

Sentenza, Tribunale di Modena, Giudice Martina Grandi n. 237 del 09 febbraio 2018

[www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE DI MODENA  
PRIMA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice Martina Grandi, ha pronunciato la seguente  
**SENTENZA**

nella causa civile di I Grado promossa da:  
**MUTUATARI E FIDEIUSSORI**  
*omissis*

**contro**

BANCA.

E

SOCIETA' DI GESTIONE CREDITI

**CONCLUSIONI**

La parte attrice come da atto di citazione, la parte convenuta come da foglio di precisazione delle conclusioni, la terza chiamata come da comparsa di costituzione e risposta.

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

Con atto di citazione notificato (*omissis*), quali MUTUATARI, e (*omissis*), quale FIDEIUSSORE, hanno convenuto in giudizio la BANCA chiedendo l'accertamento della nullità della clausola determinativa del saggio degli interessi di mora di un mutuo ipotecario e della liberazione del fideiussore ex art. 1956 c.c. nonché la condanna della convenuta alla restituzione degli interessi usurari.

Allegavano che al momento della conclusione del contratto (29.7.2004) il saggio degli interessi corrispettivi pattuito (4,02%) era inferiore al tasso soglia *pro tempore* vigente (5,850%), mentre il saggio degli interessi moratori era superiore (6,02%) e che la parte variabile del tasso annuo di interesse era indeterminabile, avendo la banca omesso di indicare la data di rilevazione della media EURIBOR.

Allegavano, infine, che la BANCA aveva ceduto il credito oggetto del mutuo a SOCIETÀ S.R.L. ex artt. 58 T.U.B. e 1 ss. L. 30.4.1999 n. 130, conservando la titolarità del rapporto contrattuale, e che non aveva consegnato ai mutuatari la copia del contratto e del piano di ammortamento richiestale ex art. 119 T.U.B. con missiva del 24-28.1.2014.

Costituitasi in giudizio, la BANCA eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva sostenendo di aver sostituito a sé la SOCIETÀ S.R.L. in tutte le obbligazioni nascenti dai contratti che erano titolo delle cessioni dei crediti e di aver risolto dal 3.3.2011 il contratto di *servicing* concluso con la cessionaria per il compimento degli atti giuridici inerenti ai su indicati contratti. Indicava quale nuova *servicer* di SOCIETÀ S.R.L. la SOCIETÀ DI GESTIONE CREDITI e chiedeva l'autorizzazione alla sua chiamata in causa.

Nel merito, contestava sia l'inadempimento *ex adverso* allegato, deducendo l'applicabilità dell'art. 119 T.U.B. ai soli documenti concernenti specifiche operazioni e non al contratto e ai suoi allegati, sia di aver violato la L. 7.3.1996 n. 108. In particolare sosteneva che gli interessi moratori non soggiacciono alla disciplina anti-usura e che comunque la nullità della clausola determinativa del loro

*Sentenza, Tribunale di Modena, Giudice Martina Grandi n. 237 del 09 febbraio 2018*

saggio non rende il mutuo gratuito. Contestava, infine, che vi fossero le condizioni per la liberazione del fideiussore ex art. 1956 c.c.

Costituitosi a propria volta in giudizio quale mandatario di SOCIETÀ SRL, la SOCIETÀ DI GESTIONE CREDITI, aderiva alle difese svolte nel merito dalla convenuta.

La causa, istruita con prove documentali, era posta in decisione all'udienza del 7.11.2017 sulle conclusioni in epigrafe.

L'eccezione di carenza di legittimazione passiva della convenuta è infondata.

Al fine di valutare la legittimazione a contraddire, che attiene alla titolarità passiva dell'azione, deve essere esaminata la domanda, ove la parte attrice è tenuta a indicare un soggetto come titolare dell'obbligo o della diversa situazione giuridica soggettiva di svantaggio dedotta in giudizio. Se non svolge questa prospettazione, la sua azione è inammissibile. In caso contrario, l'accertamento che il convenuto non è titolare dell'obbligo dedotto attiene al merito della causa e non esclude la legittimazione a resistere in giudizio (CC S.U. 16.2.2016 n. 2951).

Dai documenti in atti si evince che il contratto quadro concluso tra la BANCA (cd. «Originator») e la SOCIETÀ («Acquirente») è una cessione aggregata di crediti propedeutica alla loro cartolarizzazione e non una cessione dei contratti da cui tali crediti nascono (doc. 1 conv.).

La premessa e il testo dell'accordo riportano che l'acquirente intende «acquistare con cadenza mensile *pro soluto* dall'Originator [...] alcuni portafogli di crediti derivanti da mutui erogati e da erogarsi ai sensi di Contratti di Mutuo stipulati e da stipularsi dall'Originator con i Debitori» (lett. b, art. 11). Precisano che «i crediti compresi in ciascun Portafoglio» costituiscono «una pluralità di crediti pecuniari individuabili in blocco» ex artt. 1 e 4 L. 30.4.1999 n. 130 (lett. c, artt. 2.3, 4.1) ceduti al fine della loro cartolarizzazione da parte dell'acquirente (lett. d). Infine l'adempimento da parte del cedente degli obblighi relativi ai mutui è disciplinato autonomamente dagli artt. 14.5 e 14.8, che obbligano il cedente alla girata dei titoli di credito divenuti esigibili dopo la cessione e alla conservazione di tutti i documenti inerenti ai contratti di finanziamento.

Il contratto quadro di cessione si è perfezionato il 15.5.2004, il mutuo ipotecario il successivo 29.7.2004 e la prima rata è scaduta il 29.8.2004 (art. 3 doc. 6 conv.). Nella Gazzetta ufficiale n. 285 del 4.12.2004 la SOCIETÀ ha comunicato l'avvenuta pubblicazione della cessione nella Seconda Parte della Gazzetta Ufficiale n. 121 del 25.5.2004, ove si legge che «l'acquirente ha conferito incarico alla SOCIETÀ SRL [...] affinché per suo conto [...] proceda all'incasso delle somme dovute. In forza di tale incarico, i debitori ceduti continueranno a pagare alla SOCIETÀ s.r.l. ogni somma dovuta in relazione ai crediti ceduti nelle forme previste dai relativi contratti di mutuo» (doc. 4 conv.). In esecuzione del mandato la BANCA ha svolto fino al 3.3.2011 «attività di amministrazione, gestione, incasso dei crediti» (comparsa di costituzione, p. 10)

Gli effetti indicati dall'art. 1264 c.c. si sono prodotti nei confronti dei debitori ceduti il 4.12.2004 (art. 584 T.U.B.).

I mutuatari e il fideiussore hanno fatto valere profili di invalidità del mutuo ipotecario e hanno chiesto la ripetizione degli interessi già corrisposti alla BANCA nonché l'accertamento che sulle rate a scadere non sono dovuti interessi e che il fideiussore è liberato dalla garanzia ex art. 1956 c.c. Correttamente, quindi, hanno convenuto in giudizio la loro controparte e avevano interesse a proporre le domande di nullità e di ripetizione degli importi che si accertassero riscossi *sine titulo* nei confronti di chi ha sottoscritto il contratto e ha ricevuto il pagamento delle rate, benché quale *adiecta solutionis causa*.

*Sentenza, Tribunale di Modena, Giudice Martina Grandi n. 237 del 09 febbraio 2018*

Con la cessione, però, la SOCIETÀ ha acquistato la titolarità del credito e la legittimazione a chiedere ai debitori ceduti l'adempimento. Affinché le sia opponibile l'eventuale accertamento dell'invalidità parziale del titolo costitutivo del credito e della gratuità del mutuo «con conseguente obbligo per i sigg.ri MUTUATARI di restituire con le rate a scadere il solo capitale mutuato» (conclusioni dell'atto di citazione, p. 8), è necessario, quindi, che la cessionaria partecipi al processo, quindi gli attori avrebbero dovuto citare anche la SOCIETÀ?

Alla luce del complessivo tenore della citazione la domanda di ripetizione dell'indebito si intende proposta solo dai mutuatari, essendo pacifico che il fideiussore non ha sostenuto esborsi nei confronti della BANCA, e la domanda di liberazione ex art. 1956 c.c. si intende proposta dal solo garante.

Nel merito le domande sono infondate.

Le parti hanno convenuto un saggio degli interessi corrispettivi fisso per le prime due rate mensili del 4,02 % nominale annuo e variabile per le rate successive sino alla scadenza del mutuo, pari alla media aritmetica dei dati giornalieri EURIBOR (Euro Interbank Offered Rate) sei mesi base 365 pubblicato su Il Sole 24 Ore, relativi al secondo e terzo mese solare interi antecedenti alla data di revisione antecedente a quello di stipula, arrotondato allo 0,010 superiore, maggiorata dell'1,95% (art. 4: doc. 6 conv.). Hanno stabilito, inoltre, una clausola di salvaguardia (art. 4, ult. pt.). Il saggio degli interessi di mora è stato pattuito come maggiorazione del 2% del tasso nominale annuo (art. 5: doc. 6 conv.).

L'onere formale richiesto per la validità della clausola sul saggio ultra-legale di interessi (artt. 1284 c.c. e 117 T.U.B.) può essere adempiuto con l'adozione di indici univoci e conoscibili *ab origine*. Nel caso di specie il parametro di riferimento (EURIBOR) e il duplice criterio di determinazione (durata di sei mesi e divisore di 365) sono sufficientemente precisi e non dipendono da una decisione arbitraria della banca.

Contrariamente alle deduzioni della parte attrice, inoltre, la data di rilevazione è indicata, essendo richiamati i dati Euribor «relativi al secondo e terzo mese solare interi antecedenti alla data di revisione antecedente a quello di stipula». Il saggio degli interessi è quindi determinabile e conforme alla disciplina dell'oggetto del contratto (artt. 1346 e 1418 c.c.).

Gli interessi moratori hanno natura e funzione diverse dagli interessi corrispettivi, costituendo una tecnica di determinazione forfettaria del danno da inadempimento volta a compensare il creditore del danno emergente subito per il ritardo nel pagamento e idonea a soddisfare finalità sanzionatorie del debitore in ragione del saggio convenuto.

**La pattuizione è riconducibile al genus delle clausole penali** (cfr. CC 17.3.1994 n. 2538; CC 21.6.2001 n. 848; CC 18.11.2010 n. 23273; Trib. Bologna 28.6.2016 n. 1722; Trib. Milano 16.2.2017 n. 1906).

L'orientamento favorevole all'applicabilità della L. 7.3.1996 n. 108 agli interessi moratori si fonda su incisi normativi che imporrebbero di considerarli "come se" fossero omogenei agli interessi corrispettivi, con ciò riconoscendo in modo indiretto l'impossibilità di considerarli una forma di remunerazione della disponibilità di capitale.

La Corte costituzionale (sent. 25 febbraio 2002 n. 29) ha affermato, in un *obiter dictum*, che il richiamo contenuto nell'art. 11 d.l. 29.12.2000 n. 394 agli interessi «a qualunque titolo convenuti [...] rende plausibile [...] l'assunto [...] secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori». La Corte di Cassazione (in particolare CC I 9.1.2013 n. 350) ha ripreso testualmente l'inciso senza motivarlo ulteriormente e senza indicare quali sarebbero le corrette modalità di computo del saggio degli interessi di mora nell'accertamento della sua eventuale usurarietà.

Si è persuasivamente osservato, invece, che l'art. 11 d.l. 29.12.2000 n. 394 non avrebbe potuto modificare la fattispecie delittuosa tipizzata dall'art. 644 c.p. «equiparando gli oneri da inadempimento (quali gli interessi moratori) a remunerazioni e prestazioni corrispettive all'erogazione del credito», essendo la legge di interpretazione autentica volta esclusivamente a definire *ex tunc* l'area semantica di norme suscettibili di interpretazioni dubbie o confliggenti (Trib. Treviso 12.11.2015). L'art. 644 c.p., invece, non poneva questa problematica atteso che la *ratio legis* del d.l. 29.12.2000 n. 394 era di dirimere la questione dell'usurarietà sopravvenuta (Trib. Treviso 12.11.2015) e che l'espressione «interessi convenuti a qualsiasi titolo» è analoga all'inciso contenuto nell'art. 644 c.p. «sotto qualsiasi forma», quindi è plausibile sostenere che il d.l. 29.12.2000 n. 394 si sia riferito agli interessi usurari quali concepiti dalla norma incriminatrice come utilità corrisposta o promessa, sotto qualsiasi forma, purché «in corrispettivo».

Inoltre, l'interpretazione letterale dell'art. 644 c.p. non avvalorava l'univoca conclusione che il «collegamento all'erogazione del credito», potenzialmente idoneo ad emancipare l'interesse usurario dalla logica della corrispettività, si riferisca a remunerazioni, commissioni e spese (cfr. Trib. Torino 27.4.2016, secondo cui la formula «collegamento all'erogazione del credito», essendo più ampia del sintagma «in corrispettivo della prestazione di denaro», comprende costi inerenti al finanziamento benché estranei accessori al sinallagma), anziché – come pare più corretto – solo alle spese.

Comunque, se è oltremodo dubbia l'assimilazione degli interessi moratori alle «remunerazioni collegate all'erogazione del credito», dal momento che la loro parziale valenza remunerativa presuppone sempre il ritardo nella restituzione del capitale, deve escludersi la loro equiparabilità alle «spese» cui si riferisce l'art. 644 c.p.

Il Tribunale ritiene più persuasivo l'orientamento contrario, avvalorato da specifici riscontri normativi, quali l'art. 19 par. 2 dir. 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori, che testualmente esclude dal calcolo del TAEG eventuali penali per inadempimento e l'art. 1284 c.c. che, determinando il saggio di interesse legale dei crediti litigiosi con il rinvio agli artt. 4 e 5 d. lgs. 9.10.2002 n. 231, consente indirettamente di pattuire interessi moratori superiori al tasso d'usura, sovente inferiore al tasso stabilito dalla disciplina sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali (Trib. Modena 7.9.2016 n. 1703).

Ove si aderisse all'orientamento favorevole all'applicazione della L. 7.3.1996 n. 108 agli interessi moratori, la clausola di salvaguardia renderebbe valida la pattuizione del saggio ultra-legale riducendolo sino al tasso soglia nel caso di un suo superamento (Trib. Napoli 9.1.2014; Trib. Roma 16.9.2014).

**Nel caso di specie nessuna delle parti ha allegato un ritardo dei mutuatari né conseguentemente l'applicazione degli interessi moratori, che sono dovuti solo in caso di inadempimento, quindi non può neppure stabilirsi se vi fossero le condizioni per applicare la clausola di salvaguardia.**

Ciò, inoltre, preclude di valutare la manifesta eccessività del saggio ultra-legale ai fini della sua riduzione equitativa (cfr. Trib. Modena 22.6.2017 e Trib. Modena 8.2.2017) e renderebbe infondata la domanda di restituzione della parte attrice, che invece è assorbita, unitamente alla domanda della convenuta, nei confronti della terza chiamata.

Vanno egualmente respinte le domande di accertamento della liberazione del fideiussore ex art. 1956 c.c. e di condanna della banca «qualora non vi avesse già provveduto spontaneamente, di effettuare la corretta segnalazione del presente procedimento in Centrale dei Rischi». Gli attori hanno omesso di allegare e provare i fatti costitutivi della prima e hanno proposto la seconda in forma dubitativa.

*Sentenza, Tribunale di Modena, Giudice Martina Grandi n. 237 del 09 febbraio 2018*

Benché appaia irrilevante ai fini della decisione l'esame della questione dell'eventuale inadempimento della convenuta al rilascio di copia del mutuo e del piano di ammortamento (prodotti in giudizio sub doc. 6 conv.), si osserva che l'art. 119 T.U.B. si riferisce solo alla documentazione contabile in possesso della banca, non al testo del contratto e ai suoi allegati, che i mutuanti mai hanno negato di aver ricevuto e che perciò sarebbe stato loro onere produrre in giudizio.

Il rigetto delle domande determina l'assorbimento delle richieste subordinate della convenuta e della terza chiamata.

Le spese processuali seguono la soccombenza e devono essere liquidate in dispositivo secondo i parametri del D.M. 10.3.2014 n. 55 avuto riguardo alle prestazioni difensive rese e alla complessità della causa.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale di Modena, definitivamente pronunciando sulle domande proposte da (omissis) MUTUATARI E FIDEIUSSORI nei confronti della BANCA e sulla domanda da questa proposta nei confronti della SOCIETA' DI GESTIONE CREDITI, disattese o assorbite tutte le contrarie domande ed eccezioni: dichiara la legittimazione passiva della convenuta; respinge nel merito tutte le domande della parte attrice.

Condanna MUTUATARI E FIDEIUSSORI (omissis) in solido tra loro alla refusione delle spese processuali in favore della BANCA, che liquida in € 539,11 per anticipazioni ed € 5.871,00 per compensi, oltre spese generali, Iva e Cpa come per legge.

Condanna I MUTUATARI E FIDEIUSSORI in solido tra loro alla refusione delle spese processuali in favore della SOCIETA' DI GESTIONE CREDITI, che liquida in € 5.871,00 per compensi, oltre spese generali, Iva e Cpa come per legge.

Modena, 6 febbraio 2018

Il Giudice  
Martina Grandi

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