

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI BOLOGNA
QUARTA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice Dott. Anna Maria Rossi ha pronunciato la seguente

SENTENZA

FIDEIUSSORE

- attore/i -

Contro

BANCA

- convenuto/i -

CONCLUSIONI

FIDEIUSSORE, con i propri procuratori, si riporta alle conclusioni così come rassegnate nell'atto di citazione e riformulate, a precisazione della domanda, alle pag. 18 e 19 della memoria ex art. 183 co. 6 n. 1) c.p.c.. BANCA, tramite il proprio difensore, precisa come da comparsa di costituzione e risposta.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione il Tribunale di Bologna, su ricorso di BANCA, emetteva decreto ingiuntivo n. omissis/12 nei confronti del sig. FIDEIUSSORE, residente in OMISSIS, quale fideiussore della OMISSIS spa, per il pagamento in favore della società ricorrente della somma di €. 1.148.753,06, oltre interessi maturati e maturandi al tasso convenzionale del 15% dall'ultima liquidazione su Euro 1.142.753,06 ed interessi maturati e maturandi al tasso legale dal 21.06.2012 su Euro 6.000,00 e sino al saldo effettivo ed integrale e con ulteriore condanna dell'ingiunto al pagamento delle spese di procedura monitoria liquidate in complessivi €. 3.678,00 oltre accessori di legge;

L'ingiunto proponeva opposizione con atto di citazione notificato il successivo OMISSIS; eccepiva la litispendenza in ragione del procedimento connesso presso il Tribunale di Avezzano e nel merito la mancanza di prova scritta del credito azionato in via monitoria, l'illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi e della commissione di massimo scoperto, l'applicazione di tassi usurari, l'inoperatività della garanzia fideiussoria, e chiedeva, previa sospensione della provvisoria esecutività, la revoca e/o dichiarazione di nullità del decreto ingiuntivo opposto con condanna della società BANCA al pagamento delle spese di lite.

Si costituiva in giudizio BANCA, chiedendo il rigetto della domanda di parte opponente, con condanna al pagamento delle spese di lite; rilevava infatti che la fideiussione era stata rilasciata a prima richiesta, ed escludendo la possibilità, per il fideiussore, di sollevare le eccezioni relative al rapporto principale.

Assegnati i termini per memorie ex art.183 c.p.c., comma 6, la difesa attrice sollevava ulteriori e più dettagliate questioni di nullità, in relazione alla mancata pattuizione delle condizioni economiche, chiedendo di applicare i tassi sostitutivi ed escludere commissioni e spese non dovute; la causa veniva rinviata a precisazione delle conclusioni, alla udienza del

Sentenza, Tribunale di Bologna, Dott.ssa Anna Maria Rossi, n. 92 del 12 gennaio 2017

22.10.2015, e tuttavia rimessa in istruttoria, al solo fine di acquisire la consulenza tecnica depositata e la sentenza emessa nel parallelo giudizio radicato nei confronti del debitore principale, ritenendo opportuno, ai fini della compiuta valutazione circa il perimetro delle obbligazioni assunte dal garante, e la efficacia della clausola *solve et repete*, acquisire elementi circa la istruttoria svolta nel parallelo giudizio pendente tra il debitore principale e la banca.

Quindi veniva nuovamente trattenuta in decisione, senza ulteriori depositi di memorie.

In diritto, si premette che le parti possono determinare, attraverso la deroga convenzionale alle norme dispositive contenute agli artt. 1936 s.s. c.c. che disegnano la disciplina ordinaria della fideiussione, forme contrattuali atipiche di garanzia (c.d. contratto atipico di garanzia), la cui ammissibilità nel nostro ordinamento, in quanto espressione dell'autonomia negoziale delle parti, è sottoposta unicamente al giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c.

In particolare, grande estensione hanno nella prassi commerciale e bancaria le garanzie definite come autonome, il cui carattere distintivo è costituito appunto dalla negazione dell'accessorietà, che discende dall'esclusione della facoltà, in capo al garante, di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta per la fideiussione dall'art. 1945 c.c., e dalla conseguente preclusione della legittimazione del debitore a chiedere che il garante opponga al creditore garantito le eccezioni nascenti dal rapporto principale, nonché della proponibilità di tali eccezioni al garante successivamente al pagamento da quest'ultimo effettuato (cfr. Cass., 2009, n. 14621; 2006, n. 23900; 2008, n. 903).

In buona sostanza, 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.

Con la sentenza 18 febbraio 2010, n. 3947, le Sezioni Unite della Cassazione hanno anche operato una estensione sul piano interpretativo delle garanzie autonome, atteso che componendo il contrasto giurisprudenziale sorto circa l'idoneità o meno della clausola di pagamento "A SEMPLICE RICHIESTA" o "A PRIMA RICHIESTA" a determinare la trasformazione della fideiussione in contratto autonomo di garanzia, hanno affermato la tendenziale idoneità già della predetta clausola ad orientare l'interprete verso il carattere autonomo della garanzia, salvo che ciò sia incompatibile con il contenuto residuo del contratto.

Resta comunque salvo, in ogni caso, il duplice limite definito, da una parte, dall'escussione fraudolenta o abusiva della garanzia, che avvenga, ad esempio, pur in seguito all'adempimento da parte del debitore principale, a fronte della quale il garante può sempre opporre l'"*exceptio doli*", e dall'altra della radicale nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, nullità sempre opponibile, atteso che in tali casi la norma contenuta all'art.1939 cc deve ritenersi inderogabile, atteso che diversamente il contratto di garanzia consentirebbe di assicurare per via indiretta, il risultato che l'ordinamento vieta (Cass 5044 del 2009, 4446 del 2008, 26262 del 2007, 5997 del 2006).

Ciò premesso, circa l'inquadramento e la disciplina dell'istituto, si osserva che l'atto di fideiussione qui azionato è stato sottoscritto il 18.8.2004, e successivamente integrato per l'aumento dell'impegno fideiussorio prestato: vedi doc. 3 depositati dalla difesa di parte

Sentenza, Tribunale di Bologna, Dott.ssa Anna Maria Rossi, n. 92 del 12 gennaio 2017

ingiungente opposta; l'art. 7, sottoscritto dalla garante anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1341 c.c., prevede la clausola del *solve et repete* tipica di tutte le garanzie a prima richiesta, laddove recita "il fideiussore, in relazione alle obbligazioni nascenti dalla presente fideiussione, è tenuto a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse e ogni altro accessorio" e anche esplicitamente, la autonomia dal rapporto principale, atteso che "non potrà opporre a BANCA le eccezioni opponibili dal debitore principale, derogandosi all'art. 1945 c.c., né potrà rifiutare o sospendere il pagamento nel caso di opposizione del debitore, salvo che per le eccezioni fondate sulla prescrizione del debito garantito o sull'avvenuto adempimento del debitore".

Non vi è quindi dubbio che si tratti di un contratto autonomo di garanzia: il garante ha assunto l'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia rinunciando ad opporre in via generale ed estensiva tutte le eccezioni inerenti al rapporto principale, con la sola eccezione della prescrizione o dell'adempimento del debito garantito.

La disciplina contrattuale articolata dalle parti contiene anche una norma di chiusura, all'art. 8, secondo cui, qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate: visto il carattere autonomo della garanzia la previsione trova spazio nel caso di nullità radicale per contrarietà a norme imperative del rapporto obbligatorio principale, che per quanto diano detto non lascia indenne di conseguenze il rapporto di garanzia: si è così inteso prevedere che la garanzia mantenga i propri effetti, nei limiti della restituzione.

L'autonomia che caratterizza il rapporto fra il garante e il creditore beneficiario nell'ambito del contratto autonomo di garanzia comporta dunque che la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale non può essere opposta al medesimo creditore, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa e salvo che, attraverso il contratto autonomo si intenda assicurare un risultato vietato dall'ordinamento.

La nullità della pattuizione di interessi ultralegali e le altre contestazioni, circa la debenza di commissioni, e spese, non adeguatamente previste non si comunica al contratto autonomo di garanzia, non essendo vietato in assoluto nel nostro ordinamento il pagamento di tali interessi e spese ma soltanto quello di interessi usurari (Cass., 2009 n.5044; 2002 n. 3326).

Ora, nel caso in esame, la difesa dell'opponente ha contestato, in varie forme, la quantificazione del proprio credito operato dalla banca, con eccezioni relative alla esecuzione del rapporto principale in questa sede inammissibili, per quanto si è detto, circa il carattere autonomo della garanzia prestata.

L'unico aspetto di nullità (parziale) del rapporto debitorio, correlata alla violazione di norme imperative riguarda la applicazione di interessi usurari: in tali limiti la domanda di accertamento della nullità deve essere esaminata, atteso che, ove la difesa opponente fornisca la prova effettiva del superamento del limite dell'usura, ne risulterebbe influenzata anche la obbligazione di garanzia.

A tal fine è stata disposta la acquisizione della consulenza svolta nel corso della separata causa tra il debitore principale e la banca creditrice.

Peraltro, anche esaminando la consulenza tecnica depositata nella parallela causa radicata dalla società, debitrice principale, il Tribunale di Bologna non ravvisa la prova della applicazione di interessi usurari, che ovviamente spetta alla parte opponente di fornire per intero.

Sentenza, Tribunale di Bologna, Dott.ssa Anna Maria Rossi, n. 92 del 12 gennaio 2017

La fattispecie dell'usura oggettiva configura un'ipotesi di “norma penale in bianco il cui precetto è destinato ad essere completato da un elemento esterno, che completa la fattispecie incriminatrice giacché rinvia, al fine di adeguare gli obblighi di legge alla determinazione del tasso soglia, ad una fonte diversa da quella penale, con carattere di temporaneità, con la conseguenza che la punibilità della condotta non dipende dalla normativa vigente al momento in cui viene emessa la decisione, ma dal momento in cui avviene l'accertamento”(Cass. pen. n. 46669/2011).

L'individuazione del limite, superato il quale l'interesse può dirsi usurario, avviene attraverso il meccanismo delineato dall'art. 2 della L. 7.3.1996, n. 108, al quale l'art. 644 co. 3 fa rinvio.

Secondo tale disposto, il Ministro del Tesoro (ora Ministro dell'Economia e delle Finanze), sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il cosiddetto tasso effettivo globale medio (TEGM), comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia (artt. 106 e 107, D.Lgs. 1.9.1993, n. 385) nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura.

In questo ambito l'intervento tecnico della Banca di Italia, è necessario, atteso che il rilevamento omogeneo dei tassi e delle condizioni praticate dalle banche, (passaggio a sua volta indispensabile per la corretta formazione del TEGM, su cui costruire la soglia della usura) richiede che l'Organo di Vigilanza dirami le istruzioni agli operatori bancari, fornendo a questi il contributo interpretativo che consenta di operare una rilevazione omogenea (Tribunale di Milano, 03.06.2014, 21.10.2014, 3.12.2014).

D'altro canto, escludendo il carattere vincolante delle Istruzioni della Banca di Italia, si verrebbe a consentire una interpretazione diversificata dalla estensione del precetto penale, con sostanziale violazione del principio di riserva di legge e tassatività delle fattispecie di rilevanza penale, cristallizzati all'art.25 della Costituzione.

In tale senso una recentissima sentenza della Suprema Corte n.12965 del 2016, estensore dott. OMISSIS, che tra i vari argomenti esamina anche questo, osservando: "Pari persuasività, va poi ascritta alla tesi che sostiene la necessità di utilizzare, nella rilevazione dei tassi usurari, dati tra loro effettivamente comparabili.

Come osservato in dottrina, la fattispecie della cd. usura oggettiva (presunta), o in astratto, è integrata a seguito del mero superamento del tasso-soglia, che a sua volta viene ricavato mediante l'applicazione di uno spread sul TEGM; posto che il TEGM viene trimestralmente fissato dal Ministero dell'Economia sulla base delle rilevazioni della Banca d'Italia, a loro volta effettuate sulla scorta delle metodologie indicate nelle più volte richiamate Istruzioni, è ragionevole che debba attendersi simmetria tra la metodologia di calcolo del TEGM e quella di calcolo dello specifico TEG contrattuale.

Il giudizio in punto di usurarietà si basa infatti, in tal caso, sul raffronto tra un dato concreto (lo specifico TEG applicato nell'ambito del contratto oggetto di contenzioso) e un dato astratto (il TEGM rilevato con riferimento alla tipologia di appartenenza del contratto in questione), sicchè - se detto raffronto non viene effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo - **il dato che se ne ricava non può che essere in principio viziato.**

In definitiva, può sostenersi che quand'anche le rilevazioni effettuate dalla Banca d'Italia dovessero considerarsi inficiate da un profilo di illegittimità (per contrarietà alle norme primarie regolanti la materia, secondo le argomentazioni della giurisprudenza penalistica citata), questo non potrebbe in alcun modo tradursi nella possibilità, per l'interprete, di

Sentenza, Tribunale di Bologna, Dott.ssa Anna Maria Rossi, n. 92 del 12 gennaio 2017

prescindervi, ove sia in gioco - in una unitaria dimensione afflittiva della libertà contrattuale ed economica - l'applicazione delle sanzioni penali e civili, derivanti dalla fattispecie della cd. usura presunta, dovendosi allora ritenere radicalmente inapplicabile la disciplina antiusura per difetto dei tassi soglia rilevati dall'amministrazione.

In definitiva, la interpretazione che considera vincolanti le istruzioni della banca di Italia viene qui rappresentata come l'unica compatibile con i precetti costituzionali.

Poiché la consulenza tecnica svolta nel parallelo giudizio non si è attenuta a tali criteri, ma ha sommato la Commissione di Massimo Scoperto agli interessi, per determinare il TEG, laddove notoriamente la CMS non veniva mai considerata, nelle rilevazioni trimestrali del TEGM, le affermazioni conclusive della relazione non valgono a dimostrare l'effettivo il superamento del limite dell'usura.

Vi è da aggiungere che, pur discostandosi inammissibilmente dalle istruzioni della Banca di Italia, la consulente ha rilevato un modesto sfioramento del tasso soglia, solo per il primo trimestre del 2006, il che rassicura ulteriormente circa la infondatezza della domanda di accertamento di nullità del tasso pattuito, per contrasto alla norma sull'usura.

La opposizione deve conclusivamente essere respinta, e le spese della lite poste a carico dell'opponente, che soccombe; nella liquidazione si tiene conto della assenza di istruttoria orale e tecnica.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone: - respinge la opposizione proposta da FIDEIUSSORE nei confronti di BANCA, confermando il decreto ingiuntivo OMISSIS del 2012; - condanna l'opponente a rifondere alla Banca opposta le spese di lite, che si liquidano in € 21.000,00 per compensi, oltre i.v.a., c.p.a. e spese generali.

Bologna, 2 gennaio 2017

Il Giudice dott. Anna Maria Rossi

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