

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI FIRENZE
TERZA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice Dott.ssa Anna Primavera ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. omissis/2013 promossa da:

FIDEIUSSORI

parte attrice

contro

BANCA

parte convenuta

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

MOTIVI DELLA DECISIONE

I FIDEIUSSORI proponevano opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. OMISSIS/2013 emesso a favore della Banca, con cui era stato loro ingiunto, nella loro qualità di fideiussori della SOCIETA' di pagare, in solido tra loro, la somma, in linea capitale, di euro 374.295,75, oltre interessi e spese, eccettuandone l'infondatezza e l'illegittimità per i seguenti motivi:

- insussistenza della prova scritta ex art.634 c.p.c.;
- nullità dei contratti per carenza di forma scritta e/o di elementi essenziali;
- tassi di interesse superiore al tasso soglia di cui alla L.108/96; illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi; illegittimo addebito di somme a titolo di "Commissioni massimo scoperto";
- illegittima variazione peggiorativa, nel corso dei rapporti, delle condizioni contrattuali;
- estinzione dell'obbligazione fideiussoria ai sensi degli artt.1956 e 1957 c.c..

Gli opposenti concludevano, dunque, per la declaratoria di nullità e di inefficacia del D.I. opposto, con conseguente revoca dello stesso, previa determinazione dell'esatto rapporto di dare ed avere tra le parti da accertarsi con apposita CTU contabile.

Costituitasi in giudizio la BANCA concludeva, in via preliminare, per la declaratoria di nullità della citazione in opposizione, per indeterminatezza della domanda, nonché, in ipotesi denegata, per il

rigetto delle domande tutte *ex adverso* svolte, perché infondate in fatto ed in diritto, con conseguente conferma del provvedimento monitorio opposto.

L'opposizione è infondata e pertanto va respinta, con conseguente conferma del D.I. opposto.

SULLA INSUSSISTENZA DELLA PROVA SCRITTA EX ART. 634 C.P.C.

LA BANCA ha ottenuto il D.I. opposto per la somma complessiva di € 374.295,75:

- 1) quanto ad € 280.295,75, quale saldo a debito del conto corrente n.omissis;
- 2) quanto ad € 94.000,00, a titolo di saldo debitorio del rapporto anticipi export n.omissis.

Gli opposenti lamentano la violazione da parte della banca dell'art. 50 TUB per mancata produzione degli estratti conto.

Orbene, la convenuta opposta ha ottenuto l'emissione del D.I. provando il proprio diritto di credito mediante la produzione non solo degli estratti di saldaconto, ma anche dei suddetti contratti regolarmente sottoscritti dal correntista e della lettera di fideiussione sottoscritta dai fideiussori e tali documenti legittimano l'emissione del D.I. opposto, ove si consideri altresì che, solo nel presente giudizio a cognizione piena, introdotto con l'opposizione a decreto ingiuntivo, il certificato di saldaconto (a differenza di quanto previsto per la fase monitoria dall'art. 50 TUB) ha valore indiziario.

Lo stesso, peraltro, può assolvere l'onere della prova dell'ammontare del credito in forza della clausola, contenuta nel contratto di conto corrente, con la quale il cliente riconosca che i libri e le altre scritture contabili della banca facciano piena prova nei suoi confronti, trattandosi di clausola immune da nullità, agli effetti dell'art. 2698 c.c., in quanto non integrante una non consentita inversione dell'onere probatorio su diritti di cui le parti non possano disporre, né un aggravamento eccessivo dell'esercizio del diritto (In tal senso Cass. Sez 1, Sentenza n. 25857 del 02/12/2011).

Orbene non risulta che gli estratti conto siano stati contestati dalla correntista ed in ogni caso, nella fattispecie, la convenuta opposta ha prodotto, gli estratti conto integrali ed analitici del suddetto contratto di c/c.

NEL MERITO

E' appena il caso di osservare che i fideiussori hanno prestato garanzia in data 19.03.2008 a favore della banca per le obbligazioni contratte dal correntista.

Detta garanzia è a prima richiesta, come si evince dalla clausola 6 della lettera di fideiussione in data 19.03.2008 prodotta da parte opposta che appunto consente l'escussione della garanzia a semplice richiesta scritta.

Tale clausola è sufficiente a qualificare la garanzia de qua come contratto autonomo di garanzia, posto 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"* (Cass. Sez U, Sentenza n. 3947 del 18/02/2010).

In tal caso, "*la prestazione del garante, qualitativamente diversa da quella del debitore principale, ha una funzione riparatori a del pregiudizio subito dal creditore a causa dell'inadempimento di quest'ultimo, attuandosi attraverso il pagamento di una somma di danaro sostitutiva della sua mancata o inesatta prestazione"* (Cass. Civ. Sez. U., Sentenza n. 13900 del 03/06/2013).

A ciò aggiungasi che nella lettera di fideiussione è contenuta la deroga all'art. 1957 c.c. con limitazioni all'esercizio del regresso, con facoltà di recesso della banca dal rapporto garantito secondo le nonne del relativo contratto e con estensione ai garanti, della decadenza del debitore dal beneficio del termine.

Ciò posto, sebbene al garante autonomo non sia consentito opporre al creditore eccezioni fondate sul rapporto principale, è fatta salva *"l'exceptio doli"*, formulabile nel caso in cui la richiesta di pagamento sia *"prima facie"* abusiva o fraudolenta.

In particolare, *"l'exceptio doli generalis seu praesentis"* ha ad oggetto la condotta abusiva o fraudolenta dell'attore, che ricorre quando questi, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, tace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva dello stesso, ovvero esercita tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui" (Cass. Civ. 9.7.5, Sentenza n. 15216 del 12/09/2012).

L'eccezione *de qua*, è, dunque, legittima solo in quanto sussistano prove sicure della malafede del beneficiario e costituisce un rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate.

Pertanto, *"l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia comporta la rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, con il duplice limite dell'esecuzione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può opporre l'" exceptio doli", e del caso in cui le predette eccezioni siano fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta"* (Cass. Civ. Sez 1, Sentenza n. 26262 del 14/12/2007).

Resta da accertare, quindi, in considerazione dell'autonomia della garanzia prestata dagli opposenti, quali fatti posti a fondamento dei vari motivi dell'opposizione a D.I. possano integrare *l'exceptio doli* e l'eccezione di nullità dei contratti presupposti, per contrarietà a norme imperative ex art. 1418 co. 1 c.c. o per illiceità della loro causa, ex art. 1418 co. 2 c.c..

Orbene, la questione relativa al superamento dei tassi soglia e astrattamente idonea a suffragare *l'exceptio doli*, sotto il profilo della illiceità del contratto che ha previsto interessi usurari e quindi del conseguimento uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento.

Lo stesso dicasi per la questione relativa all'anatocismo essendo il divieto di capitalizzazione degli interessi sancito da una norma imperativa ovvero inderogabile (l'art. 1283 c.c.).

Ai sensi dell'art. 1418 co. 1 c.c., il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

In particolare, ove non altrimenti stabilito dalla legge, solo la violazione di nonne inderogabili concernenti la validità del contratto dà luogo a nullità virtuale (Cass. Sez. U, Sentenza n. 26724 del 19/12/2007).

Per contro, la mancanza di causa del contratto, ravvisabile nel contratto di apertura di credito, laddove la CMS (già prima della L. 2/2009) sia stata applicata sull'utilizzato e non già sulla somma messa a disposizione, costituisce invece nullità testuale ex artt. 1418 co. 2 c.c. e 1325 n. 2) c.c., che pertanto può essere sollevata solo dalla parte contraente e non anche dal garante autonomo.

Il *thema decidendum* nel merito va dunque circoscritto alle questioni di nullità inerenti la mancanza di forma scritta dei contratti garantiti azionati in sede monitoria, l'usura e l'anatocismo, oltre che alla nullità di protezione ex art. 117 e 127 TUB.

SULLA NULLITÀ DEI CONTRATTI GARANTITI PER CARENZA DI FORMA SCRITTA E/O DI ELEMENTI ESSENZIALI

Gli opposenti hanno eccepito la nullità dei contratti azionati dalla banca (di conto corrente e di anticipo-export) per mancanza della sottoscrizione della stessa convenuta opposta e quindi per mancanza della forma scritta richiesta *"ad substantiam"* dall'art. 117 TUB, deducendo che nessuna rilevanza possa essere riconosciuta alla sua intervenuta esecuzione, essendo inammissibile la convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c., con la conseguenza che dalla nullità del contratto dovrà conseguire la nullità delle singole operazioni poste in essere in esecuzione del negozio invalido, con ripetizione delle somme versate del cliente.

La banca ha replicato che *"l'assenza della firma della banca non priva di contenuto il contratto redatto per iscritto"*, che *"il requisito della forma scritta del contratto, previsto dalla normativa in materia bancaria a pena di nullità, è perfettamente rispettato qualora la medesima convenzione sia stata sottoscritta dal solo cliente"*, che *"di fatto l'assenza della firma della Banca, non ha privato di alcun contenuto il contratto di finanziamento redatto per iscritto"* ed, infine, che essa non ha un sostanziale interesse a sottoscrivere un modulo da essa stessa predisposto.

Orbene, il requisito della forma scritta *ad substantiam* è soddisfatto, solo ove vi sia la prova che entrambe le parti, anche se in documenti distinti, abbiano manifestato per iscritto la loro volontà negoziale.

La Cassazione (Sez I, Sentenza a 5919 del 24/03/2016) ha avuto modo di rilevare che detta prova non possa essere ritenuta sussistente, stante i limiti posti dal codice civile alla prova per testi e presunzioni dei contratti con forma necessaria, per il solo fatto che nell'esemplare prodotto in giudizio, firmato dal solo cliente, vi sia la dicitura *"Prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi"*, in quanto, il comportamento delle parti in costanza di contratto *"monofirma"* non potrebbe essere considerato come valida manifestazione del consenso della Banca.

La forma scritta può, dunque, essere integrata oltre che dalla semplice sottoscrizione di un contraente per accettazione delle dichiarazioni rese dall'altro e dal deposito del documento in giudizio ad opera del contraente non l'abbia sottoscritto, anche dalla dichiarazione, da parte di quest'ultimo, della volontà di avvalersi della scrittura privata.

Dal momento che i contratti in questione sono stati conclusi per corrispondenza, è ragionevole ritenere che la copia firmata dalla banca non può che essere nella disponibilità della contraente come risulta dai documenti in atti.

Anche se tale circostanza non può costituire prova della avvenuta sottoscrizione da parte della banca, dovendo quest'ultima risultare necessariamente da atto sottoscritto, l'intento della banca di avvalersi del contratto può risultare, *"dalle manifestazioni di volontà da questa esternate ai ricorrenti nel corso del rapporto di conto corrente da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto (bastano a tal fine le comunicazioni degli estratti conto), con conseguente perfezionamento dello stesso"* purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta (Cass. Sez I Sentenza n. 4564 del 22/03/2012).

Orbene, non è specificamente contestato che tali comunicazioni siano avvenute, avendo anzi parte opponente in I memoria ex art. 183 c.p.c. espressamente dichiarato - seppure al fine di far retroagire

il rapporto di c/c - che gli estratti conto relativi al 2002 e seguenti sono prova inconfutabile di tale assunto.

Inoltre i due fideiussori oppositori ai sensi dell'art. 4 della lettera di fideiussione de qua, avrebbero dovuto tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore e di informarsi sullo svolgimento dei suoi rapporti con la banca e nulla hanno contestato durante lo svolgimento del rapporto.

I contratti in questione devono dunque ritenersi validi.

SULLA USURA E SUL LA ILLEGITTIMA CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE DEGLI INTERESSI PASSIVI

Trattasi di doglianze meramente generiche, senza alcun riferimento specifico al contratto di c/c azionato in sede monitoria ed alle relative modalità concrete di esecuzione e senza alcun supporto probatorio.

Quanto all'usura, gli oppositori si sono limitati ad allegare genericamente la incompletezza del TEG, nulla precisando neppure con la I memoria ex art. 183 c.p.c., senza aver prodotto neppure una perizia di parte esplicativa, né i decreti MEF contenenti i tassi soglia trimestralmente individuati, in relazione ai quali non è invocabile il principio *jura novit curia* trattandosi di fonti secondarie.

Anche l'eccezione di illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi è infondata, sia in primis perché generica essendo stato il contratto di conto corrente per cui è lite concluso nel 2006 e quindi in epoca successiva alla delibera CIRC 9.02.2000 ed avendo previsto la pari periodicità del computo degli interessi attivi e passivi.

L'allegazione specifica di parte opponente avvenuta solo in I memoria ex art. 183 c.p.c secondo cui tale contratto risalirebbe al 1997 avendo la società intrattenuto sin da tale epoca, il rapporto di conto corrente n omissis con la banca (filiale di Santa Croce sull'Amo) poi trasformatosi in omissis ed essendo il passaggio da Credito Fondiario a omissis avvenuto senza soluzione di continuità, di talché tale conto corrente non sarebbe stato chiuso per poi aprire *ex novo* e con saldo iniziale zero il c/c n. omissis, ma proseguito con tale numero identificativo, essendo state le poste attive e passive del primo conto semplicemente trasposte nel secondo - è tardiva, avendo potuto i fideiussori specificare le poste anatocistiche ed il relativo periodo sin dall'atto di opposizione, in cui sono invece limitati a generiche allegazioni, quali quella che il rapporto di c/c fosse preesistente e di molti anni rispetto a quello indicato.

Quanto alla illegittimità delle CMS, anche se tale eccezione deve ritenersi improponibile in quanto estranea al corretto *thema decidendum*, per le considerazioni sopra svolte, si osserva che gli oppositori non hanno neppure allegato quando le stesse siano state applicate e per quali importi.

La chiesta CTU è dunque esplorativa.

L'importo ingiunto è, dunque assolutamente certo, liquido ed esigibile.

SULLE VALUTE FITTIZIE

Trattasi di questione anch'essa generica ed improponibile per la natura autonoma della garanzia prestata dagli oppositori.

Non sono state infatti, indicati quali interessi sarebbero stati ultralegali e comunque il conto corrente prodotto da parte opposta sub 4 presenta la indicazione dei tassi di interesse attivi e passivi.

In ogni caso, si osserva come già evidenziato, che non è contestato che le comunicazioni degli estratti conto siano avvenute, anche perché i due fideiussori oppositori ai sensi dell'art. 4 della lettera di fideiussione *de qua* avrebbero dovuto tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore e di informarsi sullo svolgimento dei suoi rapporti con la banca.

Inoltre, non è contestato che gli oppositori non abbiano mai formalmente contestato, prima dell'instaurazione del presente giudizio, la correttezza e veridicità delle operazioni contabili riportate negli estratti conto periodici pacificamente inviati alla società debitrice.

Neppure risulta specificata, né in atto di opposizione, né in I memoria ex art. 183 c.p.c., quale sarebbe stata la comunicazione peggiorativa delle condizioni contrattuali.

L'eccezione in esame è dunque destituita di fondamento.

SULLA OMESSA PROVA DEL CREDITO

Assodata la validità dei contratti azionati in sede monitoria, si ritiene che la banca abbia provato il credito, anche nel presente giudizio a cognizione ordinaria, avendo prodotto, gli estratti conto integrali ed analitici del suddetto contratto di c/c.

SULLA NULLITÀ DELLA FIDEIUSSIONE

Gli oppositori hanno sollevato tale eccezione per mancanza di una trattativa preliminare alla sottoscrizione della lettera di fideiussione *de qua*, avvenuta nei locali della BANCA.

Trattasi di eccezione generica.

In ogni caso tale contratto presenta tutti gli elementi necessari ai fini della sua validità, quali la forma scritta, l'accordo sottoscritto dai garanti, con le indicazioni delle loro generalità, la causa, l'oggetto, la durata, la previsione dell'importo massimo garantito (euro 610.000) e la certezza della data (19.03.2008), attestata con ricorso alla procedura in "autoprestazione", comunemente utilizzata in simili circostanze dagli Istituti di Credito.

SUL THEMA PROBANDUM

A fronte della genericità delle allegazioni di parte opponente né l'istanza di esibizione ex art. 210 c.p.c. né la istanza di CTU contabile sono ammissibili, dovendo il *thema probandum* conformarsi a quello *decidendum* che sia stato specificamente allegato.

Del resto tali istanze non sono state neppure reiterate alla udienza di precisazione delle conclusioni, in cui nessuno è comparso per gli oppositori, di talché devono ritenersi rinunciate ed abbandonate.

Sulla estinzione dell'obbligazione fideiussoria

Gli oppositori hanno sollevato l'eccezione in esame in relazione agli artt. 1956 e 1957 c.c..

Si è già detto che nella lettera di fideiussione è contenuta la deroga all'art. 1957 c.c..

Quanto all'art. 1956 c.c. deducono gli oppositori che la situazione economica della debitrice principale (società) si sia costantemente aggravata, fino alla messa in liquidazione della medesima ed al successivo fallimento e che essi non abbiano autorizzato la banca a concedere ulteriore credito a detta società.

Orbene, i fideiussori si sono obbligati ad informarsi in merito alla situazione patrimoniale della società di cui sono stati prima amministratori e poi liquidatori, oltre che soci, come si evince dalla

visura agli atti, di talché é dato ritenere che gli stessi fossero a conoscenza delle condizioni patrimoniali della debitrice principale.

Il fatto che il fideiussore come dallo stesso sostenuto avrebbe cessato la carica di amministratore nel 2007 per poi riassumere, nel 2012, quella di liquidatore, non osta al presente convincimento sia perché nel 2007 il predetto opponente era procuratore della società, sia e soprattutto perché ne era socio, di talché ben avrebbe potuto, con l'impiego della dovuta diligenza, essere a conoscenza delle condizioni economiche della società.

Rilevasi al riguardo che *"in tema di liberazione del fideiussione, l'autorizzazione di cui all'art. 1956 c.c. non è configurabile come accordo "a latere" del contratto bancario cui la garanzia accede, sicché non richiede la forma scritta "ad substantiam" e può essere ritenuta implicitamente e tacitamente concerna dal garante, in applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti, laddove emerga perfetta conoscenza, da parte sua, della situazione patrimoniale del debitore garantito"* (Cass. Sez. I, Sentenza n. 4112 del 02/03/2016).

SULLE SPESE DI LITE

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo ai sensi del D.M. 55/2 014, in relazione al valore effettivo della controversia ed alla attività espletata.

P.Q.M.

Il Tribunale definitivamente pronunciando nella causa promossa dai fideiussori nei confronti della banca, ogni contraria istanza eccezione e deduzione respinta, così provvede:

- 1.respinge l'opposizione e per l'effetto conferma integralmente il D.I. opposto;
- 2.condanna gli opposenti in solido tra loro alla rifusione in favore della convenuta opposta delle spese di lite, liquidate in euro 21.387,00 per compenso al difensore, oltre spese generali, Iva e Cap come per legge.

Firenze, 15 novembre 2016

Il Giudice
Dott.ssa Anna Primavera

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*