che la controversia sia stata deferita ad arbitri, pone una questione che attiene al merito, e non alla giurisdizione o alla competenza, in quanto i rapporti tra giudici ed arbitri non si pongono sul piano della ripartizione del potere giurisdizionale tra giudici, e l'effetto della clausola compromissoria consiste proprio nella rinuncia alla giurisdizione ed all'azione giudiziaria. Ne consegue che, ancorché formulata in termini di accoglimento o rigetto di una eccezione di incompetenza, la decisione con cui il giudice, in presenza di una eccezione di compromesso, risolvendo la questione così posta, chiude o non chiude il processo davanti a sé, va considerata come decisione pronunciata su questione preliminare di merito, in quanto attinente alla validità o all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria» (Cass. Sez. 2 - , Sentenza n. 26696 del 24/11/2020).

1.2. Ciò premesso, l'opponente assume che il negozio stipulato in data 16/9/2002 non abbia la natura di fideiussione, ma integri espromissione, in quanto il contratto di affiliazione commerciale era già stato stipulato, con conseguente preesistenza dell'obbligazione di pagamento del prezzo delle forniture eseguite dall'opposta in favore dell'opponente. Da ciò l'opponente ricava la natura accessoria del negozio e, quindi, l'estensione ad esso della clausola compromissoria.

1.3. L'assunto non è divisibile.

1.4. Va premesso che «nell'espromissione, prevista dall'art. 1272 cod. civ., si verifica, per l'intervento dell'espromittente, un mero arricchimento, nel senso del suo coinvolgimento in via solidale con l'originario debitore, (o un





mutamento del lato passivo, ove il creditore dichiara di liberare l'originario debitore) in un rapporto obbligatorio che resta comunque unico e rispetto al quale è irrilevante, estranea la sussistenza o meno del proposito dell'espromittente di garantire il debito altrui, sicché nel caso in cui taluno si limita a promettere che altri adempia ad un'obbligazione da questi già validamente assunta, si è in presenza di una fideiussione e non di una espromissione» (v. Sez. 3, Sentenza n. 1081 del 20/02/1982) e «Il patto con cui un soggetto s'impegna ad estinguere un debito altrui è qualificabile non già come fideiussione, ma come espromissione, avendo ad oggetto un'obbligazione preesistente, e perfezionandosi nei confronti del creditore al momento in cui quest'ultimo viene a conoscenza di tale impegno, senza necessità di un atto di accettazione» (Sez. 1, Sentenza n. 24891 del 26/11/2009).

1.5. Nel caso di specie è indubbio che la F.lli Iovine s.a.s. e Antonio Iovine intendessero garantire Cavamarket s.p.a. dell'obbligazioni di pagamento del prezzo delle forniture da essa stessa s.a.s. assunti con il contratto di affiliazione commerciale.

1.6. Il tenore del contratto è inequivoco:

«PREMESSO - che la Cavamarket S.p.A. ha stipulato un contratto di affiliazione con la F.lli Iovine S.a.s.:

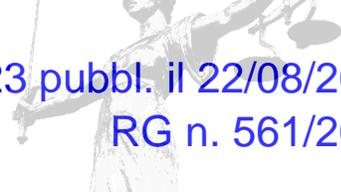
- che, pertanto, sta provvedendo ad effettuare alla stessa forniture di merce;*
- che la F.lli Iovine S.a.s. nonché il sig. Iovine Antonio intendono prestare garanzia fideiussoria per le forniture che andranno effettuate da parte della Cavamarket S.p.A.*

Tutto ciò premesso, si conviene e stipula quanto segue:

A) La F.lli Iovine S.a.s. nonché il sig. Iovine Antonio, in solido tra loro, con il presente contratto si costituiscono FIDEIUSSORI della Cavamarket S.p.A., per l'adempimento di qualsiasi obbligazione, che è sorta e sorgerà a seguito della fornitura di merce in favore della F.lli Iovine S.a.s. fino a concorrenza dell'importo di €300,000,00 (trecentomila euro/00) ...».

1.7. Oltre al contenuto dell'obbligazione e all'espressa manifestazione della volontà di costituirsi fideiussori (art. 1937 cod. civ.), militano anche i





molteplici richiami alla disciplina codicistica di questo tipo negoziale, in parte derogata (come si chiarirà di qui a poco) e, soprattutto, il riferimento alla garanzia di debiti futuri entro l'importo massimo indicato (art. 1938 cod. civ.), incompatibile con la disciplina della espromissione che presuppone la preesistenza dell'obbligazione (v. sul punto Sez. 3, Sentenza n. 26863 del 10/11/2008).

1.8. Pertanto, il negozio va qualificato come fideiussione.

1.9. Tornando all'esame della documentazione emerge:

- che nel contratto di affiliazione commerciale dell'1/2/2001 era previsto «art. 16 - *In deroga dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria, ogni controversia che dovesse insorgere circa la validità, l'esecuzione, l'interpretazione o la risoluzione del presente contratto sarà deferita ad un Collegio di tre arbitri, i quali saranno nominati uno da ciascuna parte ed il terzo di comune accordo. Se non raggiungerà l'accordo per la nomina del terzo arbitro a tale designazione provvederà, in ogni caso, il Presidente del Tribunale di Salerno. Il Collegio Arbitrale agirà con obiettività e indipendenza e dovrà decidere la controversia ad esso devoluta secondo diritto ed equità*»;

- che nel contratto di fideiussione stipulato in data 16/9/2002 a mezzo della quale era stabilito: «*h) Per qualsiasi contestazione è competente l'autorità giudiziaria nella cui giurisdizione trovasi la sede della Cavamarket S.p.A.*».

1.10. Deve altresì evidenziarsi che sin dal ricorso per d.i. l'opposta aveva espressamente individuato l'atto di fideiussione quale titolo della pretesa azionata e non il contratto di affiliazione commerciale (*incipit* della pag. 7: «*la ricorrente intende esercitare i diritti di cui al richiamato contratto fideiussione al fine di ottenere dai garanti il pagamento della somma di cui risulta creditrice per i motivi sopra esposti*»).

1.11. La giurisprudenza di legittimità ha affermato che «la clausola compromissoria contenuta in un determinato contratto non estende i propri effetti alle controversie relative ad altro contratto, ancorchè collegato a quello asseritamente principale (v. Cass. Sez. 3 n. 941-17, Cass. Sez. 1 n. 2598-06 e cfr. Cass. Sez. U n. 13894-07)» [Cass. civ. Sez. I, Ord., 05-07-2023, n. 18973, v. anche, in generale, sulla "circolazione della clausola





compromissoria Sent. Cass. S.U., 17 dicembre 1998, n. 12616].

1.12. Nel caso di specie, poi, nel negozio di fideiussione era stata prevista la competenza del g.o. (ancorchè non esclusiva, v. Cass. Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 18707 del 04/09/2014) come si evince dalla clausola sopra riportata, per cui non vi è dubbio che i fideiussori intendessero con quella clausola superare la clausola compromissoria pattuita nel contratto di affiliazione commerciale.

1.13. Pertanto, deve rigettarsi l'eccezione di compromesso con riferimento alla domanda proposta dalla Cavamarket s.p.a. e coltivata dal Fallimento.

2. Riguardo alla domanda riconvenzionale dell'opponente, va ribadito il principio di diritto consolidato secondo cui: «L'accertamento di un credito nei confronti del fallimento è devoluta alla competenza esclusiva del giudice delegato ex artt. 52 e 93 l. fall. con la conseguenza che, ove la relativa azione sia proposta nel giudizio ordinario di cognizione, deve esserne dichiarata d'ufficio, in ogni stato e grado, anche nel giudizio di cassazione, l'inammissibilità o l'improcedibilità, a seconda che il fallimento sia stato dichiarato prima della proposizione della domanda o nel corso del giudizio, trattandosi di una questione "litis ingressus impediens", con l'unico limite preclusivo dell'intervenuto giudicato interno, laddove la questione sia stata sottoposta od esaminata dal giudice e questi abbia inteso egualmente pronunciare sulla domanda di condanna rivolta nei confronti del fallimento, e del giudicato implicito, ove l'eventuale nullità derivante da detto vizio procedimentale non sia stata dedotta come mezzo di gravame avverso la sentenza che abbia deciso sulla domanda, ciò in ragione del principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione ed in armonia con il principio della ragionevole durata del processo» (Cass. civ. Sez. III Sent., 04/10/2018, n. 24156, v. anche Sez. 2 - , Sentenza n. 26993 del 26/11/2020).

2.1. Pertanto, ne è qui dichiarata l'improcedibilità della domanda riconvenzionale.





3. Deve essere affrontata in via prioritaria anche la questione afferente al disconoscimento operato dall'opponente nell'atto di citazione.

3.1. Si rammenta che « Il disconoscimento della propria sottoscrizione, ai sensi dell'art. 214 c.p.c., deve avvenire in modo formale ed inequivoco essendo, a tal fine, inidonea una contestazione generica oppure implicita, perché frammista ad altre difese o meramente sottintesa in una diversa versione dei fatti; inoltre, la relativa eccezione deve contenere specifico riferimento al documento e al profilo di esso che viene contestato, sicché non vale, ove venga dedotta preventivamente, a fini solo esplorativi e senza riferimento circoscritto al determinato documento, ma con riguardo ad ogni eventuale produzione in copia che sia stata o possa essere effettuata da controparte» (Cass. Sez. 5 - , Ordinanza n. 17313 del 17/06/2021 e Sez. 2 - , Sentenza n. 1537 del 22/01/2018).

3.2. Nel caso di specie la parte opponente, dopo avere illustrato i principi giurisprudenziali elaborati in merito al valore probatorio della fattura, ha affermato «*il sig. IOVINE, nella qualità, comunque, disconosce espressamente, ai sensi dell'art. 214 c.p.c. ogni sottoscrizione in calce ad atti come propria e ad egli riferibile*».

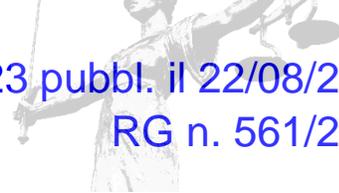
3.3. Dunque, il disconoscimento è inefficace, non essendo stati indicati documenti disconosciuti.

4. Può ora passarsi al merito della domanda di condanna avanzata dall'opposta.

4.1. L'opponente assume la **nullità della fideiussione** rilasciata dal socio accomandatario, perché costui «*risponde con i propri beni della insolvenza della società, sicché non è concepibile che lo stesso soggetto possa, ai sensi dell'art. 1936 c.c., essere considerato terzo rispetto alla propria posizione di debitore*».

4.2. Tale assunto è stata smentito dalla giurisprudenza di legittimità alla quale la scrivente aderisce: «il socio di una società di persone, ancorché illimitatamente responsabile, può validamente prestare fideiussione in favore della società, giacché questa, pur se sprovvista di personalità





giuridica, costituisce un distinto centro di interessi e d'imputazione di situazioni sostanziali e processuali, dotato di una propria autonomia e capacità rispetto ai soci stessi; la predetta garanzia rientra, infatti, tra quelle prestate per le obbligazioni altrui secondo l'art. 1936 c.c., non sovrapponendosi alla garanzia fissata "ex lege" dalle disposizioni sulla responsabilità illimitata e solidale, potendo sussistere altri interessi che ne giustificano l'ottenimento in capo al creditore sociale, quali, ad esempio, l'interesse a che il socio resti obbligato anche dopo la sua uscita dalla società, o quello di potersi avvalere di uno strumento di garanzia autonomo, svincolato tra l'altro dal limite, sia pure destinato ad operare solo in fase di esecuzione, del "beneficium excussionis" di cui all'art. 2304 c.c. In tale situazione il socio, il quale sia stato escusso quale fideiussore e, nella qualità, abbia provveduto al pagamento del debito sociale, è legittimato all'esercizio dell'azione di regresso ex art. 1950 c.c. contro la società» (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 7139 del 22/03/2018 e Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4528 del 26/02/2014).

4.3. D'altro canto, la coesistenza in capo allo stesso soggetto delle qualità di debitore e fideiussore (ciò vale anche per la F.lli Iovine s.a.s.) non comporta l'estinzione della garanzia, visto il disposto dell'art. 1255 cod. civ. a mente del quale «Se nella medesima persona si riuniscono le qualità di fideiussore e di debitore principale, la fideiussione resta in vita, purché il creditore vi abbia interesse».

5. Nel caso di specie l'interesse della creditrice è palesato oltre che dal superamento della clausola compromissoria in riferimento alla pretesa di pagamento del corrispettivo, anche dalla peculiarità del regolamento negoziale previsto nella scrittura del 2002, che deroga alla disciplina codicistica della fideiussione.

5.1. Infatti, nel negozio in parola i fideiussori hanno: dispensato la creditrice dall'osservanza del termine di decadenza di cui all'art. 1957 cod. civ.; derogato all'art. 1939 cod. civ., pattuendo l'efficacia della garanzia anche in caso di invalidità dell'obbligazione principale e stabilito che il





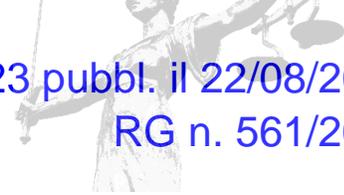
pagamento dei fideiussori fosse dovuto “a semplice richiesta scritta” anche in caso di opposizione da parte dei debitori.

5.2. Gli elementi descritti depongono nel senso dell'autonomia della garanzia prestata, con ricorrenza della fattispecie del contratto autonomo di garanzia, invocata dall'opposta, giacchè «in materia di contratto autonomo di garanzia, la previsione, nel testo contrattuale, della clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" fa presumere l'assenza dell'accessorietà della garanzia, la quale, tuttavia, può derivarsi, in mancanza di essa, anche dal tenore dell'accordo (...)» (Cass. Sez. 3 - , Sentenza n. 15091 del 31/05/2021).

5.3. La qualificazione del negozio nei termini di contratto autonomo di garanzia preclude al garante di sollevare eccezioni afferenti al rapporto sottostante. È noto che il garante autonomo può opporre al beneficiario solo *«le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia (Cass. n. 3326/2002 cit.) ovvero al rapporto garante/beneficiario (Cass. n. 6728/2002, sul diritto del garante di opporre al beneficiario la compensazione legale per un credito vantato direttamente nei suoi confronti); il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito (Cass. n. 10652/2008, in motivazione, "trattandosi pur sempre di un contratto (di garanzia) la cui essenziale - quindi inderogabile - funzione è quella di garantire un determinato adempimento"); la nullità del contratto- base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta (Cass. n. 3326/2002; n. 26262/2007; n. 5044/2009); sia proponibile la cd. exceptio doli generalis seu presentis, perché risulta evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa (nel senso che il garante non è autorizzato ad effettuare pagamenti arbitrariamente intimatigli, a pena di perdita del regresso nei confronti del debitore principale: Cass. n. 10864/1999; n. 917/1999; n. 5997/2006; in generale, sull'obbligo del garante di opporre l'exceptio doli a protezione del garantito dai possibili abusi del beneficiario, Cass. n. 10864/1999; n. 5997/2006; n. 23786/2007; n. 26262/2007; sull'obbligo del garante di fornire la prova certa ed incontestata dell'esatto adempimento del debitore ovvero della nullità del contratto garantito o illiceità della sua causa: Cass. n. 3964/1999; n. 10652/2008»* (Sez. U, Sentenza n. 3947 del 18/02/2010) .

5.4. Ciò sarebbe sufficiente a rigettare l'opposizione.





6. Invero, anche escludendo che il negozio stipulato tra le parti sia qualificabile come contratto autonomo di garanzia, l'opposizione sarebbe comunque da rigettare, poiché la combinazione delle clausole contrattuali illustrate configura, se non altro, una clausola *solve et repete*, in quanto la previsione del pagamento in capo ai fideiussori a semplice richiesta, anche in caso di opposizioni del debitore postula che i garanti non possano spiegare opposizione se non dopo avere pagato (sulla validità di questa clausola, v. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4446 del 21/02/2008).

7. Solo per completezza va evidenziato che, anche prescindendo dalle due ultime statuizioni, dal tenore delle difese formulate nell'atto di citazione nemmeno è dato ricavare la formulazione dell'eccezione di inadempimento, come tale idonea a far ricadere sul creditore l'onere della prova (v. S.U. 13533/2001).

7.1. Infatti, la parte opponente si è limitata a dare conto di quale sia efficacia probatoria della fattura commerciale nel giudizio di opposizione a d.i. senza però specificamente contestare di avere ricevuto le forniture né l'ammontare del corrispettivo; anzi essa stessa opponente ha prodotto e si è, quindi, avvalsa delle fatture commerciali emesse dall'opposta nei suoi confronti per gli anni dal 2006-2008.

7.2. Una difesa siffatta è radicalmente incompatibile con la contestazione dell'esecuzione delle forniture, alla luce anche del quadro dei rapporti tra le parti, per cui «quando il rapporto contrattuale non sia contestato tra le parti, la fattura può costituire un valido elemento di prova e non un mero indizio quanto alla prestazione ivi eseguita, specie nell'ipotesi in cui il debitore abbia accettato senza contestazioni le fatture stesse nel corso dell'esecuzione del rapporto» (Cass. civ. Sez. III, 15/05/2018, n. 11736).

7.3. A ogni modo va ribadito che «in materia di prova civile, la generica deduzione di assenza di prova senza negazione del fatto storico non è equiparabile alla specifica contestazione di cui all'art. 115 c.p.c.» (Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 17889 del 27/08/2020).

8. L'opposizione è, quindi, rigettata e il decreto ingiuntivo dichiarato





definitivamente esecutivo

9. Le spese seguono al totale soccombenza degli opposenti (la fase istruttoria è liquidata al di sotto dei medi, dal momento che non è stata assunta nessuna prova).

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

A) Rigetta l'opposizione e dichiara la definitiva esecutività del d.i. opposto;

B) Dichiara l'improcedibilità della domanda riconvenzionale;

C) Condanna gli opposenti in solido tra loro a rimborsare al Fallimento Cavamarket s.p.a. le spese di lite, che si liquidano in € 11.300,00 per compensi d'avvocato, oltre rimborso forfetario del 15% sull'importo dei compensi, c.p.a. e i.v.a., come per legge, da distrarsi a favore del procuratore, dichiaratosi antistatario.

21 agosto 2023

La Giudice
dott. Grazia Roscigno

Arbitrato Italia

