

Civile Sent. Sez. 1 Num. 1186 Anno 2020

Presidente: BISOGNI GIACINTO

Relatore: AMATORE ROBERTO

Data pubblicazione: 21/01/2020

SENTENZA

sul ricorso n. 7868-2015 r.g. proposto da:

MORO ERNESTO (cod. fisc. MRORST54B24D969R), MORO GIORGIA (cod. fisc. MROGRG60A62D969R) e MORO LUDOVICA (cod. fisc. MROLVC56B54D969X), in proprio e nella qualità di eredi di CLARA DE SCALZI, tutti rappresentati e difesi, giusta procura speciale apposta a margine del ricorso, dall'Avvocato Riccardo Spagliardi e dall'Avvocato Luigi Manzi, presso il cui studio sono tutti elettivamente domiciliati in Roma, Via Federico Confalonieri n. 5.

- **ricorrenti** -

2392
2019



contro

EFFE.COM s.r.l. Iniziative Commerciali (cod. fisc. 10332750156), con sede in Milano, alla via N. Battaglia n. 12, in persona del legale rappresentante *pro tempore* Dott. Mario Giambelli, rappresentata e difesa, giusta procura speciale apposta in calce al controricorso, dagli Avvocati Stefano Carmini e Daniela Zamboni, ed elettivamente domiciliata in Roma, alla Via Crescenzo n. 91, presso lo studio dell'Avvocato Zamboni.

- controricorrente -

avverso la sentenza della Corte di Appello di Milano, depositata in data 7 agosto 2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 3/7/2019 dal Consigliere dott. Roberto Amatore;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Stanislao De Matteis, che ha chiesto accogliersi il primo motivo e dichiarati assorbiti i restanti motivi;

udito, per i ricorrenti, l'Avv. Riccardo Spagliardi, che ha chiesto accogliersi il proprio ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avv. Claudio Lucisano, che ha chiesto respingersi l'avverso ricorso.

FATTI DI CAUSA

1. Con la sentenza impugnata la Corte di Appello di Milano - decidendo sull'appello proposto da EFFE.COM s.r.l. Iniziative commerciali nei confronti di ERNESTO MORO, GIORGIA MORO e LUDOVICA MORO (quest'ultimi anche nella qualità di eredi di CLARA DE SCALZI), in relazione alla sentenza n. 12372/2008 emessa in data 22.10.2008 dal Tribunale di Milano (con la quale era stata dichiarata illegittima l'escussione da parte di EFFE.COM s.r.l. della garanzia bancaria prestata in favore di quest'ultima da parte dell'allora SANPAOLO IMI s.p.a. e per l'effetto la predetta società EFFE.COM s.r.l. era stata condannata al pagamento in favore di ERNESTO MORO e di CLARA DE



SCALZI della somma pari ad euro 300.000, oltre interessi a far data dal 29.1.2008) – ha accolto l'appello principale svolto da EFFE.COM s.r.l., condannando gli appellati alla restituzione, in via solidale, della predetta somma, rigettando, peraltro, l'appello incidentale in punto di maturazione degli interessi dovuti.

La corte del merito ha, in primo luogo, ricordato, quanto agli elementi fattuali della controversia, che : a) con contratto preliminare del 27.7.2004 ERNESTO MORO e ~~CL~~ CLARA DE SCALZI avevano promesso di cedere a EFFE.COM s.r.l. le loro quote di partecipazione nella società REPUBBLICA s.n.c. di Clara De Scalzi; b) le parti contrattuali avevano inoltre previsto, per alcuni eventi espressamente indicati nel menzionato contratto di cessione di quote (e segnatamente alla clausola 2.06), che i promittenti venditori ottenessero da un primario istituto di credito il rilascio in favore della promissaria acquirente di una garanzia autonoma a prima richiesta, di durata quinquennale per un ammontare di euro 300.000, per i primi due anni e per euro 150.000 per il triennio successivo, come garanzia per gli eventuali obblighi di indennizzo (anche per eventuali passività fiscali); c) in data 11.10.2004 i cedenti, in attuazione di specifica clausola contrattuale, avevano trasformato la società REPUBBLICA s.n.c. di Clara De Scalzi in una società a responsabilità limitata; d) nella successiva data del 16.11.2005, le parti contrattuali avevano dato esecuzione all'accordo preliminare, trasferendo definitivamente le quote promesse in vendita al prezzo complessivo di euro 8.050.000; e) diversi mesi dopo la conclusione del contratto definitivo di cessione, e precisamente in data 29.7.2005, la controllante EFFE.COM s.r.l. e la controllata (in via totalitaria) REPUBBLICA s.r.l. avevano deliberato la fusione, che veniva attuata in data 16.11.2005, con atto trascritto, ai fini immobiliari, nei pubblici registri dell'Agenzia per il territorio di Firenze in data 13.12.2005; f) il successivo 22.5.2006 la LIBRERIA EDISON s.r.l., conduttrice dell'immobile fiorentino di proprietà sociale (prima della società REPUBBLICA s.n.c. di Clara De Scalzi e REPUBBLICA s.r.l., e, poi, in seguito alla cessione delle quote, della EFFE.COM s.r.l.), aveva denunciato giudizialmente la violazione dell'art. 38 della l. n. 392/1978, posto che, con la predetta fusione, si era determinato

il trasferimento della proprietà del bene immobile, già locato alla società LIBRERIA EDISON s.r.l. alla società EFFE.COM srl, senza che quest'ultima avesse previamente comunicato tale operazione negoziale alla LIBRERIA EDISON s.r.l. per consentire a quest'ultima l'esercizio della prelazione legale prevista dalla norma da ultimo citata; g) ritenendo la società LIBRERIA EDISON s.r.l. ancora pendente il termine semestrale per l'esercizio del diritto di riscatto di cui all'art. 39 della l. n. 392/78 (sulla base della considerazione che il predetto termine decorresse dall'atto di fusione, che aveva determinato anche il contestato trasferimento immobiliare), la società LIBRERIA EDISON s.r.l. conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Firenze, la EFFE.COM s.r.l., per esercitare nei confronti di quest'ultima il diritto di riscatto e, in via subordinata, per il risarcimento del danno, nella ipotesi di ritenuta tardività dell'esercizio della menzionata prelazione legale; h) in data 14.6.2006 la EFFE.COM s.r.l. comunicava a ERNESTO MORO e a CLARA DE SCALZI la notizia della azione giudiziale sopra descritta e successivamente, dopo vari tentativi di bonario componimento della vicenda, escuteva la garanzia bancaria in data 13.11.2006, presso l'allora SANPAOLO IMI s.p.a., che provvedeva al pagamento tramite la vendita dei titoli depositati dagli odierni ricorrenti presso l'istituto di credito; i) nel successivo contenzioso giudiziale instauratosi tra le parti innanzi al tribunale ambrosiano, la difesa di ERNESTO MORO e di CLARA DE SCALZI evidenziava che la trasformazione societaria di società REPUBBLICA s.n.c. di Clara De Scalzi in società di capitali e il negoziato trasferimento delle quote non avevano invero determinato alcun trasferimento immobiliare e che comunque la fusione (cui anche la società LIBRERIA EDISON s.r.l. aveva collegato, nel parallelo contenzioso giudiziale instaurato nei confronti di EFFE.COM s.r.l., la violazione della detta prelazione legale) era intervenuta successivamente alla conclusione dell'affare di trasferimento delle quote e, dunque, non poteva generare alcun profilo di responsabilità contrattuale a carico degli odierni ricorrenti e, di conseguenza, la necessità di copertura indennitaria, tramite la garanzia bancaria, così illegittimamente escussa; l) la difesa di EFFE.COM s.r.l. aveva invece evidenziato che il ricorso locatizio presentato dalla LIBRERIA EDISON s.r.l. aveva descritto la complessa

operazione contrattuale, sopra tratteggiata, come un negozio indiretto concluso in frode alla legge, perché volto, nell'intenzione dei cedenti le quote, ad eludere la prelazione legale, di cui al predetto art. 38, e che, dunque, le pretese anche risarcitorie avanzate dalla LIBRERIA EDISON s.r.l. dovevano ritenersi ancorate agli obblighi e alle garanzie discendenti dal contratto di cessione di quote, per le quali operava ancora la garanzia prestata "a prima richiesta" dall'istituto di credito.

La corte territoriale, sulla base della sopra esposta ricostruzione fattuale della vicenda contrattuale intercorsa tra le parti, ha, in primo luogo, qualificato il contratto di garanzia prestato dall'istituto di credito non già come fideiussione (come ritenuto dal giudice di prima istanza), ma come contratto autonomo di garanzia, come tale scollegato funzionalmente dal rapporto contrattuale sottostante, e cioè dal contratto preliminare di cessione delle quote (tra le cui clausole era stata prevista anche la prestazione della garanzia), e ciò sulla base dell'evidente considerazione che il paragrafo 4 del contratto presentava tutti gli elementi della clausola di garanzia a prima richiesta, riportando la rinuncia espressa all'applicazione degli artt. 1945, 1955 e 1957 cod. civ., e venendo così meno quel rapporto di accessorietà tra garanzia e debito garantito, che caratterizza e qualifica invece la fideiussione. La corte di merito ha, inoltre, evidenziato che, pur integrando la garanzia in questione una clausola a prima richiesta, il comportamento adottato da EFFE.COM s.r.l., all'atto di escutere la garanzia bancaria, dovesse, tuttavia, ritenersi fraudolento, in quanto : 1) Moro e De Scalzi erano totalmente ignari della fusione societaria, avvenuta un anno dopo la cessione delle quote e, peraltro, estranei alla controversia locativa instauratasi tra LIBRERIA EDISON s.r.l. e EFFE.COM s.r.l.; 2) la richiesta risarcitoria era stata collegata dalla società LIBRERIA EDISON s.r.l. alla fusione societaria e non già alla cessione e, dunque, ad un atto, al quale Moro e De Scalzi erano rimasti del tutto estranei; 3) le pretese della LIBRERIA EDISON s.r.l. erano comunque collegate alla mancata *denuntiatio* da parte della EFFE.COM s.r.l. e non già dei cedenti le quote. La corte ha, tuttavia, evidenziato che gli odierni ricorrenti avevano rinunciato, ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ., a sollevare l'*exceptio doli* e che, pertanto, in

applicazione dell'art. 112, codice di rito, la condotta abusiva in autotutela della EFFE.COM s.r.l. non potesse essere rilevata, con ciò determinando l'accoglimento del gravame.

2. La sentenza, pubblicata il 7 agosto 2014, è stata impugnata da ERNESTO MORO, GIORGIA MORO e LUDOVICA MORO, anche nella qualità di eredi di Clara De Scalzi, con ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, cui EFFE.COM s.r.l. ha resistito con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la parte ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, comma primo, n. 3, cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1936, 1950 e 2033 cod. civ.

1.1 Osserva la parte ricorrente che la corte di merito - dopo aver correttamente evidenziato il comportamento fraudolento e contrario a buona fede della società EFFE.COM s.r.l., nell'escussione della garanzia autonoma prestata dall'istituto bancario - aveva disatteso la domanda di restituzione dell'indebito (invece riconosciuta in primo grado), sulla base dell'erronea convinzione della rinuncia, ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ., alla relativa *exceptio doli* in sede di appello. Si osserva che gli odierni ricorrenti avevano agito in rivalsa per ottenere la restituzione delle somme oggetto della garanzia, essendo il pagamento effettuato dalla banca non dovuto in ragione del corretto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto contrattuale nei confronti della beneficiaria del pagamento e, cioè, della EFFE.COM s.r.l.. Sostiene, pertanto, la difesa dei ricorrenti che risulta irrilevante scrutinare la qualificazione giuridica del contratto di garanzia intercorso tra le parti, accertare, cioè, se si tratti di una fideiussione ovvero di un contratto autonomo di garanzia a prima richiesta, in quanto il garante sarebbe sempre tenuto al pagamento. Del pari, sarebbe irrilevante verificare se l'istituto bancario avesse sollevato l'*exceptio doli*, in quanto non solo il rapporto tra la banca e la EFFE.COM s.r.l. esula dall'odierno *thema decidendum*, ma anche perché gli odierni ricorrenti avevano agito dopo che EFFE.COM s.r.l. aveva illegittimamente escusso la

garanzia e, dunque, al solo scopo di ripetere quanto illegittimamente pagato al beneficiario della garanzia.

1.2 Osservano, ancora, i ricorrenti che la motivazione impugnata viola apertamente il disposto normativo di cui agli artt. 1936, 1950 e 2033 cod. civ. e l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui il debitore, a differenza del garante, non può opporre la *exceptio doli* e, una volta escussa illegittimamente la garanzia, può invece agire con l'*actio indebiti* ex art. 2033 cod. civ. nei confronti dell'*accipiens*, cioè del creditore beneficiario.

Si osserva che la differenza operativa più rilevante tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia non riguarda – secondo gli insegnamenti di questa Corte – il momento del pagamento (cui anche il fideiussore “atipico” può essere tenuto immediatamente a semplice richiesta del creditore), ma attiene al regime delle azioni di rivalsa, dopo l'avvenuto pagamento. Si evidenzia ancora che, con il contratto autonomo di garanzia, si “autonomizza” il rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, contrariamente a quanto accade per la fideiussione tipica, con la conseguenza che se il fideiussore paga un debito già estinto, per remissione, per pagamento ovvero per altra causa, non può esercitare azione di regresso nei confronti del debitore principale; sarà il debitore principale, vittoriosamente escusso dal garante che abbia pagato al beneficiario, ad agire in rivalsa, se il pagamento non era dovuto alla stregua del rapporto di base, sulla base del rapporto di valuta, nei confronti del beneficiario che ha ricevuto dal garante una prestazione non dovuta, mentre la stessa azione di rivalsa del garante verso il debitore ordinante viene esclusa quando il primo abbia adempiuto nonostante disponesse di prove evidenti della malafede del beneficiario, salva la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ.. Si osserva, ancora, che i ricorrenti avevano agito in via di rivalsa nei confronti di EFFE.COM s.r.l. per ripetere quanto ricevuto dal garante, trattandosi di prestazione non dovuta, e che la corte di merito aveva errato nell'accogliere l'appello della società EFFE.COM s.r.l., essendo nel presente giudizio del tutto irrilevante la circostanza della proposizione o meno della

exceptio doli, trattandosi di domanda restitutoria in conseguenza della illegittima escussione della garanzia.

2. Con il secondo motivo si denuncia, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., nullità della sentenza per violazione e falsa applicazione della norma di cui agli artt. 112, 345 e 346 cod. proc. civ.. Osservano i ricorrenti che la corte di appello sarebbe incorsa in vizio di extrapetizione, laddove aveva ritenuto rinunciata, in grado di appello, la proposizione dell'*exceptio doli* da parte degli appellati. Si evidenzia che gli odierni ricorrenti avevano proposto in primo grado un'azione di ripetizione dell'indebito e che pertanto non avevano neanche sollevato l'*exceptio doli* in quel grado, con la conseguenza che, in grado di appello, non avrebbero neanche potuto rinunciare ad una eccezione mai sollevata. Si evidenzia, inoltre, che la EFFE.COM s.r.l. non aveva neanche sollevato alcuna specifica doglianza nei confronti della sentenza di primo grado in riferimento alla predetta eccezione, tanto ciò è vero che l'eccezione in esame avrebbe dovuto essere sollevata dalla banca garante e non già dal debitore, e ciò, semmai, al momento della richiesta di escussione della garanzia, senza peraltro poterne fare condizione per l'esercizio dell'azione di restituzione dell'indebito.

3. Con il terzo motivo si articola, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., vizio di nullità della sentenza per omesso esame di un fatto storico oggetto di discussione delle parti, e cioè del profilo della cessazione della materia del contendere perché la controversia locatizia tra Libreria Edison e EFFE.COM s.r.l. si era risolta in senso favore^{vole} per quest'ultima, risultando, dunque, viepiù arbitraria l'escussione della garanzia da parte della beneficiaria.

4. Con il quarto motivo si denuncia, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., violazione di legge in relazione agli artt. 752 e 754 cod. civ., in riferimento alla proporzione di debito assegnato ad ogni coerede della Scalzi.

5. Il ricorso è fondato.

5.1 Possono essere esaminati congiuntamente i primi due motivi di ricorso, che sono fondati per le ragioni qui di seguito precisate.

5.1.1 La parte ricorrente ritiene superfluo l'accertamento della qualificazione giuridica della garanzia prestata dall'istituto di credito come contratto autonomo di garanzia in favore della EFFE.COM s.r.l., anziché come fideiussione, con le conseguenze giuridiche che ne conseguono in ordine, in primo luogo, alla mancanza di accessorietà della garanzia in riferimento al debito garantito e, non secondariamente, al regime di eccezioni opponibili dal garante e dal debitore garantito nei confronti del beneficiario.

Tale affermazione non è convincente e merita le precisazioni che seguono.

Sul punto è necessario ricordare che, secondo la giurisprudenza di vertice espressa da questa Corte (cfr. Sez. U, Sentenza n. 3947 del 18/02/2010), il contratto autonomo di garanzia (cd. Garantievertrag), espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 cod. civ., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore (cfr. anche Sez. 3, Ordinanza n. 30181 del 22/11/2018).

Ne consegue che - al fine della qualificazione del contratto autonomo di garanzia - l'esclusione della legittimazione del debitore principale a chiedere che il garante opponga al garantito le eccezioni scaturenti dal rapporto principale e la rinuncia ad opporre eccezioni da parte del garante che, dopo il pagamento, abbia agito in regresso, costituiscono indici di una deroga alla normale accessorietà della garanzia fideiussoria, nella quale invece il garante ha l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell'art. 1952, secondo comma, cod. civ., all'evidente scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far valere nei confronti del creditore (cfr. anche Sez. 3, Sentenza n. 15108 del 17/06/2013).

È stato, altresì, precisato che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cd. *Garantievertrag*), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (cfr. sempre ez. U, Sentenza n. 3947 del 18/02/2010, *cit. supra* ; v. anche Sez. 3, Sentenza n. 22233 del 20/10/2014).

5.1.2 E' stato, inoltre, osservato sempre dalla giurisprudenza di questa Corte che, in tema di contratto autonomo di garanzia, in ragione dell'assenza dell'accessorietà propria della fideiussione, il garante non può opporre eccezioni riguardanti il rapporto principale, salva l'esperibilità del rimedio generale dell'"exceptio doli", potendo però sollevare nei confronti del creditore eccezioni fondate sul contratto di garanzia (cfr. Sez. 3, Ordinanza n. 31956 del 11/12/2018).

5.1.3 Ciò posto in termini generali, non può sfuggire come dalla qualificazione giuridica della garanzia prestata come fideiussione ovvero come contratto autonomo di garanzia discendano (come, peraltro, avvenuto anche nel caso di specie) conseguenze rilevanti in ordine al regime di opponibilità delle eccezioni sollevabili dal garante e dal debitore principale. Orbene, la corte di merito ha qualificato la garanzia come contratto autonomo di garanzia a prima richiesta, con la conseguenza - come

inevitabile corollario – che anche, nell'azione di pagamento dell'indebito esperita (come nel caso in esame) dal debitore garantito ex art. 2033 cod. civ. nei confronti del beneficiario del pagamento rilevi solo il profilo dell'eventuale condotta fraudolenta ed abusiva di quest'ultimo e, dunque, l'esperibilità del rimedio generale dell'*exceptio doli*, e ciò proprio perché la fraudolenza dell'escussione della garanzia da parte del beneficiario qualifica come indebito (e, dunque, non dovuto) il pagamento di cui si richiede, ora, la restituzione.

5.2 Ciò premesso, il motivo, così come prospettato nella seconda censura del ricorso, risulta, pertanto, fondato.

Sul punto in discussione, giova ricordare che, secondo la giurisprudenza espressa da questa Corte, la decadenza di cui all'art. 346 cod. proc. civ. riguarda le domande e le eccezioni in senso proprio non riproposte in sede di appello, e non anche le mere argomentazioni giuridiche, ovvero le questioni di fatto e di diritto addotte a sostegno delle medesime, che devono viceversa ritenersi implicitamente richiamate con la semplice istanza di rigetto dell'impugnazione da parte dell'appellato, anche se esse si fondano sulla deduzione di particolari fatti e sulla loro interpretazione. Il medesimo principio vale anche per la riconduzione di un rapporto ad una determinata norma o ad un fatto specifico, atteso che neppure in tal caso la mancata, espressa riproposizione della tesi difensiva implica rinuncia alcuna all'originario "petitum" sì come svolto in primo grado (Cass., Sez. 3, Sentenza n. 1277 del 21/01/2005).

Ed invero, non sussiste la violazione dell'art. 346 c.p.c., dovendosi escludere un onere specifico a carico della appellata vincitrice in primo grado di richiamare l'attenzione dei giudici di appello su tutti gli aspetti della condotta della controparte già dedotti in primo grado, ancorché per ipotesi diversamente valutati da quel giudice (cfr. Cass., Sez. 2, Sentenza n. 4322 del 06/04/2000).

Ciò posto, osserva la Corte come, nella fattispecie in esame, il tribunale avesse qualificato la garanzia come fideiussione ed avesse agganciato la illegittimità della escussione della stessa all'assenza di profili responsabilità del debitore principale in relazione alle obbligazioni discendenti dal contratto

preliminare di cessione delle quote, essendo intervenuta la fusione societaria tra EFFE.COM s.r.l. e Repubblica s.r.l. (e dunque anche il contestato trasferimento immobiliare da parte del conduttore dell'immobile già locato) in un momento successivo rispetto alla cessione delle quote.

Orbene, la corte di appello ha invece diversamente qualificato il rapporto di garanzia come clausola di garanzia a prima richiesta, con tutte le conseguenze sopra illustrate in relazione alla necessità di pagamento da parte del garante al di là di qualsiasi rapporto di accessorietà con il rapporto negoziale sottostante, con la sola eccezione dell'esperibilità dell'*exceptio doli* da parte del garante (e del debitore garantito).

Peraltro, va aggiunto come sia stata la stessa controricorrente ad evidenziare (cfr. pag. 28 controricorso) che gli odierni ricorrenti avevano espressamente contestato a pag. 13 dell'atto di citazione il "comportamento illecito, illegittimo ed arbitrario" ascrivibile alla EFFE.COM s.r.l. nell'escussione della garanzia. Di talché, non è dubitabile che la parte oggi ricorrente avesse, con l'istanza di rigetto dell'appello *ex adverso* proposto, insistito anche sulla questione dell'abusività della condotta di escussione della garanzia, trattandosi, peraltro, di questione di fatto meramente collegata ad argomentazioni giuridiche volte alla qualificazione del rapporto di garanzia in un senso ovvero nell'altro sopra chiarito.

Ne discende che la questione dell'arbitrarietà della condotta di escussione della garanzia, peraltro, positivamente (e correttamente) accertata da parte della corte di merito con motivazione esente da profili di criticità argomentativa, avrebbe dovuto condurre, come inevitabile conseguenza, ad altra soluzione decisoria rispetto a quella oggetto dell'odierna impugnativa. Occorre pertanto accogliere il primo e secondo motivo di ricorso, per come sopra precisato, e cassare la sentenza impugnata con rinvio alla corte territoriale per un nuovo giudizio che tenga presente i rilievi qui prospettati.

5.3 Il terzo e quarto motivo rimangono assorbiti.

Da ultimo, va disposto lo stralcio delle note di udienza versate in atti da parte della società controricorrente in quanto non è previsto processualmente tale deposito in sede di udienza di discussione.

La decisione sulle spese del presente giudizio è rimessa al giudice del rinvio.

P.Q.M.

accoglie il primo e secondo motivo di ricorso; dichiara assorbiti i restanti motivi; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione, cui demanda anche la decisione sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 3.7.2019