

**REPUBBLICA ITALIANA  
TRIBUNALE ORDINARIO di TRAPANI  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
SEZIONE ORDINARIA CIVILE**

Nella causa vertente tra

**FIDEIUSSORE**

**BANCA**

*opponente*

*opposta*

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

L'attrice, nella qualità di fideiussore del conto corrente di corrispondenza n. omissis, affidato fino alla concorrenza di € 40.000,00 riferibile a omissis, ha proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. omissis reso dal Tribunale di Trapani con il quale le era stato ingiunto il pagamento in favore della banca opposta dell'importo di € 39.292,00, deducendo l'illegittimità dell'operato della opposta con riferimento, in particolare, alla violazione della normativa antiusura, l'illegittima applicazione di cms, spese e delle valute.

Ciò premesso, l'attrice ha chiesto: l'annullamento del decreto ingiuntivo opposto per le violazioni di legge ut supra indicate, rideterminarsi l'effettivo saldo e disporsi la condanna dell'opposta alla restituzione degli importi indebitamente percepiti.

Costituitasi in giudizio, la banca opposta ha contestato tutte le eccezioni formulate dall'attrice, chiesto il rigetto delle domande da essa formulate e la conferma del decreto ingiuntivo opposto.

All'udienza del 24.10.2018, successivamente alla istruzione della causa per il tramite di CTU contabile, parte opponente ha sollevato eccezione di nullità della fideiussione prestata dal FIDEIUSSORE per contrarietà della stessa alla normativa antitrust; la causa, sulle conclusioni delle parti, è stata discussa nelle forme di cui all'art. 281 sexies c.p.c. all'odierna udienza.

\*\*\*\*\*

Rivestendo l'odierna opponente la posizione di fideiussore, deve preliminarmente vagliarsi l'eccezione di nullità della fideiussione sollevata dalla medesima parte all'udienza del 24.10.2018.

Parte opponente ha richiamato a fondamento di detta eccezione la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 29810 del 2017, nella quale è stato affermato il principio di diritto secondo il quale *"in tema di accertamento dell'esistenza di intese anticoncorrenziali vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2, la stipulazione "a valle" di contratti o negozi che costituiscano l'applicazione di quelle intese illecite concluse "a monte" (nella specie: relative alle norme bancarie uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative) comprendono anche i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa da parte dell'Autorità indipendente preposta alla*

*Sentenza, Tribunale di Trapani, Giudice Anna Loredana Ciulla, n.77 del 22 gennaio 2019*

*regolazione o al controllo di quel mercato (nella specie, per quello bancario, la Banca d'Italia, con le funzioni di Autorità garante della concorrenza tra istituti creditizi, ai sensi della L. n. 287 del 1990, artt. 14 e 20, (in vigore fino al trasferimento dei poteri all'AGCM, con la L. n. 262 del 2005, a far data dal 12 gennaio 2016) a condizione che quell'intesa sia stata posta in essere materialmente prima del negozio denunciato come nullo, considerato anche che rientrano sotto quella disciplina anticoncorrenziale tutte le vicende successive del rapporto che costituiscano la realizzazione di profili di distorsione della concorrenza”.*

Prescindendo da ogni questione relativa alla tempestività o meno della eccezione e della rilevanza d'ufficio della dedotta nullità, deve osservarsi, sulla scorta di quanto argomentato dalla Suprema Corte di Cassazione nella pronuncia appena richiamata, che presupposto affinché possa configurarsi la nullità del contratto di fideiussione è che i contratti contenenti le clausole in oggetto costituiscano specifica applicazione a valle di quelle intese illecite concluse a monte capaci di ledere la normativa antitrust in materia di concorrenza sleale.

**Orbene, nel caso di specie, dalla lettura della fideiussione prestata dal FIDEIUSSORE non si evince alcun dato che possa far ritenere che tale contratto di fideiussione costituisca specifica applicazione dello schema eventualmente predisposto dall'ABI in ordine alla contrattazione con i terzi, né è stato prodotto tale schema al fine di fornire prova della sussistenza della intesa anticoncorrenziale a monte.**

**In assenza di prova in ordine a tale determinante aspetto, le clausole in commento, riferibili a norme di legge derogabili, perdono ogni profilo di illegittimità e devono ritenersi assolutamente valide ed efficaci.**

Tanto premesso, in via ancora preliminare deve rilevarsi che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il Giudice non deve limitarsi a stabilire se l'ingiunzione sia stata emessa legittimamente in relazione alle condizioni previste dalla legge per l'emanazione del provvedimento monitorio, ma accertare il fondamento della pretesa fatta valere con il ricorso per ingiunzione, rilevando eventuali vizi della procedura monitoria soltanto sul regolamento delle spese della fase monitoria (Cass. Civ. sent.n. 5071/2009). Ne consegue che il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo si svolge secondo le norme del procedimento ordinario nel quale incombe, secondo i principi generali in tema di onere della prova, a chi fa valere un diritto in giudizio il compito di fornire gli elementi probatori a sostegno della pretesa (Cass. Civ. sent.n. 5071/2009).

Per la ricostruzione della movimentazione contabile è essenziale, in primo luogo, l'acquisizione degli estratti conto e del contratto, i quali devono essere prodotti o dalla banca, se è questa ad avere promosso la causa (anche con ricorso per decreto ingiuntivo), o dal cliente.

Considerata la complessità delle questioni giuridiche trattate, appare opportuno chiarire alcune delle questioni giuridiche di maggiore interesse che vengono in rilievo nel caso di specie.

Quanto alla commissione di massimo scoperto, deve premettersi che in un contratto di apertura di credito la commissione di massimo scoperto è la percentuale, calcolata al tasso convenuto, sulla massima esposizione (saldo negativo) avuta sul conto corrente durante il periodo di riferimento ed è regolata dai criteri concordati con il correntista o usualmente praticati dalle banche sulla piazza con le valute indicate nei documenti contabili o comunque negli estratti conto.

La Corte di Cassazione ha statuito, al riguardo, che la commissione di massimo scoperto svolge una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione

*Sentenza, Tribunale di Trapani, Giudice Anna Loredana Ciulla, n.77 del 22 gennaio 2019*

dell'accreditato una determinata somma, in virtù dell'esclusione della commissione di massimo scoperto dal calcolo del TEG da parte della Banca d'Italia (Cass. Civ., sent. n. 870 del 2006).

E tuttavia, mentre una parte della giurisprudenza di merito ha sostenuto che la commissione di massimo scoperto deve essere considerata nulla per mancanza di causa, perché si sostanzia in un ulteriore e non pattuito addebito di interessi corrispettivi rispetto a quelli convenzionalmente previsti per l'utilizzo dell'apertura di credito (Trib. Firenze, 17 febbraio 2004) o per l'indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto ex art. 1348 c.c., non essendo indicate le modalità di calcolo praticate o per mancata osservanza della forma scritta prescritta dall'art. 117, comma quarto, Testo Unico Bancario (Trib. Monza, 12 dicembre 2006), altra parte della giurisprudenza ha sostenuto che la commissione di massimo scoperto può ritenersi sorretta da una causa lecita solo se parametrata sullo scoperto di conto, essendo invece priva di causa se prevista anche per l'utilizzo nel limite dell'affidamento, con la conseguenza che sarebbero valide solo le commissioni di affidamento e dovrebbero essere computate solo ed unicamente nel caso in cui il cliente non abbia mai utilizzato l'apertura di credito (Trib. Mondovì, 17 febbraio 2009).

A tale diversità di orientamento sono seguiti due interventi normativi.

Il primo costituito dal decreto legge del 20 novembre 1008, n. 185, convertito in legge 28 gennaio 2009, n. 2 e il secondo dal decreto legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito in legge 3 agosto 2009, n. 102.

La prima parte del comma 1 dell'art. 2 bis del primo decreto si occupa della commissione di massimo scoperto da calcolarsi sul picco del credito effettivamente utilizzato dal cliente prevedendo la fissazione ex lege del limite temporale minimo (30 giorni) di esposizione a debito per la corresponsione della commissione di massimo scoperto da parte del cliente (laddove prima si era detto che anche l'utilizzo limitato ad un solo giorno avrebbe determinato il suo calcolo) e l'applicabilità della commissione di massimo scoperto solo ad alcuni contratti riconducibili all'apertura di credito e comunque solo sul fido effettivamente utilizzato nell'ambito dell'affidamento accordato, escludendo, quindi, ogni applicazione della commissione sugli scoperti di conto corrente e sugli sconfinamenti eventualmente tollerati dalla banca oltre l'ammontare dell'affidamento (si tratta, quindi, di una remunerazione accessoria rispetto agli interessi passivi).

La seconda parte del comma 1 dell'art. 2 bis del primo decreto disciplina, invece, la provvigione d'affidamento, quale corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme e, dunque, indipendente dall'utilizzo delle somme messe a disposizione, riconoscendone la validità a condizione che il corrispettivo sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate; oggetto di patto scritto non rinnovabile tacitamente; determinato in misura onnicomprensiva rispetto ad ogni altra voce di costo; determinato in misura proporzionale all'importo del credito accordato ed alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente.

Inoltre, l'art. 2 comma 2 del decreto legge n. 78 del 2009 ha previsto che l'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5% per trimestre dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione.

Il legislatore ha, poi, fissato, con il secondo intervento normativo, un tetto nell'ammontare del corrispettivo per contenere gli immediati effetti di aumento dei costi per gli utenti, regolamentato il calcolo dei giorni valuta con effetto dal primo aprile 2010, previsto che la commissione di massimo scoperto deve entrare nel calcolo del TEG facendo peraltro salve le

*Sentenza, Tribunale di Trapani, Giudice Anna Loredana Ciulla, n.77 del 22 gennaio 2019*

precedenti rilevazioni che non ne hanno tenuto conto e, infine, stabilito un termine per l'adeguamento dei contratti in corso alle disposizioni sopravvenute.

Il legislatore, inoltre, ha precisato che la commissione di massimo scoperto va computata nel calcolo degli interessi ai fini antiusura.

Si è così legittimata la commissione di massimo scoperto sotto entrambi i profili illustrati prima contestati, sicché con riferimento alla commissione di massimo scoperto va riconosciuta la legittimità delle relative pattuizioni solo se costituenti corrispettivo per l'utilizzo, da parte del cliente, di importi superiori al credito a sua disposizione e l'illegittimità della clausola contrattuale che ponga a carico del cliente il pagamento di una somma, a tale titolo, da calcolarsi anche su importi entro il limite del fido, in quanto priva di causa (Cass. Civ., sent. n. 11772 del 2002).

Con riguardo, poi, ai tassi di interesse applicati in relazione alla normativa antiusura, si tratta in sostanza di accertare se la banca ha applicato interessi che rientrino nella previsione sanzionatoria della legge n. 108 del 1996.

Ed infatti, la legge n. 108 del 1996 ha modificato l'art. 644 c.p. e il secondo comma dell'art. 1815 c.c. (che regola gli interessi nel contratto di mutuo) definendo le condizioni perché un interesse possa essere considerato usurario. In particolare, l'art. 2 citato afferma che è usurario l'interesse superiore al tasso medio risultante nell'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà, sicché mentre prima perché un interesse potesse essere definito usurario occorreva l'approfittamento dello stato di bisogno del debitore, dopo tale legge è sufficiente che si superi la soglia periodicamente rilevata.

Si parla, invece, di "usura sopravvenuta" laddove si faccia riferimento, secondo una prima accezione, ai contratti che risultavano in corso al momento dell'entrata in vigore della legge 108/1996, ma che erano sorti in un periodo antecedente alla citata legge e, in virtù di una seconda accezione, ai contratti stipulati in data successiva, nei quali il tasso di interesse originariamente pattuito in modo conforme alla legge antiusura, per effetto del legittimo esercizio dello ius variandi dell'istituto di credito o per effetto di una variazione in diminuzione del tasso soglia, sia divenuto, successivamente, superiore al tasso soglia, rilevato di tempo in tempo.

In dottrina e in giurisprudenza si è a lungo discusso sull'ammissibilità e rilevanza dell'usura sopravvenuta. Il legislatore ha assunto una precisa posizione mediante la norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma primo, d.l. n. 394 del 2000, secondo la quale "ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, comma secondo, c.c., si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento". Dunque, affinché gli interessi non siano definiti usurari (sia corrispettivi sia moratori), deve ritenersi che essi debbano rispettare il limite del tasso soglia nel momento in cui sono stati promessi o convenuti, mentre non rileva l'abbassamento degli stessi che si verifichi in epoca successiva e, quindi, non rileva il momento temporale della dazione.

Tuttavia, la circostanza che un tasso originariamente non usurario al momento della pattuizione divenga usurario nel corso del rapporto non può essere considerata priva di effetti.

La Corte di Cassazione, infatti, già nella sentenza n° 5286/2000 ha evidenziato che "in tema di scoperto di conto corrente, la pattuizione di interessi moratori a tasso divenuto usurario a seguito della legge 108/1996 è illegittima anche se convenuta in epoca antecedente

*Sentenza, Tribunale di Trapani, Giudice Anna Loredana Ciulla, n.77 del 22 gennaio 2019*

*all'entrata in vigore della detta legge, e comporta la sostituzione di un tasso diverso a quello ormai divenuto usurario”.*

In particolare, la Corte, non attribuendo rilevanza penale ad una pattuizione di interessi intervenuta prima della entrata in vigore della legge 108/1996, stante il principio di cui all'art. 25 comma 2° Cost., affermava tuttavia che la nuova normativa aveva “travolto” la relativa clausola, suggerendo l'applicazione degli artt. 1419 c.c. e 1339 c.c., con conseguente sostituzione del tasso usurario con il tasso antiusura.

Condivisibili, appaiono, le argomentazioni in diritto poste dalla Corte di Cassazione a sostegno di tale linea interpretativa: “*se è vero che nella giurisprudenza di questa Corte si è affermato, in via di principio, che il giudizio di validità deve essere condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto, è anche vero che in dottrina è stato posto in rilievo come, verificandosi un concorso tra autoregolamentazione pattizia ed eteroregolamentazione normativa, si renda insostenibile la tesi che subordina l'applicabilità dell'art. 1419 comma 2° cod civ all'antiorità della legge rispetto al contratto, poiché l'inserimento ex art 1339 cod civ del nuovo tasso incontra l'unico limite che si tratti di prestazione non ancora eseguite in tutto o in parte*” (cfr. Cass. N° 5286/2000 in parte motiva).

Ciò detto, con riferimento ai criteri per il calcolo del TEG, ritiene questo Giudice che debbano seguirsi, tempo per tempo le istruzioni della Banca D'Italia.

Ed invero, sul piano normativo, la norma di cui all'art. 2 bis, comma 2, della L. 2/2009, depone nel senso di ritenere che le c.m.s. vadano computate solo a partire dalla rilevazione del tasso effettivo globale medio tenendo conto delle nuove disposizioni.

In particolare la norma in parola, statuisce che 2. Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.

3. I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni.

Sulla scorta della disposizione in parola, la quale esclude la sua portata retroattiva, non può non considerarsi che effettivamente sino al IV trimestre 2009 la c.m.s. non doveva essere rilevata al fine di determinare i tassi soglia e che solo dal I trimestre 2010 essa, proprio in ragione della novella, viene considerata ai fini della determinazione della soglia antiusura.

Il dato normativo in parola, non retroattivo per stessa *voluntas legislatoris*, in uno con la considerazione per la quale laddove la c.m.s. dovesse considerarsi ai fini del teg anche in data precedente al gennaio 2010, il confronto tra questo e il tasso soglia (determinato, invece,

*Sentenza, Tribunale di Trapani, Giudice Anna Loredana Ciulla, n.77 del 22 gennaio 2019*

senza la c.m.s.) non potrebbe che avvenire tra entità non omogenee, depone nel senso di ritenere che, al fine di evitare effetti distorsivi del sistema di calcolo (ovvero raffronto di dati non comparabili perché disomogenei), più corretto il metodo di calcolo che tenga conto delle Istruzioni della Banca d'Italia.

Non è infine superfluo evidenziare anche che le Istruzioni della Banca d'Italia dell'agosto 2009 in materia di rilevazione del TEG – le quali istruzione ora esplicitamente includono la c.m.s. nel calcolo del TEG – per il periodo transitorio (ovvero sino al 31.12.2009) prevedono che “fino al 31.12.2009, al fine di verificare il rispetto del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, ai sensi dell'art. 2 comma 4 della legge 7 marzo 1996 n. 108, gli intermediari devono attenersi ai criteri indicati nelle Istruzioni della Banca d'Italia e dell'UIC pubblicate rispettivamente nella Gazzetta Ufficiale n. 74 del 29.3.2006 e n. 102 del 4.5.2006”; “nel periodo transitorio restano pertanto esclusi dal calcolo del TEG per la verifica del limite di cui al punto precedente, ma vanno inclusi nel TEG, per l'invio delle segnalazioni alla Banca d'Italia: a) la c.m.s. e gli oneri applicati in sostituzione della stessa come previsto dalla Legge 2/2009”.

Come è agevole constatare, ritenere che anche prima della modifica legislativa di cui alla L. 2/2009 e, dunque, prima degli adeguamenti disposti con Istruzioni della Banca d'Italia, le c.m.s. vadano computate al fine di accertare il rispetto del limite del tasso soglia, comporterebbe una introduzione “ora per allora” di criteri e modalità di calcolo ignorate dagli Istituti di Credito e non contenuti nelle Istruzioni dell'Organo di Vigilanza.

Chiarite le ragioni dei criteri indicati al CTU nella formulazione dei saldi e illustrati gli orientamenti cui aderisce questo Giudice, le conclusioni cui è giunto il CTU nella perizia, nell'ambito della quale il consulente ha fornito compiuta risposta alle osservazioni mosse dalle parti, vanno condivise e poste a fondamento della decisione nei limiti appresso esplicitati.

L'esame condotto relativamente al rapporto intestato a Sciacca Giovanni, ha permesso di verificare che per il conto corrente n. 10/459128 il contratto in atti è stato acceso il 4 giugno 2001 ed il primo estratto conto è relativo al II trimestre 2001, considerato quale saldo iniziale, disponendo dell'intera serie di estratti conto fino al 26 giugno 2015.

Con riferimento alle cms il CTU ha accertato che le pattuizioni negoziali del 4 giugno 2001 e del 24 novembre 2009 non statuivano in termini sufficientemente determinati i criteri per la determinazione della commissione di massimo scoperto.

Il CTU ha accertato che il tasso di interesse pattuito con il cliente comprensivo di commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito, ivi inclusa la commissione di massimo scoperto, non ha superato il tasso soglia. Anche con riferimento ai tassi effettivamente praticati il CTU ha accertato il mancato superamento delle soglie antiusura.

L'importo derivante dal ricalcolo del conto corrente n. 10/459128 eseguito dal CTU per il periodo esaminato, depurato integralmente dalla commissione di massimo scoperto dal II trimestre 2001 al I trimestre 2012, e dalla relativa capitalizzazione trimestrale è pari ad € 35.205,08 a fronte dell'importo di € 39.292,00 richiesto dalla banca.

Pertanto, FIDEIUSSORE, previa revoca del decreto ingiuntivo opposto, deve essere condannata a pagare alla banca opposta l'importo di € 35.205,08.

Deve, a questo punto, procedersi alla liquidazione dell'onorario in favore del CTU che, sulla scorta dei criteri fissati in seno all'art. 2 del D.M. 30.05.2002, si determina in € 1.188,64 e, in ragione dello scostamento minimo accertato dal CTU rispetto all'importo richiesto dalla

*Sentenza, Tribunale di Trapani, Giudice Anna Loredana Ciulla, n.77 del 22 gennaio 2019*

banca, ne pone il pagamento a carico di parte opponente nella misura dell'80% e a carico di parte opposta nella misura del 20%.

Le spese, in ragione del parziale accoglimento delle domande di parte opponente, vanno compensate al 20% ponendo a carico dell'opponente il rimanente 80% che si liquida in dispositivo secondo il valore della causa (in ragione del *decisum*) e le questioni giuridiche trattate, giusta D.M. 55/2014.

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

Il Tribunale di Trapani definitivamente pronunciando tra le parti così decide:

- Accoglie parzialmente l'opposizione spiegata da FIDEIUSSORE e per l'effetto,
- revoca il decreto ingiuntivo opposto;
- condanna parte opponente al pagamento in favore dell'opposta della somma di € 35.205,08;
- liquida in favore del CTU omissis l'importo di € 1.188,64 e, in ragione dello scostamento minimo accertato dal CTU rispetto all'importo richiesto dalla banca, ne pone il pagamento a carico di parte opponente nella misura dell'80% e a carico di parte opposta nella misura del 20%;
- compensa al 20% le spese di lite e condanna parte opponente al pagamento in favore della banca opposta del restante 80% che liquida in € 3.177,6, oltre al 15% per rimborso spese generali, CPA e IVA come per legge;

Così deciso in data 22.01.2019 dal TRIBUNALE ORDINARIO di Trapani.

Il Giudice  
Dott. Anna Loredana Ciulla

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