

contrarie offerte in propri atti di costituzione in giudizio e successive memorie, e le osservazioni del proprio ctp.....".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 28 giugno 2016, la [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t, nonché [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] e [REDACTED] in qualità di garanti della prima, esponevano:

- che la [REDACTED] era titolare presso la filiale di Grignano del [REDACTED] del contratto di conto corrente n [REDACTED]

- che [REDACTED], [REDACTED] e [REDACTED] avevano prestato fideiussione *omnibus* n [REDACTED] fino ad € 30.000,00 , nonché fideiussione specifica n [REDACTED] fino alla concorrenza di € 15.000,00;

- di avere dato incarico ad un proprio consulente di procedere al ricalcolo delle ragioni di debito e di credito tra le parti, riscontrando che la banca nel periodo compreso tra il III trimestre 2011 ed il I trimestre 2015, su tali rapporti aveva applicato illegittimamente interessi anatocistici e costi e spese non pattuiti formalmente, nonché in evidente violazione della normativa antiusura;

- che, peraltro, risultavano mancanti il contratto di corrispondenza del c/c per cui è causa e tutte le condizioni economiche applicate.

Sulla scorta di tali presupposti convenivano innanzi al Tribunale di Prato il [REDACTED] [REDACTED] per sentire accertare e dichiarare l'inesistenza e/o l'invalidità e la nullità del contratto di conto corrente, in particolare delle clausole riguardanti le condizioni economiche, e, per l'effetto, previa ricostruzione secondo legge del reale saldo di dare/avere tra le parti, per interessi usurari, spese, anatocismo da determinarsi mediante CTU contabile di cui faceva espressa richiesta.

Instaurato il contraddittorio, la Banca si costituiva in giudizio eccependo la irritalità della mediazione instaurata presso un organismo non ubicato nel circondario del Tribunale territorialmente competente ed evidenziando di essere creditrice di € 8348,55, quale saldo finale rapporto oggetto del giudizio, eccependo il relativo controcredito in compensazione.

Nel merito, contestava i presupposti di fatto e di diritto delle domande avversarie, evidenziando la carenza di prova e l'erroneità dei conteggi effettuati nella consulenza di parte attrice. Con la prima memoria depositata nel termine di cui all'art 183, comma VI, cpc, gli attori ulteriormente assumevano la liberazione dei garanti per avere concesso credito alla società, in violazione del principio di buona fede, ai sensi dell'art 1956 c.c.

Infine, disposta ed espletata CTU per verificare i dati contabili oggetto di contestazione, all'udienza del 17 dicembre 2021 la causa era riservata in decisione sulle conclusioni in epigrafe trascritte, con concessione alle parti dei termini di cui all'art 190 cpc.

Solo in comparsa conclusionale, infine, hanno prospettato la nullità delle fideiussione prestate per violazione dell'art 2, comma 2, lettera A legge 287/1990.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. ECCEZIONI PROCESSUALI

In primo luogo, deve essere disattesa l'eccezione di improcedibilità della domanda sollevata dalla convenuta sul presupposto che il tentativo obbligatorio di conciliazione è stato effettuato presso la sede di un organismo non rientrante nel circondario del giudice territorialmente competente. Sul punto, si osserva che l'art.4 del D.L.vo n.28/2010 effettivamente prevede che la domanda di mediazione sia presentata "mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice competente per la controversia." La previsione è stata introdotta dall'art. 84, comma 1, lett. a) del D.L.21 giugno 2013 n.69 (c.d. decreto del fare), convertito con modificazioni in L. 9 agosto 2013 n. 98, in vigore a decorrere dal 21.9.2013 ed è pertanto applicabile al

presente giudizio, nella parte in cui pone una corrispondenza tra luogo dell'organismo di mediazione e luogo del giudice competente nel senso di collegare la localizzazione dell'organismo amministrativo al foro della controversia e non viceversa. Il meccanismo legislativo presuppone, in effetti, che sia individuato il foro giudiziale, secondo le regole processuali sulla competenza, e quindi sia individuato l'organismo cui accedere in fase conciliativa (in questo senso cfr Cass. ord. n.17480/2015, seppure relativa a controversia di diversa natura). In coerenza con la finalità deflattiva, si pone la indicazione che l'organismo di mediazione debba aver sede "nel luogo del giudice competente per la controversia", riportandosi quindi ai principi che determinano la competenza e che, sotto il profilo territoriale, individuano in via principale il luogo di residenza/domicilio/sede del convenuto, sì da consentirne la sua effettiva partecipazione senza oneri eccessivi.

Di conseguenza, il preventivo esperimento della mediazione presso la sede di un organismo in luogo diverso da quello del giudice competente per la controversia, in astratto, può apparire inidoneo a soddisfare la condizione di procedibilità della domanda.

Purtuttavia, ai fini della integrazione di tale condizione di procedibilità occorre ulteriormente osservare che, trattandosi di eccezione correlata alla questione di competenza, è onere della parte contestare tutti i potenziali criteri di competenza concorrenti, come pacificamente affermato per le questioni di competenza. Inoltre, a fronte della eccezione, parte attrice ha evidenziato che l'organismo di mediazione presso il quale è stata depositata la domanda di mediazione, ha sede anche a Prato, e tale circostanza non è stata oggetto di contestazioni.

Sul punto, si ricorda, è intervenuta la circolare del Ministero della Giustizia del 27 novembre 2013 che ha chiarito che *"la individuazione dell'organismo di mediazione competente a ricevere l'istanza va fatta tenuto conto del luogo ove lo stesso ha la sede principale o le sedi secondarie; condizione necessaria è che le suddette sedi siano state regolarmente comunicate a questa amministrazione*



ed oggetto di provvedimento di iscrizione”. Si noti che, con riferimento alla disciplina originaria del D. Lgs. 28/2010, il Ministero aveva fornito una indicazione diversa, segnalando che *«le domande di mediazione vanno presentate alla sede legale dell'organismo, gli incontri di mediazione invece si possono svolgere presso le sedi operative»*.

E, alla luce dei chiarimenti forniti dal Ministero con la circolare 27 novembre 2013 è stato quindi ritenuto sufficiente che nel circondario del Tribunale territorialmente competente per la controversia si trovi una sede secondaria dell'organismo di mediazione, regolarmente comunicata e iscritta presso il dicastero della giustizia, perché il procedimento possa considerarsi correttamente radicato presso di essa.

D'altra parte, sin dai primi commenti alla disciplina, è stato anche segnalato come debba essere anche in dubbio la tesi dell'assenza di preclusioni alla deduzione dell'incompetenza dell'organismo di mediazione, ove si consideri che anche il procedimento di mediazione, dopo le modifiche introdotte dall'art. 84 del d.l. 69/2013, ha una precisa scansione. Ai sensi dell'art. 5, comma 2 bis, D. Lgs. 28/2010 infatti un momento della fase di mediazione, quello del primo incontro davanti al mediatore, è dedicato a valutare se sussistano le condizioni perché essa possa proseguire proficuamente, anche al fine di contenere i costi della procedura. In quel frangente le parti dovranno allora rendere nota la loro eventuale disponibilità ad una soluzione transattiva ma anche, e ciò vale soprattutto per la parte convocata, l'esistenza di eventuali impedimenti (giustificato motivo di assenza, assenza del difensore o incompetenza per territorio dell'organismo di mediazione) alla loro partecipazione effettiva alla mediazione. Così facendo esse avranno modo di rimuovere l'ostacolo eventualmente verificatosi poiché, a seconda della sua natura, la parte priva di difensore potrà nominarlo entro una successiva seduta, quella impossibilitata a partecipare di persona potrà ottenere un rinvio e quella che avesse rilevato l'incompetenza del mediatore



darà di fatto alla controparte la possibilità di aderire all'eccezione riattivando il procedimento presso l'organismo territorialmente competente .

La parte che invece rimanga inerte e silente in fase di mediazione, assumendo così una posizione assimilabile a quella del contumace in giudizio, si è sostenuto, non avrà diritto a far valere in sede giudiziale l'illegittimità del procedimento di mediazione sotto uno qualsiasi dei predetti profili e potrà evitare solo le conseguenze previste dall'art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. 28/2010 se dimostrerà in giudizio la sussistenza di un giustificato motivo di assenza.

In tale prospettiva, deve ritenersi che , almeno formalmente, gli attori hanno posto in essere l'attività minima richiesta condizione di procedibilità della domanda, in coerenza con quanto puntualizzato dalla stessa S.C. laddove viene esclusa, a tal fine, la necessità di assicurare l'effettività della mediazione (*Cass., 17.3.2019, n 8473*).

2. *THEMA DECIDENDUM* E RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA

Nel merito, le domande della società attrice, alle quale sono correlate quelle dei garanti, sono solo in parte fondate e meritano accoglimento nei limiti delle argomentazioni che seguono.

Invero, le pretese della S.r.l. [REDACTED] [REDACTED] hanno ad oggetto l'accertamento degli effettivi saldi relativi ai rapporti di conto corrente di corrispondenza n 860 del 26 luglio 2011 , e l'eventuale ripetizione delle somme indebitamente corrisposte, sul presupposti della nullità delle clausole negoziali relative ai diversi contratti. Quanto al contratto di conto corrente, sembra opportuno richiamare preliminarmente principio ripetutamente affermato dalla S.C. quello secondo cui la mancata contestazione degli estratti conto, ai sensi dell'art 1832 c.c., rende incontestabili soltanto *"le registrazione a debito e credito nella loro realtà contabile, ma non anche l'efficacia e la validità dei rapporti sostanziali, così che non è precluso - in ipotesi- procedere ad un nuovo computo dei saldi, ferma l'entità delle singole voci contabilizzate* (*Cass, sez. VI, 20 Novembre*



2018, n. 30000; Cass. 22945/2010; Cass., 10692/2007), così che non è precluso – in ipotesi- procedere ad un nuovo computo dei saldi, ferma l'entità delle singole voci contabilizzate (Cass, sez. VI, 20 Novembre 2018, n. 30000; Cass. 22945/2010; Cass., 10692/2007). Nessuna specifica contestazione contabile è stata sollevata in ordine alle somme oggetto dei singoli addebiti in conto capitale, così che sotto questo profilo la documentazione prodotta è chiaramente idonea a sorreggere la pretesa azionata sicché – in difetto di specifiche contestazioni sull'inserimento di poste di credito non dovute (a titolo di capitale), si possono assumere i numeri debitori forniti dalla banca. Inoltre, nella ricostruzione dei saldi dovrà tenersi conto del principio affermato dalla S.C. (sentenza 2.5.2019, n 11543), secondo cui: *"..riscontrata la mancanza di una parte degli estratti conto, riportando il primo dei disponibili un saldo iniziale a debito del cliente, occorre distinguere il caso in cui il correntista sia convenuto da quello in cui sia attore in giudizio e, nella prima ipotesi l'accertamento del dare e avere può attuarsi con l'impiego di ulteriori mezzi di prova idonei a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto; possono inoltre valorizzarsi quegli elementi, quali ad esempio le ammissioni del correntista stesso, idonei quantomeno ad escludere che, con riferimento al periodo non documentato da estratti conto, questi abbia maturato un credito di imprecisato ammontare (tale da rendere impossibile la ricostruzione del rapporto di dare e avere tra le parti per il periodo successivo), così che i conteggi vengano rielaborati **considerando pari a zero il saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti.."** Di conseguenza, entro tali limiti e con l'onere della prova conseguente, sussiste l'interesse attuale della società attrice all'accertamento delle nullità negoziali e dell'entità del credito conseguente, e tale interesse va riconosciuto anche in relazione alla posizione dei garanti, pure in assenza di domanda riconvenzionale da parte della banca convenuta. D'altra parte, il carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria consente al fideiussore di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano*



al debitore principale, ma non comporta l'attribuzione di una legittimazione sostituiva per proporre le azioni che competono a quest'ultimo nei confronti del creditore, neppure quando le stesse si riferiscano alla posizione debitoria per la quale è stata prestata la garanzia, ostandovi anche il principio generale sancito dall'art. 81 c.p.c., secondo cui, in mancanza di un valido titolo che consenta la sostituzione, legittimato ad agire in giudizio è solo il titolare dell'interesse leso (*Cass.,ord 04/12/2019, n 31653*).

Nel caso concreto, i garanti non hanno allegato, prima ancora che provato, di avere corrisposto somme a titolo di coobbligati, così che il loro interesse è circoscritto all'accertamento dell'entità del debito della debitrice principale, ovvero alla stessa inesistenza dell'obbligazione a carico dei coobbligati per la asserita invalidità delle stesse garanzie prestate.

3. NULLITA' PER DIFETTO DI FORMA SCRITTA

Tanto precisato, nel presente procedimento le domande proposte richiamano quali profili di invalidità concernenti il contenuto delle condizioni praticate, con particolare riferimento alle clausole relative alla previsione di tassi di interessi ultra-legali ed in contrasto con la legge n 108/1996 e s.m., alla capitalizzazione anatocistica, nonché ad ulteriori voci di costo applicate formalmente non concordate.

Come è noto, la forma scritta per la conclusione dei contratti relativi alle operazioni ed ai servizi bancari è stata imposta dall'art. 3 della legge 17 febbraio 1992, n. 154 – disciplina poi confluita nel d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (t.u.b.) e, segnatamente, nel relativo art. 117 –, con decorrenza, quindi, dall'entrata in vigore di detta norma. Le Sezioni Unite della Cassazione (*Cassazione Civile, SS.UU., sentenza 16/01/2018 n° 898*) hanno avuto modo di chiarire con specifico riferimento all'art. 23 T.U.F (che a pena di nullità prevede che "*i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti...*"), stabilendo che

trattasi di nullità per difetto di forma posta nell'interesse esclusivo del cliente, intesa ad assicurare a quest'ultimo, da parte dell'Intermediario, la piena indicazione degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione ed altro come specificamente indicato, considerato che è l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto. Il principio espresso dalle Sezioni Unite, seppur riferentesi a caso di contratto di intermediazione finanziaria, deve ritenersi applicabile anche ai contratti bancari, attesa la sostanziale identità di disciplina e di *ratio* di protezione del cliente degli artt. 23 T.U.F. e 117 T.U.B. a mente del quale "*i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti*", ponendo in tal modo in giusta evidenza, quale ulteriore requisito formale previsto dalla norma a pena di nullità, l'obbligo della banca di consegnare al cliente una copia del contratto sottoscritto. E' evidente, infatti, che le finalità di protezione del cliente sopracitate verrebbero frustrate se si ritenesse sufficiente per la banca raccogliere la sottoscrizione del cliente e dare esecuzione al contratto, senza fornire a quest'ultimo copia dello stesso. Nel caso in esame, tuttavia, la dedotta carenza dei requisiti di forma afferisce esclusivamente al contenuto delle clausole negoziali e non alla circostanza della omessa consegna della documentazione, che non è individuabile quale *causa petendi* dell'azione di nullità, ma è affermazione posta solo incidentale, peraltro contestata da controparte, e, comunque, non oggetto di richiesta istruttoria.

Con riferimento agli ulteriori profili di nullità formale, sulla scorta dei documenti prodotti, in presenza dei moduli sottoscritti dalle parti (quanto meno dal cliente, essendo superato l'orientamento della nullità dei c.d. contratti provi della sottoscrizione della banca) e prodotti in giudizio deve



concludersi la conformità delle clausole del contratto in esame alle disposizioni normative vigenti.

Risultano prodotti copia del contratto di conto corrente ordinaria n 860, sottoscritto in data 26 luglio 2011, contenente le relative condizioni, sul quale risultano concessi affidamenti in data 3 agosto 2011 (Nr 97731), 5 marzo 2013 (n 112879) e 25 settembre 2014 (n 323038). Tutti i rapporti risultano garantiti con fideiussione *omnibus*, sottoscritta da [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] sino a concorrenza di € 30.000,00, nonché da fideiussione specifica, sottoscritta nel marzo 2013 (in occasione del secondo affidamento, ma omettendo specifico riferimento al rapporto garantito), fino a concorrenza di € 15.000,00. Risultano altresì prodotti, e comunque acquisiti per il periodo successivo marzo 2014/marzo 2015, copia degli estratti conto/riassunti scalari del periodo III trimestre 2011 -marzo 2015. Per il rapporto principale, nonché su quelli accessori di affidamento, occorre quindi dare conto della presenza di pattuizione scritta, sia con riferimento alle condizioni essenziali che per quanto concerne le specifiche clausole di determinazione del tasso di interesse in misura ultra legale, di capitalizzazione anatocistica.

Tutti i documenti sono stati acquisiti senza contestazioni delle parti ed utilizzati dal CTU, dott. [REDACTED] [REDACTED] con piena acquiescenza anche dei CTP, così che devono essere utilizzati nel computo dei saldi effettivi.

Nel caso in esame, infatti, lo stesso CTU ha dato conto della presenza agli atti dei contratti di apertura del conto corrente, debitamente sottoscritti, in cui sono riportati correttamente gli estremi e la pattuizione di interessi ultralegali, che sono da ritenersi validamente pattuiti, salvo loro espunzione successiva in caso di sconfinamento rispetto ai tassi soglia usura.

Per tutti i contratti, la documentazione prodotta è da ritenersi ampiamente esaustiva per concludere per la validità negoziale e per la corretta applicazione degli interessi applicati, ai sensi dell'art 117 TUB, anche alla luce delle risultanze della CTU. Di conseguenza, la CTU appare corretta la

ricostruzione del contratto in forza del contratto prodotto, munito di sottoscrizione della correntista, con applicazione in tal caso- salvo quanto più avanti si dirà relativamente agli sconfinamenti rispetto al TSU- delle condizioni formalmente concordate, secondo la ripartizione dell'onere della prova (Cass., 17 aprile 2020, n 7895; Cass., 11.6.2018, n 15148).

Quanto alle singole voci, i profili di invalidità oggetto delle domande proposte attengono alle condizioni praticate con riferimento alle clausole relative alla previsione di tassi di interessi ultra-legali, particolarmente al contrasto con la legge n 108/1996 e s.m., nonché alla capitalizzazione anatocistica.

Per quanto riguarda invece i costi relativi alle varie commissioni applicate, si deve considerare che parte attrice ha da subito escluso che sia stata indebitamente applicata la C.M.S., sulla quale si trae conferma nello stesso elaborato allegato all'atto introduttivo, in cui si fa riferimento esclusivamente al computo degli interessi in misura superiore ai TSU ovvero per effetto del meccanismo di capitalizzazione. Inoltre, anche relativamente alle asserite applicazioni di altri importi a titolo di commissione non dovuta (CIV o altro), non può che darsi conto che nessuna specifica contestazione è stata sollevata, neanche attraverso il richiamo all'elaborato peritale di parte, nei termini previsti per formulare la domanda ovvero per precisare le conclusioni, ai sensi dell'art 183, comma VI, n 1, c.p.c. Né a tal fine può giovare il generico riferimento, privo di ogni riferimento giustificativo, a voci di costo non dovute, di cui all'atto introduttivo, atteso l'onere della prova assunto dalla parte che, ha intrapreso l'iniziativa processuale agendo per l'accertamento negativo del credito.

4.ANATOCISMO E COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO

Con riferimento alle condizioni praticate, gli opposenti hanno ancora posto la questione della invalidità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi applicati. A riguardo, si rammenta che la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale è principio giurisprudenziale che si è affermato



soltanto nel 1999 – con le sentenze n. 2374 e n. 3096, rispettivamente, della prima e terza sezione civile della Corte di Cassazione - in un consolidato contesto di segno contrario. Contrariamente all'orientamento sino allora seguito, si è ritenuto che la previsione contenuta nei contratti di conto corrente bancario, avente ad oggetto la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente (più breve rispetto a quella annuale applicata a favore dei clienti sui saldi di conto corrente per lui attivi alla fine di ciascun anno solare), fosse affetta da nullità, in quanto fondata su di un mero uso negoziale (per la prima volta adottato su iniziativa dell'ABI nel 1952) e non su di una vera e propria norma consuetudinaria, come tale connotata da una condotta reiterata ed assistita dalla *opinio juris ac necessitatis*, a maggior ragione in relazione a contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 4 della legge n. 154 del 1992, che vieta le clausole contrattuali di rinvio agli usi. Il tempestivo intervento del legislatore si è determinato attraverso l'art. 25 del d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, che ha novellato l'art. 120 del t.u.b., disciplinando la sorte dei contratti bancari conclusi prima e dopo il 22 aprile 2000, data coincidente con la entrata in vigore della delibera del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR), al quale la norma suddetta (comma 2 dell'art. 25) aveva, per l'appunto, demandato la fissazione di "modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio della attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori". La norma - in base alla quale, con provvedimento del CICR, sono stabiliti modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria - è stata ritenuta conforme al dettato costituzionale (Corte Cost., ord. n. 254 del 2008) in quanto introduce una deroga al regime ordinario di cui all'art. 1283 cod. civ., che trova la sua giustificazione nell'esigenza di uniformare questo aspetto



della legislazione interna a quella vigente nei principali Stati che allora costituivano la UE, per i quali la disciplina prevista in materia di anatocismo per il sistema bancario era diversa da quella prevista per i rapporti di diritto civile. E ciò a differenza dell'art 25, comma 3, che – per i contratti conclusi prima della entrata in vigore della delibera CICR- consentiva la deroga per i contatti stipulata in data antecedente alla data di entrata in vigore della delibera CICR del 9.2.2000(*Cass., n. 9695, 3 maggio 2011, Cass., sez.un., n. 21095/2004*). Ne consegue che la capitalizzazione degli interessi, in base alla citata delibera del CICR, può ritenersi consentita per i contratti stipulati a far data dal 22.4.2000, secondo quanto concretamente pattuito dalle parti e sempre che, comunque, pena la nullità della pattuizione, vi siano alcune precise condizioni rappresentate da:

1) medesima periodicità di capitalizzazione per gli interessi debitori e creditori;

2) l'indicazione di dei tassi attivi e passivi in duplice veste di TAN e TAE, ecc..

Tali concetti sono stati in ultimo completamente ribaditi dalle più recenti sentenze della S.C. (*Cass sez. VI, ord., 7 maggio 2015, n. 9169; Cass., sez. I, sent, 6 maggio 2015, n. 9127*) . Solo con la Legge di stabilità 2014 (Legge 27 dicembre 2013, n. 147), pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 27 dicembre 2013 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2014, con il comma 629 il quale interviene a modificare sensibilmente la disciplina dell'anatocismo bancario, introdotto dall'art. 25, co. 2, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, a parziale deroga di quanto previsto dall'art. 1283 del codice civile è stato previsto il divieto di anatocismo a partire dalla sua entrata in vigore (01/01/2014).

In applicazione dei principi esposti alla presente fattispecie, si deve dare conto che al momento della sottoscrizione del conto corrente le clausole di anatocismo appaiono del tutto conformi alle prescrizioni in vigore così che la capitalizzazione applicata sino alla data della domanda non è in alcun modo viziata. Di guisa che la eccezione di compensazione connessa alla pretesa di ripetizione di quanto corrisposto a tale titolo deve essere disattesa, salvo



quanto si preciserà in tema di usura con esclusione in radice degli interessi per il II e III trimestre 2014.

5. USURA

Per quanto concerne il superamento dei c.t. tassi soglia, facendo riferimento alla c.d. legge 7 marzo 1996, n. 108, si deve preliminarmente valutare: a) quali costi debbano essere considerati ai fini della determinazione del TEG ; b) il periodo di riferimento per dare rilevanza all'eventuale superamento dei cd tassi soglia. Certamente uno dei temi più discussi è quello relativo alla tipologia di spese da calcolare al fine della ricostruzione del tasso di interesse. L'art. 644 c.p. stabilisce, infatti, al comma 4 che: «per la determinazione del tasso d'interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito». Tale previsione normativa si pone, secondo alcuni, in contrasto con il contenuto delle Istruzioni di Banca d'Italia che, dalla prima comunicazione n. 47429 del 1 ottobre 1996 a quella dell'agosto del 2009, ha costantemente escluso la Commissione di Massimo Scoperto dal novero degli oneri da includere nel calcolo del T.E.G. La Commissione di Massimo Scoperto (C.M.S.) nella tecnica bancaria è definita come «*il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una (eventuale) espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto*». Tale importo – che di norma è applicato allorché il saldo del cliente risulta a debito per oltre un determinato numero di giorni – è calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento. Nell'ambito dei contratti di conto corrente di corrispondenza, assistiti da un'apertura di credito, la C.M.S. rappresenta – così – una componente di costo “*aggiuntivo*” rispetto all'interesse praticato. Le Istruzioni di Banca d'Italia 2006, in vigore sino al 2009, al punto C5. *Metodologia di calcolo della percentuale della commissione di massimo scoperto*, hanno tuttavia sempre affermato che: «*La commissione di massimo*

scoperto non entra nel calcolo del TEG. Essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali». Come è noto, il risultato del (almeno apparente) discostamento tra il contenuto del citato art. 644 c.p. rispetto a quello delle Istruzioni ha contribuito, nel corso degli ultimi anni, alla nascita di numerosi contenziosi civili e penali nell'ambito dei quali si è discusso della necessità o meno di computare tale onere nel conteggio del tasso e di quali dovessero essere le conseguenze, nel caso oggetto del processo, di una tale procedura. In estrema sintesi, gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali si sono quindi sostanzialmente divisi tra coloro (tra tutte: *Cassazione Civile, Sezione I, n. 8806 del 5 aprile 2017; Cass., 7.3.2017, n 5609; Cass, 4.4.2016, n 10516; Cass pen 3.7.2014, n 28928; Cass pen 23.11.2011, n 46669; Cass pen 22.7.2010, n 28743; Cass pen 26.3.2010, n 12028*), che richiamando direttamente il contenuto dell'art 644 CP, ritengono la necessità di conteggiare tutti gli oneri e le spese collegate all'erogazione del credito (tra cui la C.M.S.) e coloro che, attraverso la necessità di fare riferimento ai Decreti Ministeriali che, trimestralmente pubblicati, integrano la fattispecie normativa ritengono inevitabile- sotto il profilo giuridico e tecnico- attenersi alla procedura amministrativa ed alle Istruzioni di Banca d'Italia(*Cass., n 22270/2016 e n 12965/2016*). Il contrasto giurisprudenziale è stato recentemente risolto grazie alla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 20 giugno 2018, n. 16303. La Corte ripercorre il contenuto delle sentenze della Cassazione penale per confermare che la C.M.S. va intesa quale «onere» a carico del correntista. Tale costo, tuttavia, non può essere incluso nel conteggio del T.E.G. in virtù del contenuto dell'art. 2 bis D.L. n. 185/2008, da considerarsi «norma non di interpretazione autentica» non applicabile in modo retroattivo. In virtù di tale ragionamento non risultano corrette quelle metodologie di calcolo che inseriscono nel conteggio del T.E.G. applicato in concreto dalla banca la C.M.S. per periodi antecedenti il 1.1.2010 momento dal quale –secondo le nuove Istruzioni del 2009 e le norme transitorie elaborate dalla Banca d'Italia, in virtù del contenuto del D.L. 29 novembre 2008, n. 185– tale onere è divenuto

rilevante. L'esigenza del rispetto del criterio dell'omogeneità o della simmetria è, infatti, assolutamente rilevante e decisivo. Secondo le Sezioni Unite, la C.M.S. non è stata esclusa dalle Istruzioni di Banca d'Italia dal conteggio ai fini della Legge anti usura in quanto, nei Decreti Ministeriali trimestralmente pubblicati, seppur in modo separato (ed in calce) rispetto al T.E.G.M., la C.M.S. è rilevata nel suo ammontare "medio" ed espressa in termini percentuali. Alla luce di tali osservazioni la verifica del rispetto delle soglie di legge richiede, accanto al calcolo del tasso in concreto praticato ed al raffronto di esso con il tasso soglia effettuati in base alle Istruzioni di Banca d'Italia *pro tempore* vigenti «il confronto tra l'ammontare percentuale della C.M.S. praticata e l'entità massima della C.M.S. applicabile (c.d. CMS "soglia"), desunta aumentando del 50% l'entità della C.M.S. media pubblicata nelle tabelle». Tale modo di procedere ripercorre e conferma la necessità di seguire quanto previsto dal Bollettino di Vigilanza n. 12 del dicembre 2005 che, nell'indicare le modalità di comparazione ha inteso dar conto dell'esigenza di non trascurare, nel confronto, l'incidenza delle commissioni di massimo scoperto precisando che «l'applicazione di commissioni che superano l'entità della CMS soglia non determina, di per sé, l'usurarietà del rapporto, che va invece desunta da una valutazione complessiva delle condizioni applicate. A tal fine, per ciascun trimestre, l'importo della C.M.S. percepita in eccesso va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori a quelli in concreto applicati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti. Qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla "C.M.S. soglia" sia inferiore a tale "margine" è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge». Per quanto concerne il momento in cui il superamento del tasso c.d. assume rilevanza, occorre ricordare che secondo i principi affermati dalla S.C., ai fini dell'applicazione dell'art 644 CP e dell'art 1815 c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori (non solo corrispettivi), e ciò a prescindere dalla

concreta applicazione (c.d. *usura ab origine*). Con la sentenza 19 ottobre 2017, n 24675, le sezioni unite civili della Cassazione hanno enunciato il principio di diritto secondo il quale allorché *“il tasso di interessi superi , nel corso di svolgimento del rapporto , la soglia dell’usura come determinata in base alle disposizioni della legge n 108 del 1996, non si verifica la nullità o inefficacia della clausola contrattuale stipulata per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula, né la pretesa di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell’esecuzione del contratto”*.

Da ultimo, con sentenza 18.9.2020 n 19597, in materia di interessi moratori la Cassazione ha addirittura escluso il semplice riferimento solo al TEGM, precisando che l’esigenza del principio di simmetria, fatto proprio dalle S.U. con la sentenza n 16303 del 2018 in tema di C.M.S.- dovrà soddisfatta mediante criteri oggettivi e statistici contenuti nella predetta rilevazione ministeriale, ove essa indichi i tassi medi degli interessi moratori praticati dagli operatori professionali.

Permane, inoltre, la rilevanza dell’evoluzione dei tassi di interesse praticati nel corso del rapporto, circoscritta tuttavia alle modifiche unilateralmente introdotte dalla banca, peraltro in modo non valido, per quanto sopra evidenziato, rispetto all’effettivo contenuto delle clausole . In tale caso, si è fatto rilevare, gli interessi usurari sarebbero conseguenza o di un negozio giuridico unilaterale posto in essere dalla banca, rispetto al quale pertanto la volontà del cliente sarebbe ininfluenza, ovvero di una convenzione sorta a seguito dell’accettazione di una “proposta di modifica unilaterale del contratto” formulata dalla banca e tacitamente accettata dal correntista ex art 118, comma 2, TUB, nuova formulazione. E in entrambi i casi il cliente avrebbe assunto nuovo impegno a corrispondere interessi al tasso superiore al TSU. Secondo autorevole dottrina, la struttura dell’art.118, 2° comma, TUB – attraverso il meccanismo della *“proposta di modifica unilaterale del*



contratto” inviata dalla banca, cui fa seguito l'accettazione tacita da parte del cliente – va equiparata, in tutto e per tutto, a quella del patto di cui all'art.1, comma 1, del D.L. 29.12.2000, n.394, convertito in legge, con modificazioni, dall'art.1, Legge 28.02.2001, n.24, secondo cui *<<ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'art.1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento>>*). In quest'ottica, la variazione unilaterale che comporti il superamento dei tassi soglia va ricondotta alla figura dell'usura c.d. “originaria”, in netta contrapposizione a quella dell'“*usura sopravvenuta*”, la cui esistenza, come detto, è stata negata dalla Suprema Corte.

Nello stesso senso è orientata anche buona parte della giurisprudenza di merito: *<<Nel caso in cui [...] il tasso applicato venga a superare il tasso soglia in seguito a modificazioni unilaterali della banca o anche a pattuizioni concluse successivamente all'entrata in vigore della legge 108/96 la sanzione non potrà essere che quella del comma 2 dell'art.1815 c.c., con la conseguenza che nessun interesse sarà dovuto>>* (Tribunale di Padova, 29.11.2019; Tribunale di Padova, 09.11.2018, Tribunale di Padova, 12 agosto 2014, n.2600; Tribunale di Roma, 23.10.2019; Tribunale di Torino, 20.04.2017). Anche escludendo la natura contrattuale del meccanismo previsto dall'art.118 TUB, mettendo in risalto l'aspetto impositivo, si è fatto notare in dottrina che dovrebbe pervenirsi ad identiche conclusioni. Qualora si escluda l'aspetto negoziale, si sottolinea, la fattispecie andrebbe assimilata a quella, consistente nel *<<fa(rsi) dare interessi o altri vantaggi usurari>>*, anch'essa sanzionata dall'art.644 cod. pen., la cui autonomia non è stata affatto esclusa né dall'interpretazione autentica di cui all'art.1, comma 1, del D.L. n.394/2000, convertito in legge n.24/2001 né dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 24675/2017. Tali interpretazioni, nell'attribuire rilevanza al momento in cui gli interessi *<<sono promessi o comunque convenuti>>*, anziché a quello del pagamento, hanno come



presupposti che il comportamento della banca sia conforme al regolamento contrattuale, ovverosia che gli interessi concretamente applicati coincidano con quelli pattuiti.

6. CONCLUSIONI

In definitiva, sulla scorta del complesso delle argomentazioni sopra esposte, la CTU, dott. [REDACTED] ha fornito le seguenti indicazioni.

Nel primo elaborato peritale, depositato in data 6 aprile 2018 ha dapprima proceduto ad effettuare la verifica della c.d. **usura ab origine**.

Pur considerando tutte le voci di costo (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese collegate alla erogazione del credito, escluse solo quelle per imposte e tasse), secondo la formula c.d. di matematica finanziaria

$$T.E.G. = \frac{(Interessi debitori + Oneri) \times 365 (366) 00}{Numeri Debitori}$$

ed operando il confronto con i cd tassi soglia di periodo, riferibili alle rispettive classi di finanziamento (aperture di credito in c/c superiori ad € 5000), calcolati secondo le disposizioni in materia applicative della legge 108/1996 (fino al 30.6.2011, TEGM maggiorato della metà; dal 1 luglio 2011, TEGM maggiorato del 25%, a cui viene aggiunto il 4%) ha escluso usura *ab origine* e quindi l'applicazione della sanzione di cui all'art 1815, Il comma, c.c. per la intera durata.

" ...È stata pertanto verificata la presenza di usura ab origine al momento della stipula del contratto di apertura di conto corrente del 25/07/2011 e relativo contratto di affidamento del 03/08/2011 (allegato 37). Il Tasso annuo debitore entro fido è disciplinato come "euribor 1 mese media del mese in corso su base 365 pari a 1,431+ 6,50" pari a 7,931%. Il Tan contrattuale è stato raffrontato al TSU di periodo per la categoria "aperture di credito in conto corrente di importo superiore a 5.000€ (15,588%) NON riscontrando la presenza di usura ab origine. La stessa valutazione è stata ripetuta per i trimestri nei quali sono agli atti variazioni delle condizioni o documenti di sintesi dalle quali si evincono

le condizioni contrattuali applicate (riportati all'allegato 38) NON rilevando la presenza di usura ab origine come sintetizzato nella tabella sottostante. In ognuna di esse il tasso annuo debitore entro fido è disciplinato come "euribor 1 mese media del mese in corso su base 365 + 6,50....".

Per quanto concerne l'applicazione dei tassi, in corso di rapporto (cd "usura sopravvenuta"), nella prima relazione ha alternativamente effettuato il confronto tenendo conto dei soli interessi applicati ovvero di tutti gli oneri, spese e commissioni, secondo la predetta formula.

Tenendo conto esclusivamente degli estratti conto sino al II trimestre 2014, la esclusiva considerazione degli interessi ha portato ad escludere sconfinamenti nel corso del rapporto (allegato 22), mentre determinando il TEG in base alla formula sopra richiamata (inserendo ai fini del calcolo del TEG tutte le commissioni percepite dalla banca, variamente denominate, ed escludendo soltanto le spese per imposte e tasse, è stata riscontrato il superamento del tasso soglia in 10 trimestri sui 15 analizzati (allegato 23).

Alternativamente è stata effettuata anche la verifica applicando la formula proposta da Banca d'Italia tempo per tempo vigente e tale accertamento ha evidenziato il superamento del TSU in 11 trimestri (all 30).

Per come chiarito in esito alle osservazioni del CTP di parte convenuta, tale verifica è stata operata in linea con le istruzioni della Banca d'Italia del 2015, nella parte in cui i criteri da adottare nel calcolo del TEG sono stati modificati inserendo tra gli oneri di includere le voci quali "corrispettivo disponibilità creditizia", "indennità per sconfinamento" e "commissione istruttoria veloce", categoria che ad avviso della CTU rientra nel dettato delle istruzioni di cui al paragrafo C4 secondo cui vengono definiti gli oneri e spese da includersi nel calcolo del TEG tra le quali al punto 7) "gli oneri per la messa a disposizione dei fondi, le penali e gli **oneri applicati nel caso di passaggio a debito** di conti non affidati o negli sconfinamenti sui conti correnti affidati rispetto al fido accordato e la commissione di massimo scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti (v. pag 31 relazione CTU depositata il

9.1.2020),

Tali commissioni, secondo quanto previsto nel documento, dovrebbe pertanto entrare nel calcolo del TEG su base annua, moltiplicando per quattro gli oneri corrisposti nel trimestre di rilevazione. Il Paragrafo C3 del testo delle Istruzioni posto in consultazione, a pag. 10, terzo alinea della lettera a), dispone infatti che “tutti gli oneri diversi dagli interessi, compresa la Commissione di Istruttoria Veloce (CIV), entrano nel calcolo del TEG su base annua, moltiplicando per 4 gli oneri trimestrali a meno che siano previsti contrattualmente una tantum nell’anno”. Tale previsione modifica il contenuto delle Istruzioni attualmente in vigore le quali, al medesimo alinea, stabiliscono che *“gli oneri su base annua sono calcolati includendo tutte le spese sostenute nei dodici mesi precedenti la fine del trimestre di rilevazione, a meno che queste non siano connesse con eventi di tipo occasionale, destinati a non ripetersi”*.

Al riguardo, tuttavia, l’inserimento operato dal CTU determina un’applicazione retroattiva delle istruzioni, senza tenere conto che nel medesimo documento si evidenzia che:

- 1) lo sconfinamento, di norma, è un evento occasionale e solo eventuale nel normale svolgimento del rapporto di conto corrente o dell’affidamento ;
- 2) la struttura e la modalità di applicazione della connessa CIV sono state definite nell’ambito del 117-bis TUB, inteso ad assicurare la massima trasparenza dei costi consentendo ai clienti di conoscere con chiarezza ex ante l’esatto ammontare degli oneri applicabili in caso di sconfinamento e confrontare agevolmente le offerte dei diversi operatori (cfr. pag. 20 della relazione illustrativa Banca d’Italia in attuazione dell’art. 117 bis).

In tal modo si è operata una sostanziale equiparazione, ai fini del calcolo del TEG, tra CMS (che in precedenza era sempre computata) alle altre commissioni solo occasionali e ciò, peraltro, in assenza di una puntuale e specifica allegazione della parte interessata, circa l’applicazione non occasionale di tali voci.



Alla luce degli approdi ermeneutici della giurisprudenza di legittimità, acquisiti gli ulteriori estratti conto sino al marzo 2015, quindi non può che farsi esclusivo riferimento alla relazione integrativa da ultimo depositata il 6 ottobre 2020, nella quale si è data piena attuazione dei principi affermati dalla S.C. con la pronuncia n 1603 del 20 giugno 2018. In tale ultima relazione, la CTU ha dato atto di quanto segue.

"....Per quanto concerne i trimestri ad usura sono presenti variazioni contrattuali, introdotte unilateralmente dalla banca applicando lo Ius Variandi, solo nel III e IV trimestre 2014. Pertanto, secondo il dettato della sentenza in esame, devono essere considerati viziati da usura originaria solo i due trimestri in questione per un totale di € 1.238,84 suddivisi come segue:

Tipo valuta	Trimestre	Tipologia conto	Numeri debitori	Interessi debitori	Spese	Totale	T.E.G.M. (tasso medio)	Soglia tasso usura	T.E.G.	Rispetto soglia
Euro	30/09/14	Conto ordinario	957.263,53	179,47	690,41	869,88	10,20%	15,75%	48,84%	NO (32,09%)
Euro	31/12/14	Conto ordinario	886.199,80	161,45	207,51	368,96	10,09%	15,60%	39,02%	NO (21,42%)
				340,92	897,92	1.238,84				

Anche in considerazione di quanto argomentato in tema di onere della prova, in assenza di specifica allegazione da parte degli attori, non possono essere condivise le considerazioni svolte dal CTU per giustificare l'applicazione retroattiva delle istruzioni della Banca di Italia per le ipotesi di riscontrata usura sopravvenuta, pure alternativamente ipotizzata dalla CTU. In proposito, la CTU ha effettuato distinti conteggi utilizzando, alternativamente, metodo matematico e metodo desumibile dalle istruzioni della Banca d'Italia, richiamato dalla sentenza n 16303/2018. Correttamente qui, il CTU ha calcolato l'aliquota media della C.M.S. non rapportando l'importo percepito dalla Banca all'importo massimo del trimestre bensì all'importo medio trimestrale tenuto conto della sussistenza di elementi univoci per affermare l'esistenza di un fido di fatto. in definitiva, tra tutte le ipotesi considerate, quella da ritenere conforme ai principi esplicitati appare quella assunta nella ultima relazione integrativa, così che a fronte di un saldo contabile negativo al marzo 2015 di - € 7403,34, risultante dagli estratti conti, dovranno essere

esclusi gli interessi per il III e IV trimestre 2014, determinati in € 1238,84 e dovrà essere considerato, operando la compensazione, il saldo negativo di - € 6164,50, che rappresenta il credito della banca al marzo 2015.

7. SULLA VALIDITA' DELLE GARANZIE PRESTATE

A tal proposito, in generale, occorre distinguere le fideiussioni specifiche, che hanno ad oggetto specifici rapporti intercorrenti con il debitore principale, da quelle *c.d. omnibus*. La *fideiussione omnibus*, infatti, strumento sovente impiegato nella prassi finanziaria, si distingue per l'ampiezza del suo oggetto, venendo il fideiussore a prestare garanzia per tutte le obbligazioni, presenti e future, del debitore. Un argine alla problematica relativa alla presunta nullità di tale forma contrattuale per indeterminabilità del suo oggetto è stato posto con l'introduzione dell'art. 10 della Legge n. 154/1992, che ha novellato l'art. 1938 c.c., stabilendo la necessità di prevedere un importo massimo a garanzia del debito.

Nella fattispecie di cui si controverte, quindi, occorre distinguere le diverse garanzie prestate dall'opponente, al fine di valutare la conformità di tali negozi agli schemi conformi ai requisiti normativamente prescritti.

Invero, [REDACTED] hanno sottoscritto fideiussione *omnibus* n 535197, fino ad € 30.000,00 , nonché fideiussione specifica n 994322 fino alla concorrenza di € 15.000,00 , pur in assenza di indicazione specifica del rapporto oggetto di garanzia. Di tal che, attraverso l'introduzione del limite massimo, le relative garanzie risultano sufficientemente determinate.

Ora, quanto alla validità delle garanzie, le ulteriori questioni attengono alla violazione della disciplina dell'art 1956 c.c. nonché in relazione alla conformità delle clausole allo schema ABI , già oggetto del provvedimento della Banca d'Italia n 55 del 2 maggio 2005, in violazione dell'art 2, comma 2, lettera A legge 287/1990, secondo il più recente arresto giurisprudenziale



(Cass., 22 maggio 2019 n 13846; anche in riferimento a Cass. 12 dicembre 2017, n 29810).

Sotto il primo profilo, nella fideiussione per obbligazione futura, l'onere del creditore, previsto dall'art. 1956 c.c., di richiedere l'autorizzazione del fideiussore prima di far credito al terzo, le cui condizioni patrimoniali siano peggiorate dopo la stipulazione del contratto di garanzia, assolve alla finalità di consentire al fideiussore di sottrarsi, negando l'autorizzazione, all'adempimento di un'obbligazione divenuta, senza sua colpa, più gravosa; tale onere non sussiste allorché nella stessa persona coesistano le qualità di fideiussore e di legale rappresentante della società debitrice principale, giacché, in tale ipotesi, la richiesta di credito da parte della persona obbligatasi a garantirlo comporta di per sé la preventiva autorizzazione del fideiussore alla concessione del credito (Cass., 23.3.2017, n 7444).

Inoltre, il fideiussore che chieda la liberazione della garanzia prestata invocando l'applicazione dell'art. 1956 c.c. ha l'onere di provare, ai sensi dell'art. 2697 c.c., l'esistenza degli elementi richiesti a tal fine, e cioè che, successivamente alla prestazione della fideiussione per obbligazioni future, il creditore, senza la sua autorizzazione, abbia fatto credito al terzo pur essendo consapevole dell'intervenuto peggioramento delle sue condizioni economiche (Cass., 17.11.2016, n 23422).

Nella fattispecie in esame, da una parte, risulta che uno dei garanti (██████████) ██████████ rivestiva anche la qualità di legale rappresentante della società debitrice principale. Inoltre, nessuno dei coobbligati, ha offerto la prova degli ulteriori elementi richiesti dalla norma, con specifico riferimento alla erogazione di ulteriore credito, nella consapevolezza di un peggioramento delle condizioni economiche, così non trova spazio applicativo la norma invocata agli effetti della liberazione dei fideiussori.

Per quanto riguarda il contrasto con la normativa a tutela della concorrenza, pure essendo stata la relativa questione solo in comparsa conclusionale, potrebbe essere ritenuta ammissibile in quanto - secondo il più recente



orientamento della S.C. (*Cass., sez. un. n 7294 del 22 marzo 2017*)– si tratta di eccezione rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di appello, anche se nel corso del giudizio di primo grado anche qualora la validità dello stesso non sia stata discussa dalle parti, né lo stesso giudice abbia prospettato ed esaminato la questione.

Sul punto tuttavia pur condividendosi in generale l'arresto giurisprudenziale richiamato, la sua corretta applicazione impone alcune considerazioni. Il contesto in cui si inserisce l'eccezione concerne l'ipotetica invalidità del rapporto contrattuale a "valle" tra garante e istituto di credito rispetto all'intesa bancaria a "monte" considerata restrittiva della concorrenza, il cui fondamento è da rinvenirsi nell'inscindibilità tra la suddetta intesa e i negozi che ne diano esecuzione, aderendo così alla teoria della c.d. "nullità derivata". Norma di riferimento, a riguardo, è l'art. 2 della Legge n. 287/1990 che vieta le intese tra imprese che abbiano quale effetto quello di "impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante" attraverso diverse modalità, tra cui, inter alia, quelle di determinare, direttamente o indirettamente, le condizioni contrattuali da applicare ai consumatori. Ora, sul piano propriamente sostanziale, la nullità discende dalle intese restrittive della concorrenza, da pratiche concordate e da abuso di posizione dominante che si riflettono sul singolo contratto sottoscritto con il cliente. Invero, le clausole che derivano da un siffatto tipo di intesa vietata si riverberano sulla validità di quelle inserite nel singolo contratto, non tanto secondo lo schema classico della invalidità derivata da collegamenti negoziali, ma indotta piuttosto anche da meri comportamenti e pratiche anche solo fattuali di cui i singoli negozi costituiscono espressione. In generale, è l'utente a dovere dimostrare gli elementi costitutivi della fattispecie di illecito - e quindi anche del carattere uniforme della clausola che si assume essere oggetto dell'intesa e rappresentarne essenziale riflesso. E' noto che, in tale contesto, gli interventi della Corte di Cassazione richiamati (*Cass., 22 maggio 2019 n 13846; Cass.12*

dicembre 2017, n 29810), prendono le mosse dall' esame dei profili di invalidità dei contratti di *fideiussione omnibus* stipulati in conformità al modello ABI del 2003, sottoposto al vaglio della Banca d'Italia la quale con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, affermò la contrarietà di alcuni articoli in esso contenuti all'art. 2, comma 2, lett. a, l. n. 287 del 1990, ingiungendo all'ABI di trasmettere alle imprese aderenti un modello emendato da tali articoli. La Banca d'Italia - che sino al 2006 operava come autorità garante della concorrenza tra gli istituti di credito - aveva infatti focalizzato la propria attenzione, in particolare, sul contenuto di alcune clausole inserite nel modello di fideiussione *omnibus* a garanzia di operazioni di natura bancaria, adottato dall'ABI nel 2003, addivenendo all'emanazione del provvedimento nel 2005, da cui è emerso che dette clausole, ove oggetto di un'adozione uniforme e generalizzata da parte dei vari istituti, potrebbero creare effetti anticoncorrenziali.

Nello specifico si fa riferimento all'applicazione uniforme da parte delle banche degli artt. 2, 6 e 8 del menzionato schema contrattuale relativi alle cd clausole di «sopravvivenza», «reviviscenza» e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., che per tale parte si sovrappongono al contenuto della fideiussione in esame . Nello specifico si fa riferimento all'applicazione uniforme da parte delle banche degli artt. 2, 6 e 8 del menzionato schema contrattuale relativi alle cd clausole di «*sopravvivenza*», «*reviviscenza*» e rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., che per tale parte si sovrappongono proprio al contenuto della fideiussione in esame.

Le clausole di cui si discute, che impongono maggiori oneri a carico del garante, riguardano:

- la c.d. "*reviviscenza*" della garanzia dopo l'estinzione del debito principale (art. 2 dello schema ABI), che impegna il fideiussore a tenere indenne la banca dalle vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando il garante, confidando nell'estinzione del debito principale, abbia trascurato di procedere alla tutela delle proprie ragioni di credito nei confronti del debitore;



- l'art. 6 dello schema ABI, che, in deroga al disposto di cui all'art. 1957 c.c., esonera la banca dall'obbligo di continuare le proprie istanze contro il debitore entro il periodo prescrizione stabilito dalla disposizione codicistica;
- l'art. 8 dello schema ABI, che estende la garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore scaturenti dall'invalidità del negozio principale, con ciò rendendo la fideiussione "insensibile" rispetto ai vizi del rapporto debitorio principale. Al riguardo, la Banca d'Italia ha affermato come clausole analoghe a quelle sopra menzionate, avendo quale fine quello di far sopportare al fideiussore le conseguenze negative dell'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca, laddove applicate in modo uniforme, sono da considerarsi in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a), della Legge. n. 287/1990.

In tali ipotesi, secondo l'indirizzo richiamato, allorché il contenuto delle clausole riflette quello dello schema contrattuale predisposto dall'ABI e sanzionato dalla Banca d'Italia può concludersi nel senso della sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2, comma 2, lett. a), della l. 10 ottobre 1990, n. 287 e che le clausole negoziali costituiscono espressione di una tale intesa, senza necessità di ulteriori elementi di prova. Il provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia, in tale prospettiva, non rileva sul piano normativo, ma probatorio, perché in tale ipotesi sarà l'impresa a *«dover offrire prova contraria a dimostrazione della interruzione del nesso causale tra l'illecito antitrust e il danno patito dai consumatori»*.

Tant'è-si ha cura di precisare- che a fronte di tale accertamento privilegiato, peraltro, non è possibile escludere la nullità di quel contratto per il solo fatto della sua anteriorità all'indagine dell'Autorità indipendente ed alle sue risultanze, poiché se la violazione "a monte" è stata consumata anteriormente alla negoziazione "a valle", l'illecito anticoncorrenziale consumatosi prima della stipula non può che travolgere il negozio concluso "a valle", per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia. In proposito, nelle pronunce si sottolinea che: " *le conclusioni assunte dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscono una prova privilegiata, in relazione alla*



sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, anche se ciò non esclude la possibilità che le parti offrano prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie (Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640)".

In definitiva, nelle ipotesi in cui il contenuto delle clausole corrisponda esattamente allo schema sanzionato dall'autorità deputata all'accertamento di tali comportamenti anticoncorrenziali e della identica tipologia negoziale, il provvedimento dell'autorità di garanzia ha l'effetto di invertire l'onere della prova circa la fattispecie di illecito.

Nel caso in esame, tuttavia, gli attori non possono giovare della presunzione dell'accertamento privilegiato riferibile al provvedimento sanzionatorio indicato, pur vertendosi nella medesima tipologia negoziale- in quanto si tratta di *fideiussione omnibus*, contenenti le clausole richiamate.

Sotto il profilo processuale, tuttavia, va considerato che il documento sanzionatorio non risulta essere stato tempestivamente prodotto nei termini imposti per la produzione di documenti, così che anche in tale ipotesi gli attori non possono fare leva sulla presunzione dell'accertamento privilegiato riferibile al provvedimento sanzionatorio nei termini precisati.

Di conseguenza, facendo applicazione dei principi ordinari in tema di ripartizione dell'onere della prova, deve ritenersi non dimostrato il profilo di nullità derivante dalla condotta illecita secondo i principi richiamati dalla S.C. e fatti propri dal Tribunale.

La domanda proposta va dunque accolta in tali limiti, con conseguente condanna della banca convenuta al pagamento delle spese di lite, come liquidate in dispositivo tenendo conto dell'attività svolta e del valore della controversia in applicazione del principio stabilito dall'art. 91 c.p.c., compensate per due terzi in ragione della fondatezza solo parziale delle domande proposte e dei contrasti interpretativi sussistenti nella materia.



P.Q.M.

Il Tribunale di Prato, definitivamente pronunciando sulle domande spiegate da la [REDACTED], in persona del legale rappresentante p.t., [REDACTED] e [REDACTED] nei confronti del [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t., con atto di citazione notificato il 28 giugno 2016, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

a) accerta

il debito della parte attrice nei confronti della banca convenuta, per le causali di cui alla motivazione della presente sentenza, in complessivi € 6164,50 quale saldo al 31 marzo 2015 a debito sul contratto sul conto ordinario n 860, tenuto conto degli affidamenti accessori sul conto;

b) condanna

La Banca convenuta al pagamento in favore della società attrice delle spese processuali, liquidate in complessivi € 4835,00, per onorario di avvocato, oltre I.V.A., C.P.A. e spese generali nella misura di legge, nonché di CTU nella misura separatamente liquidata e ripartite secondo i medesimi criteri, compensandole per due terzi.

Così deciso in data 6 luglio 2021, dal Tribunale di Prato, in persona del G.I. dott. Michele Sirgiovanni, in funzione di Giudice Unico.

Il Giudice Istruttore
Dott Michele Sirgiovanni