

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI ANCONA**

Il Tribunale di Ancona, in persona del giudice istruttore dott.ssa Dorita Fratini, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. *omissis* ruolo generale degli affari contenziosi civili dell'anno 2015 e vertente

TRA

MUTUATARI

OppONENTI

BANCA

CONVENUTI

CONCLUSIONI

Parte opponente:

"Voglia l'Onorevole Tribunale di Ancona, *contrariis reiectis*, «— NELLA DECISIONE» «A) PROCEDURALE, IN VIA PRELIMINARE, accertare la propria incompetenza territoriale a decidere della presente controversia, per essere questa devoluta alla cognizione del Tribunale di Roma, e, per l'effetto, di ciò farne dichiarata statuizione, indicando appunto come competente il Tribunale di Roma, con ogni consequenziale provvedimento di legge; «B) MERITALE, respingere le domande avanzate dalla Banca, di che si controverte, nei confronti dei MUTUATARI segnatamente per il pagamento di 568.681,98 euro, oltre interessi e accessori derivanti dai singoli rapporti bancari in alti, siccome infondate e illegittime in fatto e in diritto, e revocare il decreto ingiuntivo opposto, con declaratoria di nulla ovvero, in subordine, senza acquiescenza e con animo di impugnare, di parte dovuto, «B.1) previamente accertata e dichiarata, per le ragioni di opposizione in atti, l'invalidità e/o l'inesistenza e/o l'estinzione della fideiussione che la Banca opposta asserisce esser stata rilasciata dalla deducente Parte opponente; «B.2) ovvero previamente accertata e dichiarata l'illiceità o l'illegittimità della pretesa creditoria vantata anche nei confronti della deducente Parte opponente siccome determinata con applicazione di tasso usurario sotto le pene dell'art. 644 c.p. e di ogni altra disposizione normativa al riguardo, come in atti riportata; «B.3) e tutto ciò, appunto, nella misura totalitaria ovvero, in subordine, senza acquiescenza e con animo di impugnare, parziale che sarà ritenuta di giustizia; «C) CON OGNI CONSEGUENZA DI LEGGE E DI RAGIONE, anche in ordine alle spese, pure tributarie, e alle spettanze di difesa», disponendo la distrazione, ai sensi dell'art. 93 cod. proc. civ., in favore dei sottoscritti difensori, che hanno integralmente anticipato le spese e non hanno riscosso onorari né alcun compenso. «—NELL'ISTRUTTORIA, senza inversione alcuna dell'onere probatorio», i procuratori dei MUTUATARI insistono per l'ammissione, l'espletamento e l'integrazione dei mezzi probatori e istruttori già richiesti, in particolare a) dell'interrogatorio formale della opposta Banca, come instato con la memoria ex art. 183 co. 6 n. 2 cod. proc. civ. di questa Parte (pagg. 2-3); b) della prova per testi, come instato ut supra (pag. 3); c) della prova per testi contraria, diretta e indiretta, come instato ut supra (pag. 3) e con la memoria ex art. 183 co. 6 n. 3 cod. proc. civ. di questa Parte (pag. 5); d) dell'ordine di esibizione e acquisizione in giudizio, alla Parte avversa, di copia di tutti i

Sentenza, Tribunale di Ancona, Giudice Dorita Fratini, n. 1382 del 20 agosto 2018

documenti relativi alla negoziazione 1) del contratto di conto corrente n. 10332 e 2) dei contratti derivati OTC n. omissis e n. omissis, come già oggetto delle disattese istanze stragiudiziali in atti (docc. 13-14); tutto ciò come instato con la "memoria n. 2" ut supra (pagg. 3-4);

e) della consulenza tecnica d'ufficio, come instato con la "memoria n. 2" ut supra (pag. 4); f) nonché di ogni altro mezzo probatorio e istruttorio nei propri atti di difesa o a verbale di udienza già domandato; g) con richiamo e fruizione di tutta la produzione documentale di questa Parte in giudizio effettuata."

Parte opposta: "Voglia l'Ill.mo Tribunale di Ancona, contrariis reiects, NEL MERITO: respingere l'opposizione avversaria in quanto infondata in fatto e in diritto e, per l'effetto, confermare il decreto ingiuntivo opposto in ogni sua parte o, in subordine, condannare i MUTUATARI, al pagamento, in solido fra loro, in favore della BANCA, in persona del legale rappresentante pro-tempore, della somma di e 568.681,98, o quella maggiore o minore che verrà accertata in corso di causa, oltre interessi legali dal 27.08.2014 al saldo".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato, gli istanti opponevano il decreto ingiuntivo n. omissis emesso dal Tribunale di Ancona in data 8/1/2015 che, su istanza della banca opposta, ha ingiunto il pagamento della somma di euro 568.681,98, oltre accessori, con riferimento ai crediti maturati in relazione al contratto di apertura di credito in conto corrente stipulato il 25.10.2005 e al mutuo fondiario n. omissis stipulato il 13.5.2010 dalla omissis, entrambi garantiti dalla fideiussione prestata dai suddetti oppositori in data 31.10.2005.

A fondamento della domanda deducevano: l'incompetenza per territorio del giudice adito, operando nel caso di specie il foro del consumatore ex art. 33 Dlgs 206/2005 e dunque il foro di Roma, anche in forza degli artt. 18 e 20 cpc; la non riferibilità della fideiussione al mutuo oggetto della domanda monitoria; l'estinzione della fideiussione ai sensi dell'art. 1956 cc; la liberazione degli stessi garanti ai sensi dell'art. 1955 cc; la violazione del principio di buona fede integrante abuso del diritto meritevole di tutela risarcitoria e comunque fondante *l'exceptio doli generalis*; la violazione del principio di diligenza professionale; la nullità del contratto di apertura di credito con riferimento agli interessi ultra legali, anatocistici e alla *"provvigione di massimo scoperto"*; la violazione dell'onere della prova da parte della banca; il possibile superamento dei tassi soglia nel corso del rapporto.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio si costituiva la banca contestando la domanda sia con riferimento alla eccezione di incompetenza del giudice adito che agli altri motivi di opposizione.

Parte opponente invero notificava la citazione anche alla omissis e all'amministratore unico, senza svolgere alcuna domanda nei loro confronti ma come mera *litis denuntiatio*, tuttavia, non andava a buone fine e il giudice disattendeva l'istanza di rinnovo della stessa;

Rigettata l'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto e concessi i termini ex art. 183, comma 6 cpc, sulle conclusioni delle parti la causa veniva riservata in decisione con concessione dei termini di rito per lo scambio degli scritti conclusionali.

Parte opponente ha eccepito l'incompetenza per territorio del Tribunale di Ancona, sul presupposto che i fideiussori debbono essere qualificati come consumatori, pertanto in forza dell'art. 36 e dell'art. 63 del Codice del Consumo la clausola contrattuale che individua la competenza del Tribunale di Ancona sarebbe nulla.

La Banca ha contestato l'eccezione richiamando la giurisprudenza di legittimità secondo cui all'obbligazione garantita deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore anche in

Sentenza, Tribunale di Ancona, Giudice Dorita Fratini, n. 1382 del 20 agosto 2018

punto di competenza, in quanto nel contratto di fideiussione, l'obbligazione del garante è funzionale rispetto a quella garantita (Cass., n. 24846/2016; n.16827/2016; n.25212/2011).

Occorre tuttavia evidenziare che la normativa europea (Direttiva 93/13/CEE, art.2 lettera b) in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori definisce "consumatore" quel soggetto che agisce per fini che non rientrano nel quadro della propria attività professionale e nella interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia Europea (ordinanza del 19.11.2015 punti 26 e 27) il contratto di fideiussione deve essere considerato, da un punto di visto soggettivo, come un contratto distinto e ulteriore rispetto a quello concluso tra debitore principale e creditore senza che la qualità del debitore principale possa essere estesa al garante ma, al contrario, la qualità di consumatore o di professionista è da valutare esclusivamente in relazione al soggetto che ha concluso il contratto di garanzia ed ha stabilito che *"gli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che tale direttiva può essere applicata a un contratto di garanzia immobiliare o di fideiussione stipulato tra una persona fisica e un ente creditizio al fine di garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di detto ente in base a un contratto di credito, quando tale persona fisica ha agito per scopi che esulano dalla sua attività professionale e non ha alcun collegamento di natura funzionale con la suddetta società"*.

Nella stessa pronuncia la Corte afferma che *"la nozione di «consumatore», ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, ha un carattere oggettivo" e "deve essere valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione", spettando "al giudice nazionale ... verificare, tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova, se il contraente in questione possa essere qualificato come «consumatore» ai sensi della suddetta direttiva" e che nel caso specifico di una persona fisica che abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta quindi al giudice nazionale determinare se tale persona abbia agito nell'ambito della sua attività professionale o sulla base dei collegamenti funzionali che la legano a tale società, quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale, o se abbia agito per scopi di natura privata"*.

L'art. 3, c. 1, del d. lgs. n. 206/2005 (nel testo modificato dall'articolo 3 del d. lgs. n.221/2007, laddove stabilisce che "Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per: a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta; ...) ricalca la previsione dell'art. 2, della direttiva n. 13/1993 ("Ai fini della presente direttiva si intende per: b) "consumatore": qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale; ...) cui dà attuazione.

Anche sulla base della costante giurisprudenza di questo Tribunale, si impone una lettura dell'art. 33, lett. u, del D.Igs. n. 206/2005 (*"Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: ... u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore; ..."*) nel senso che la disciplina del consumatore è applicabile alla persona fisica che presti fideiussione per le obbligazioni contratte da una società per lo svolgimento di un'attività d'impresa nei casi in cui il fideiussore non partecipa in nessuna veste ad essa né possa considerarsi direttamente interessato.

Nel caso di specie è provato documentalmente che al momento del rilascio delle fideiussioni future della *omissis* gli odierni opposenti erano tutti soci della società a favore della quale era stato stipulato il contratto di apertura di credito in conto corrente (25.10.2005) e successivamente il mutuo (13.5.2010), entrambi oggetto della domanda monitoria (cfr visura doc. n. 6.8 del fascicolo monitorio e doc. n. 6 del fascicolo di parte opposta).

A ciò si aggiunga che la signora *omissis* è stata anche amministratore della *omissis* (doc.n. I 5 allegato alla seconda memoria ex art. 183, comma 6 cpc e in tale veste ha firmato il contratto di c/c n. *omissis*, oggetto della domanda monitoria doc. n. 6.1 del fascicolo di parte opposta).

Sotto tale profilo a nulla rileva che il signor *omissis* sia diventato socio unico della *omissis* nel 2007, mediante acquisto delle quote dei fideiussori, né che il mutuo venne rilasciato successivamente posto che la qualità di consumatore, per la finalità di protezione del contraente debole cui essa tende, deve essere apprezzata al momento della stipula del contratto di fideiussione e non sulla base di eventi successivi al rilascio della garanzia, che nel caso di specie riguardava le obbligazioni sorte nei rapporti bancari in corso e futuri della società della quale tutti i garanti odierni opposenti erano soci al momento della stipula della fideiussione.

Né si può ragionevolmente sostenere che gli opposenti furono indotti alla stipula della garanzia spinti unicamente dal rapporto parentale e coniugale (cfr atto introduttivo) posto che all'epoca del rilascio delle fideiussioni gli stessi erano anche soci della società e dunque erano direttamente interessati alla stipula della garanzia a favore della società, a prescindere dai legami parentali, pur sussistenti.

Esclusa l'applicabilità al caso di specie del Codice del consumo, sussiste la competenza del Tribunale di Ancona in forza dell'art. 14 del contratto di fideiussione, pienamente valido e non implicante deroga illegittima alla disciplina del foro del consumatore, che, per quanto detto, non trova applicazione al caso di specie. La competenza del Tribunale di Ancona sussiste anche in base all'art. 19 del contratto di conto corrente e dell'art. 12 del contratto di mutuo in cui le parti hanno eletto convenzionalmente il Foro di Ancona.

La competenza del Tribunale adito si radica, altresì, in forza del combinato disposto degli artt. 20 cpc e 1182 cc a mente della prevalente giurisprudenza di legittimità secondo cui "...ai fini dell'individuazione del luogo nel quale l'obbligazione deve essere adempiuta... il domicilio del creditore, cui si riferisce l'art. 1182 c.c., si identifica, nei riguardi di una società, con la sede principale, anche nel caso che vi siano filiali" (Cass. civ. , Sez. VI,09.11.2012, n. 19473; Cass. Civ., Sez. II, 02.05.1997, n. 3778).

Parte opposta assume che la fideiussione stipulata dagli opposenti il 31.10.2005 per l'importo massimo garantito di euro 780.000,00, garantisce soltanto il rapporto di c/c n., *omissis* già esistente al momento del rilascio della garanzia e non il mutuo n. *omissis*, stipulato successivamente in data 13.5.2010.

L'eccezione è infondata sulla base del tenore letterale del contratto di fideiussione che ha ad oggetto non solo le obbligazioni nascenti da operazioni bancarie "*già consentite*" e dunque certamente il contratto di apertura di credito in conto corrente stipulato in precedenza, ma anche quelle che venissero in seguito consentite. Si tratta dunque di una fideiussione omnibus per obbligazioni future con indicazione dell'importo massimo garantito, con la conseguenza che non è conferente la giurisprudenza posta a corredo della eccezione (Cass., n.11875/1995 che è riferita alla diversa ipotesi in cui, pur venendo in rilievo una fideiussione omnibus la banca, dopo la stipula, non aveva concesso l'affidamento, ma aveva azionato la garanzia per

Sentenza, Tribunale di Ancona, Giudice Dorita Fratini, n. 1382 del 20 agosto 2018

un debito pregresso, non contemplato nella garanzia stessa che riguardava solo le obbligazioni future).

Parte opponente assume che la banca ha erogato credito alla società debitrice principale senza conseguire la speciale autorizzazione dei garanti, in violazione dell'art. 1956 cc e degli artt. 1175 e 1375 cc, da cui discende la liberazione degli stessi fideiussori.

Secondo parte opponente la banca avrebbe dovuto valutare con maggiore attenzione le condizioni economiche della *omissis* prima di erogare ulteriore credito attraverso la stipula del mutuo, notiziando i garanti. Assume in particolare che dagli estratti conto della *omissis* depositati in giudizio emergeva un peggioramento della situazione finanziaria tra il 2011 e il 2014 e una condizione di passività della società che avrebbe dovuto indurre la banca stessa a richiedere l'autorizzazione dei garanti prima della erogazione di ulteriore credito alla società. Giova premettere in diritto che l'art. 1956 cc tutela il fideiussore da comportamenti contrari a buona fede posti in essere dal creditore che, consapevole di poter fare affidamento sul patrimonio dei garanti, eroga credito dopo il rilascio della fideiussione e senza l'autorizzazione del garante, pur conoscendo il significativo peggioramento delle condizioni economiche del debitore principale rispetto all'epoca di concessione della garanzia.

In tema di fideiussione per obbligazioni future, per l'applicazione dell'art. 1956 cod. civ. (a mente del quale il fideiussore è liberato in caso di finanziamenti al terzo nonostante il sopravvenuto deterioramento delle sue condizioni economiche, conosciuto dal creditore) devono sia il requisito oggettivo della concessione di un ulteriore finanziamento successivo al deterioramento delle condizioni economiche del debitore e sopravvenuto alla prestazione della garanzia, sia quello soggettivo della consapevolezza del creditore del mutamento in senso peggiorativo delle condizioni economiche del debitore, raffrontate a quelle esistenti all'atto della costituzione del rapporto.

A tal fine, è onere della parte che la invoca provare gli elementi della fattispecie normativa di cui al predetto art. 1956, mentre vanno ricomprese nell'ambito delle semplici deduzioni difensive le osservazioni della controparte che si limitano a sostenere l'inesistenza di tali fatti (Cass., n. 10870/2005).

Le doglianze degli oppositori riguardano esclusivamente la concessione del mutuo ed essi assumono che la banca era a conoscenza della condizione di criticità e della maggiore difficoltà di recupero del credito e ciò emergerebbe dagli estratti del conto corrente prodotti dalla banca dal 2011 al 2014.

Il Tribunale ritiene che parte opponente non abbia assolto all'onere della prova posto che desume la condizione di difficoltà economica da estratti del conto corrente riferiti ad anni successivi alla erogazione del credito e dunque irrilevanti, posto che per la giurisprudenza richiamata ciò che rileva è la situazione di dissesto e di peggioramento delle condizioni economiche del creditore principale nota alla banca al momento della concessione della ulteriore linea di credito, valutata comparativamente con il momento della concessione della garanzia.

Il peggioramento delle condizioni economiche della *omissis* non è stato dimostrato, posto che gli oppositori non hanno illustrato quale fosse la situazione economica della società al momento della stipula della fideiussione in comparazione con quella sussistente al momento della erogazione del finanziamento.

La condizione di solidità economica della *omissis* al momento della erogazione del mutuo, peraltro, è stata ammessa dagli stessi oppositori i quali affermano che la società aveva un patrimonio immobiliare di "svariati milioni di euro" (cfr. atto di citazione).

L'ammissione di parte opponente si salda con gli altri elementi di prova acquisiti nel corso del giudizio ed in particolare con i bilanci della società che evidenziano la non sussistenza di una condizione di "irreversibile insolvenza" al momento della concessione del credito (Cass. Civ., sez. I, 15.06.2004, n. 11269 e successive conformi n. 394/2006; 11979/2013; cfr anche 10870/2005). Ciò trova ulteriore conferma nella ricostruzione patrimoniale della società allegata dagli stessi opposenti ed in separazione tra la signora *omissis* e il signor *omissis*, che ricostruisce la situazione economica della *omissis* fino al 31.12.2010 evidenziandone l'indubbia solidità con riferimento al valore della società nell'anno di erogazione del mutuo pari ad euro 1.216.900,00 (doc. n.5 e n. 17 del fascicolo degli opposenti).

Parte attrice doveva provare il peggioramento delle condizioni economiche della società tra l'epoca del rilascio delle fideiussioni e l'epoca della ulteriore erogazione di finanziamenti, tale onere non solo non è stato assolto, ma è stato smentito dalle stesse allegazioni della parte, pertanto l'eccezione deve essere rigettata.

Le argomentazioni che precedono inducono ad escludere che la banca abbia violato gli artt. 1175 e 1375 cc, non sussistendo all'epoca della erogazione del credito una situazione di dissesto della debitrice principale, provata dagli opposenti e nota alla banca, tale da rendere l'erogazione del credito contraria ai doveri di correttezza e buona fede, con conseguente infondatezza anche delle *exceptio doli generalis* sollevata dagli opposenti.

Parte opponente invoca la propria liberazione ai sensi dell'art. 1955 cc.

Giova premettere in diritto che "Il fatto del creditore, rilevante ai sensi dell'art. 1955 c.c. ai fini della liberazione del fideiussore, non può consistere nella mera inazione, ma deve costituire violazione di un dovere giuridico imposto dalla legge o nascente dal contratto integrante un Atto quanto meno colposo, o comunque illecito, con conseguente sottrazione al fideiussore di concrete possibilità esistenti nella sfera del creditore al tempo della garanzia, che gli avrebbero consentito l'attuazione dell'obbligazione garantita. Il pregiudizio deve, inoltre, essere giuridico, non solo economico, e concretizzarsi nella perdita di un diritto, e non già nella mera maggiore difficoltà di attuarlo per le diminuite capacità soddisfattive del patrimonio del debitore (Cass., n. 9634/2003 e successive conformi n. 28838/2008; n. 9695/2011; n.21833/2017).

Da ciò consegue che il garante che invoca la propria liberazione *ex art. 1955 cc* deve assolvere ad uno specifico onere probatorio e dunque allegare e provare condotte del creditore che hanno determinato la perdita del diritto di surroga.

Nel caso di specie manca non solo la prova ma la stessa allegazione di comportamenti del creditore che abbiano determinato la perdita del diritto di surroga da parte dei garanti e la conseguente sua liberazione, peraltro non attuabile nel caso di specie anche in ragione della clausola contrattuale che esclude espressamente l'operatività dell'art. 1955 cc. (art. 10 della fideiussione).

Con riferimento alla eccezione di nullità delle clausole contenute nel contratto di conto corrente gli opposenti non hanno assolto l'onere di allegazione, posto che non hanno chiarito perché le clausole contrattuali in tema di interessi ultralegali, di anatocismo e sulla commissione di massimo scoperto sarebbero nulle.

Giova rammentare che, sebbene la banca sia nel presente giudizio attore in senso sostanziale avendo incardinato la procedura monitoria, essa ha assolto l'onere della prova che le incombeva producendo il contratto, gli estratti del conto corrente e la certificazione *ex art. 50 TUB*, pertanto in presenza di contestazioni del tutto generiche in ordine alle validità delle

Sentenza, Tribunale di Ancona, Giudice Dorita Fratini, n. 1382 del 20 agosto 2018

clausole contrattuali non può essere invertito l'onere della prova e così gravare la banca di doveri probatori che non le competono.

Il debitore che solleva una eccezione di nullità delle clausole del contratto posto a fondamento della domanda monitoria, ha l'onere di allegare e provare il fatto estintivo del credito azionato, ma tale onere nel caso di specie non è stato assolto e la tesi degli opposenti che grava la banca dell'onere di provare la fondatezza del credito (cfr pag. 13 della citazione) determinerebbe una inammissibile inversione dell'onere della prova. Peraltro le generiche affermazioni degli opposenti sono smentite dal contratto che indica chiaramente la misura degli interessi applicabili, la pari reciprocità della capitalizzazione trimestrale (art. 7) e la commissione trimestrale sul massimo scoperto.

Parte opponente lamenta con riferimento al contratto di conto corrente n. 1332 che la banca potrebbe avrebbe superato i tassi soglia previsti dalla Legge in materia di usura a partire dal 1.4.1997 "data di prima applicazione della l. 108/1996" (cfr atto introduttivo).

L'eccezione è infondata per la sua evidente genericità, posto che il contratto oggetto di causa è stato stipulato il 25.10.2005 ed era onere della parte indicare il trimestre di asserito superamento del tasso soglia, che la parte attrice si limita ad ipotizzare, senza indicare il tasso applicato né quello di riferimento. La stessa formula dubitativa usata dagli opposenti fonda il rigetto della domanda.

A ciò si aggiunga che parte opponente sembra alludere ad una forma di usura cd sopravvenuta rispetto alla stipula del contratto e l'eccezione in tal caso è sicuramente infondata alla luce della recente giurisprudenza di legittimità (Cass. SSUU n. 24675/2017).

Parte opponente nella prima memoria istruttoria ha eccepito la nullità del contratto di conto corrente che presenterebbe una serie di "criticità" con riferimento a "*Contratti derivati OTC n. omissis di cui non si ha contezza*" "*....contratti swap, contratti quadro ed eventuali modifiche, contabili, cedole periodali, documento rischi, documento di sintesi delle condizioni contrattuali, altra documentazione secondo il Regolamento Consob e disposizioni TUF e MiFid, ultimo valore del Mark to Market; documentazione tutta questa di cui anche non si ha contezza*".

L'eccezione è tardiva in quanto sebbene si tratti di una eccezione di nullità essa è fondata su allegazioni in fatto del tutto nuove rispetto all'atto introduttivo del giudizio e comunque è palesemente infondata per il mancato assolvimento dell'onere assertivo prima ancora che probatorio gravante sulla parte, che, per sua stessa ammissione, solleva una eccezione sulla base di operazioni di cui non ha "contezza" e senza disporre della documentazione che la qualificherebbe e dunque non è chiaro su quali basi la parte possa averla sollevata.

L'eccezione non è stata chiarita nei suoi elementi costitutivi nonostante l'integrale produzione da parte della banca degli estratti del conto corrente sulla base dei quali la parte opponente avrebbe potuto e dovuto specificare le asserite poste illegittime generate dalle operazioni elencate e ciò ne conferma la assoluta genericità, non superabile attraverso l'ordine di esibizione o la ctu che si palesano come meramente esplorative e pertanto sono state disattese.

Parte attrice nella prima memoria istruttoria, sulla base di una perizia di parte, assume che il contratto di mutuo presenta delle criticità, in quanto sussisterebbe una difformità tra l'ISC dichiarato nel contratto di mutuo e l'ISC effettivamente applicato dalla banca, il quale sarebbe anche usurario. La difformità tra l'ISC dichiarato e quello effettivo secondo gli opposenti rileverebbe in termini di "*pubblicità ingannevole*", fonte di un danno per il cliente e in forza dell'art. 117 TUB, commi 6 e 7, la clausola sarebbe nulla con conseguente applicazione, come tasso sostitutivo, del rendimento nominale minimo del BOT 12 mesi, più favorevole al

Sentenza, Tribunale di Ancona, Giudice Dorita Fratini, n. 1382 del 20 agosto 2018

Ciente, emesso nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Secondo gli oppositori il contratto sarebbe nullo e, in applicazione dei tassi sostitutivi, la banca dovrebbe restituire la somma di euro 14.841,05 e domanda che essa venga decurtata da quanto richiesto in via monitoria ovvero in subordine, il rimborso del suddetto importo.

L'eccezione di nullità è infondata e ciò determina delle conseguenze anche in punto di ammissibilità, posto che la parte l'ha sollevata solo nella prima memoria istruttoria, proponendo una istanza diretta ad ottenere la riduzione della somma portata nel decreto ingiuntivo ovvero il rimborso della somma asseritamente versata in eccesso dal creditore principale, domande tutte tardive in quanto spiegate nella prima memoria istruttoria.

La doglianza attorea anche se valutata in termini di eccezione riconvenzionale non è condivisibile per le conseguenze che la parte opponente trae dalla asserita difformità tra l'ISC dichiarato nel contratto e quello effettivamente praticato dalla banca.

L'art. 117 TUB non annovera l'indicatore sintetico di costo tra gli elementi essenziali del contratto bancario, ma stabilisce che *"I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora"* e il successivo comma 7 prevede le conseguenze della omessa indicazione degli elementi di cui al comma 4.

Nel caso di specie il contratto di cui è causa indica il tasso di interesse, l'isc, le spese e i maggiori oneri in caso di mora, quindi come tale, rispetta pienamente le norme richiamate.

Con la Delibera del 4 marzo 2003, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 27 marzo 2003, n. 72, il CICR ha dettato disposizioni per la Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Tale delibera si applica ai contratti e ai servizi indicati nell'allegato, il quale contempla anche il contratto di mutuo (cfr allegato).

L'art. 9, comma 2 (informazione contrattuale) stabilisce che la Banca d'Italia individua le operazioni e i servizi per i quali in ragione delle caratteristiche tecniche, gli intermediari sono obbligati "a rendere noto un *"indicatore sintetico di costo"* ISC comprensivo degli interessi e degli oneri che concorrono a determinare il costo effettivo della operazione per il cliente, secondo la formula stabilita dalla Banca d'Italia".

L'art. 13, comma I della Delibera del CICR demanda alla Banca d'Italia l'emanazione di disposizioni di attuazione della deliberazione medesima.

In forza di tale disposizione, la Banca d'Italia in data 25 luglio 2003 ha completato le Istruzioni di vigilanza per le banche, con l'aggiunta del Titolo X, recante, fra l'altro, al capitolo I, istruzioni in tema di Trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari. Il provvedimento, pubblicato nel supplemento alla G.U. 19 agosto 2003, n. 191, S.O., è in vigore dal 1° ottobre 2003 (cfr art. 14 delibera CICR).

L'art. 9 di tale provvedimento stabilisce che nel contratto di mutuo è riportato l'indicatore sintetico di costo.

Ad avviso di questo giudice dal combinato disposto delle norme primarie e regolamentari richiamate non può evincersi che la errata indicazione dell'ISC nei contratti di mutuo determini la nullità del contratto o di singole clausole, in quanto le disposizioni contenute nella Delibera del CICR e nelle Istruzioni della Banca d'Italia dettano una regola di comportamento e non una regola di validità dei contratti. La suddetta lettura si fonda sulle seguenti considerazioni.

L'art. 9, comma 2 della Delibera del CICR (che richiama l'ISC) è contenuto nella sezione II dedicata a "Pubblicità e contratti" e la norma stessa è rubricata "informativa contrattuale".

La disposizione laddove prevede che *"gli intermediari sono obbligati a rendere noto "un Indicatore sintetico di costo" ISC*, presenta una formulazione che indica uno speciale dovere di informazione, ossia l'obbligo di rendere noto tale parametro, nella fase che precede e presiede alla formazione del contratto e come tale evoca una regola di comportamento piuttosto che una regola sulla forma e sul contenuto essenziale del contratto.

L'unica disposizione della Delibera del CICR riguardante espressamente la forma dei contratti è contenuta nell'art.10 (forma dei contratti) che assolve ad una diversa finalità, perché conferisce alla Banca d'Italia il potere di individuare forme diverse da quella scritta per le operazioni e i servizi effettuati sulla base di contratti redatti per iscritto, nonché per le operazioni e i servizi, oggetto di pubblicità ai sensi della presente delibera, che hanno carattere occasionale ovvero comportano oneri di importo contenuto per il cliente.

Anche le Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia il 25 luglio 2003 con riferimento all'indicatore sintetico di costo non contengono una vera e propria regola di validità, atteso che l'art. 9 che lo contempla è contenuto nella sezione II delle Istruzioni dedicata a "Pubblicità e informazione contrattuale" e nella premessa della seconda sezione la stessa Banca d'Italia precisa che le disposizioni contenute nella sezione 11 sulla copia del contratto, sul documento di sintesi sull'avviso, sui fogli informativi costituiscono strumenti di pubblicità delle operazioni e dei servizi offerti e delle relative condizioni contrattuali.

Da ciò consegue che le disposizioni contenute nella seconda sezione contengono regole di comportamento degli intermediari nella fase precontrattuale e di formazione dell'accordo e non regole sul contenuto minimo dei contratti che è invece regolato dalle disposizioni della III sezione delle Istruzioni della Banca d'Italia emanate il 25 luglio 2003.

A ciò si aggiunga che nella stessa premessa della III sezione si afferma che restano rimesse *"in ultima analisi alle valutazioni della autorità giudiziaria le questioni relative alla validità dei contratti o di singole clausole"* e ciò rafforza la convinzione che le disposizione adottate dalla Banca d'Italia di per sé non possano fondare una sanzione forte quale è quella della nullità del contratto o della clausola, in mancanza di una espressa e specifica disposizione di legge.

Le istruzioni della Banca d'Italia del 25 luglio 2003 sono state adottate per dare attuazione alla Delibera del CICR del 4 marzo 2003 e come tali non possono "generare" di per sé nullità contrattuali non contemplate da specifiche norme di legge.

Giova rilevare a tal proposito che la sanzione della nullità è prevista dal legislatore solo per il caso del credito al consumo (art. 125-bis, comma 6 TUB) che espressamente prevede che, nel caso in cui il TAEG indicato nel contratto non sia stato determinato correttamente, le clausole che impongono al consumatore costi aggiuntivi (rispetto a quelli effettivamente computati nell'ISC) sono da considerarsi nulle. È quindi evidente che, qualora il legislatore avesse voluto sanzionare con la nullità la difformità tra ISC e TAEG nell'ambito di operazioni diverse dal credito al consumo, allora lo avrebbe espressamente previsto con una norma dal tenore analogo a quella di cui all'art. 125-bis, comma 6 TUB. La mancanza di una previsione analoga all'art. 125-bis comma 6 nell'ambito dell'art. 117 TUB, induce ad affermare che l'erronea indicazione dell'ISC non determini alcuna incertezza sul contenuto effettivo del contratto stipulato e del tasso di interesse effettivamente pattuito.

Nel caso di specie deve escludersi l'applicabilità di tale norma, in quanto il mutuante è una società che ha contratto il finanziamento in relazione alla sua attività di impresa.

Alla luce delle argomentazioni che precedono si ritiene che le disposizioni in tema di indicatore sintetico di costo pongono regole di comportamento per le banche, rilevanti in termini di obblighi informativi nella fase di pubblicità del contratto e della informativa precontrattuale e contrattuale, dalla cui violazione non deriva la nullità del contratto stesso, ma unicamente la responsabilità della banca per inadempimento (ex multis, Trib. Milano, 17 marzo 2016; Trib. Milano, 26 marzo 2015, n. 3997, in www.expartecreditoris.it; Trib. Milano, 29 gennaio 2015, n. 1242, in www.ileaso.it; Trib. Ferrara, 11 gennaio 2017, n. 14, in www.ilcaso.it; Trib. Roma, 23 novembre 2016, n. 2202, in www.expartecreditoris.it; Trib. Padova, 5 ottobre 2016, in www.ilcaso.it; nonché Trib. Roma, 26 gennaio 2016, n. 1463; Trib. Bologna 28.6.2018, Trib. Salerno 31.01.2017, Trib. Napoli Nord 12.3.2018; Trib. Bologna 9.2.2018; Trib. Napoli 9.1.2018; Trib. Roma 3.1.2018, tutte in www.expartecreditoris.it).

Sul punto appare utile richiamare i principi espressi dalla Suprema Corte di Cassazione con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria che espone la differenza tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità. Osserva ancora la Suprema Corte che "dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) - il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite (Cass. S.U. 26725/2007 e successive conformi).

Alla luce delle considerazioni che precedono deve ritenersi che qualora il legislatore avesse voluto prevedere l'indicatore sintetico di costo quale elemento essenziale del contratto di mutuo lo avrebbe fatto espressamente e il fatto che nella Delibera del CICR del 2003 sia richiamato l'obbligo di "rendere noto" questo parametro conferma che si tratta di un obbligo di informazione e non di una regola sul contenuto del contratto, dalla cui violazione non deriva la nullità, ma la responsabilità da inadempimento (art. 1183 c.c.).

Tale violazione può comportare conseguenze risarcitorie, ma in tal caso il cliente deve dare la prova che ove gli fosse stato correttamente rappresentato il costo effettivo del contratto non lo avrebbe stipulato, ma avrebbe stipulato un altro contratto anche se ad un costo maggiore, ma veritiero (cfr Trib. Bologna e Trib. Napoli cit.), tematiche neppure allegate dalla parte opponente nel presente giudizio.

Esclusa la nullità, devono essere disattese le correlate domande dirette ad ottenere la riduzione dell'importo ingiunto e a fortiori di restituzione della somma di euro 14.841,00,

Sentenza, Tribunale di Ancona, Giudice Dorita Fratini, n. 1382 del 20 agosto 2018

domanda comunque tardiva, essendo stata posta per la prima volta nella prima memoria istruttoria e comunque infondata in ragione del fatto che a sollevarla nel presente giudizio sono i fideiussori, che non hanno dato prova di aver versato somme in relazione al contratto di mutuo.

Parte opponente assume che l'ISC effettivamente applicato dalla Banca sarebbe usurario, ma le deduzioni sul punto sono assolutamente generiche e non suffragate dalla perizia di parte opponente, che nulla espone in tema di usura limitandosi a presentare due diverse ipotesi di ricostruzione del cd ISC "effettivo". La genericità della deduzione è tale che la parte, pur essendovi onerata (Cass., S.U. n. 9941/2009 e n.15065/2014), non ha allegato neppure i decreti ministeriali da cui dovrebbe desumersi l'usura al tempo della stipula del contratto di mutuo e ciò unitamente alla genericità delle allegazioni in fatto preclude al giudice la corretta valutazione della eccezione.

Gli oppositori contestano anche le certificazioni dei crediti ex art. 50 TUB allegate alla domanda monitoria, in quanto riferite non all'intera durata dei rapporti ma solo ad un periodo di essi.

Giova rilevare che secondo costante giurisprudenza di legittimità *"con l'opposizione a decreto ingiuntivo si instaura un normale procedimento di cognizione, nel quale il creditore opposto può produrre nuove prove ad integrazione di quelle già offerte nella fase monitoria ed il giudice non valuta soltanto la sussistenza delle condizioni e della prova documentale necessarie per l'emanazione della ingiunzione, ma la fondatezza (e le prove relative) della pretesa creditoria nel suo complesso, con la conseguenza che l'accertamento dell'esistenza del credito travolge e supera le eventuali insufficienze probatorie riscontrabili nella fase monitoria"* (Cass., n. 8853/1998 secondo cui anche se il decreto risulti emesso fuori dei casi stabiliti dalla legge la nullità del decreto medesimo può essere legittimamente dichiarata solo nel caso in cui, per ragioni pregiudiziali, manchi del tutto la possibilità di emettere una pronuncia di merito; cfr anche n. 10280/1990; n.7036/1999; n. 4974/2000).

Premesso che le certificazioni dei crediti ex art. 50 TUB costituiscono di per sé solo prova scritta del credito ai fini della emissione del decreto ingiuntivo, occorre considerare che, in ogni caso, il credito della banca è stato provato nel presente giudizio non solo attraverso detti documenti, ma anche attraverso il contratto di conto corrente e gli estratti conto, il contratto di mutuo e il relativo piano di ammortamento e il contratto di fideiussione, pertanto sussiste certamente la prova scritta del credito azionato dalla banca.

Parte opposta nella memoria di replica conclusionale per la prima volta ha eccepito che il contratto di fideiussione oggetto di causa è nullo per violazione dell'art. 2 della Legge Antitrust ed ha chiesto che ne venisse dichiarata la nullità richiamando recente giurisprudenza (Cass., n. 29810/2017).

Ad avviso del Tribunale non assume rilievo l'eventuale rilevanza d'ufficio della nullità, che non permette di superare la tardività della allegazione- che è fattuale- della conformità del modello di fideiussione sottoscritto dalle parti allo schema predisposto dall'ABI e oggetto della Delibera della Banca d'Italia n. 55 del 2005.

La Suprema Corte ha infatti chiarito che *"L'attività processuale delle parti si articola in allegazione del fatto, affermazione dei suoi effetti giuridici e prova del medesimo e, poiché il giudice non ha un potere di ricerca dei fatti, il rilievo d'ufficio delle questioni presuppone che un fatto sia già stato allegato pur senza invocarne gli effetti e si riferisce alla produzione degli effetti costitutivi, modificativi, estintivi che discendono dal fatto allegato, - pertanto, non essendo nella disponibilità delle parti il limite all'introduzione di fatti nuovi in appello, l'allegazione con la memoria conclusionale di un fatto rilevabile d'ufficio è tardiva e*

Sentenza, Tribunale di Ancona, Giudice Dorita Fratini, n. 1382 del 20 agosto 2018

impedisce l'esercizio del potere officioso" (Cass. 4392/2000; e successive conformi 6721/2000; n. 6714/2000; n. 6722/2000; n. 6717/2000; n. 6783/2000; n. 7153/2000; cfr anche 1328/2011 che seppure riferito al giudizio di opposizione ex art. 615 cpc esprime un analogo principio proprio con riferimento alle eccezioni rilevabili d'ufficio; cfr anche Cass., n. 13165/2004 secondo cui: la comparsa conclusionale e, a maggior ragione, la memoria di replica, hanno la sola funzione di illustrare le domande ed eccezioni già ritualmente proposte e non possono contenerne di nuove che costituiscano un ampliamento del "thema decidendum" sicché il Giudice non incorre in omessa pronuncia ove non esamini una questione proposta per la prima volta in tale comparsa o memoria.; cfr anche Cass., n. 13165/2004 secondo cui: la comparsa conclusionale e, a maggior ragione, la memoria di replica, hanno la sola funzione di illustrare le domande ed eccezioni già ritualmente proposte e non possono contenerne di nuove che costituiscano un ampliamento del "thema decidendum", sicché il giudice non incorre nel vizio di omessa pronuncia ove non esamini una questione proposta per la prima volta in tale comparsa o memoria.)

Le deduzioni in fatto degli opposenti poste a corredo della domanda di nullità, espressa per la prima volta nella comparsa di replica conclusionale, pertanto sono tardive e la domanda inammissibile.

Alla luce delle superiori argomentazioni i motivi di opposizione non sono meritevoli di accoglimento, con la conseguenza che il decreto ingiuntivo opposto deve essere confermato. Le spese di lite, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza sostanziale.

PQM

Il Tribunale di Ancona, in persona del giudice istruttore dott.ssa Dorita Fratini, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, domanda, eccezione o deduzione disattesa:

- 1) Rigetta l'opposizione e per l'effetto conferma il decreto ingiuntivo opposto e, visto l'art. 653 cpc, lo dichiara definitivamente esecutivo;
- 2) condanna gli opposenti alla rifusione delle spese di lite, che liquida in favore di parte opposta nella misura complessiva di Euro 27.804,00 a titolo di compenso professionale, oltre al rimborso forfettario per spese generali, Iva e Cap come per legge. Scaduti i termini concessi.

Ancona, 17.8.2018

Il Giudice
dott.ssa Dorita Fratini

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