

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di BOLOGNA
TERZA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Alessandra Arceri ha pronunciato ex art. 281 sexies c.p.c. la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g omissis promossa da:
DEBITRICE SRL E FIDEIUSSORE

OPPONENTI/CONVENUTI SOSTANZIALI

contro

BANCA

**OPPOSTA/ATTRICE SOSTANZIALE
CONCLUSIONI**

Le parti hanno concluso come da fogli allegati al verbale d'udienza.

CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo n. omissis – R.G. n. 3406/2019 del 09.04.2019, il Tribunale di Bologna ha ingiunto alla società DEBITRICE S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., ed al sig. FIDEIUSSORE, in qualità di fideiussore, di pagare a BANCA. la somma pari ad Euro 315.560,20 oltre interessi come da domanda e spese di procedura, così suddivisi:

- €165.643,36 quale saldo debitore del conto corrente n. omissis, oltre interessi successivi fino al saldo al tasso del 14,5875%.

-€ 149.916,84, saldo derivante dall'anticipo fatture rapp. n. omissis (già n. omissis, relativo a linea di credito concessa in data 1.3.2016 con scadenza 31.8.2017 di € 150.000,00, oltre interessi successivi fino al saldo al tasso del 4,0665%).

Con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, ritualmente notificato, la società DEBITRICE SRL ed il sig FIDEIUSSORE convenivano dinanzi al Tribunale di Bologna BANCA al fine di sentire accogliere le seguenti conclusioni: *“IN VIA PRINCIPALE E NEL MERITO Accertare e dichiarare l'insussistenza dei requisiti per l'emissione del decreto ingiuntivo telematico provvisoriamente esecutivo n. omissis, emesso in data 09.06.2019 e pubblicato in data 19.06.2019 dal Tribunale Ordinario di Bologna, Giudice dott. Antonio Costanzo, anche ai sensi del combinato disposto degli artt. 50 T.U.B. e 633 e ss. c.p.c., stante l'insussistenza di idonea prova scritta. Accertare e dichiarare la invalidità, inefficacia, nullità di tutti i contratti bancari dedotti nel presente giudizio alla luce dell'art. 117 D.lgs. 385/1993, ivi compresa le fideiussioni azionate nei confronti del sig. FIDEIUSSORE, e di ogni altro eventuale rapporto che dovesse risultare all'esito dell'espletanda istruttoria per mancanza di pattuizione scritta nonché in relazione alle clausole di determinazione e di applicazione degli interessi ultralegali (L. 108/1996) e delle valute, anatocismo, della commissione di massimo scoperto, e costi vari comunque in contrasto con le vigenti direttive di settore e norme di legge, nonché per tutti quegli addebiti di somme non dovuti e mai autorizzati. Accertare e dichiarare la invalidità, inefficacia, inoperatività, nullità anche parziale delle fideiussioni azionate dalla Banca ricorrente nonché delle singole*

clausole illegittime in essa contenute, in subordine disporre l'annullamento per errore essenziale quale vizio del consenso ex art. 1429 c.c. Per l'effetto dell'accoglimento di una o più delle ragioni tutte esposte in narrativa e/o di quelle ulteriormente rilevabili d'ufficio e/o che saranno rilevate a seguito della produzione della documentazione originale ed integrativa comprovante il credito ingiunto, dichiarare la nullità, la illegittimità, l'inammissibilità e/o comunque revocare il decreto ingiuntivo telematico provvisoriamente esecutivo n. omissis, emesso in data 09.06.2019 e pubblicato in data 19.06.2019 dal Tribunale Ordinario di Bologna, Giudice dott. Antonio Costanzo, con ordine di cancellazione delle ipoteche iscritte in favore della Banca, ivi compresa l'ipoteca iscritta al n. omissis del 18 giugno 2019 sugli immobili di proprietà del sig. FIDEIUSSORE. IN OGNI CASO Accertare e dichiarare l'infondatezza della domanda di pagamento e di ogni altra domanda formulata e/o formulanda nei confronti degli opposenti e per l'effetto respingere le richieste tutte di controparte nulla essendo dovuto dagli opposenti alla Banca opposta. Determinare l'esatto ammontare del valore del rapporto dare-avere tra le parti in base ai risultati del ricalcolo che verrà effettuato in sede di C.T.U. tecnico-bancaria e condannare la Banca alla restituzione in favore della opponente DEBITRICE SRL delle somme indebitamente percepite e/o al pagamento della somma che eventualmente risulterà a credito, oltre interessi legali dal giorno della domanda. Con vittoria di spese, diritti ed onorario del presente giudizio. IN VIA ISTRUTTORIA Si chiede fin da ora che l'Ill.mo Giudice adito Voglia - disporre occorrendo perizia contabile che determini l'effettivo rapporto dare-avere tra la Banca e gli odierni opposenti, con conseguente calcolo delle somme illegittimamente addebitate e/o riscosse dalla medesima Banca."

L'opposizione veniva iscritta al n. OMISSIS - Dott.ssa Arceri - Sez. III - con fissazione della udienza per la discussione della provvisoria esecuzione in data 18 luglio 2019. All'udienza del 18.7.2019, presenti le parti, veniva disposta – su accordo delle parti, e fino alla decisione della causa - la sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto e fissata la prima udienza al 14 novembre 2019.

Con istanza del 30 luglio 2019, gli opposenti instauravano il procedimento di mediazione dinanzi all'Organismo di Mediazione presso l'ordine degli avvocati di Bologna. Il primo incontro in mediazione si svolgeva in data 1 ottobre 2019 e si concludeva con verbale negativo depositato telematicamente in data 24 ottobre 2019.

Con comparsa di risposta del 16 ottobre 2019, si costituiva la Banca opposta contestando i motivi di opposizione e chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni: *"Ogni contraria istanza ed eccezione reietta, respinte le contestazioni tutte ex adverso proposte, voglia il Tribunale confermare il decreto ingiuntivo n. omissis. Nella denegata e contestata ipotesi in cui anche una sola delle domande ex adverso formulate fosse accolta dal Tribunale, si chiede la condanna DEBITRICE SRL E FIDEIUSSORE in proprio quale fideiussore, al pagamento delle somme residue dovute ad BANCA."*

Alla prima udienza del 14 novembre 2019, il Giudice su richiesta delle parti concedeva i termini ex art. 183, comma 6, cpc e rinviava la causa al 20 febbraio 2020 per l'ammissione dei mezzi istruttori. Gli opposenti provvedevano al deposito delle memorie ex art. 183, 6 comma, n. 1-2-3, c.p.c. depositando ulteriore documentazione a sostegno dell'opposizione e chiedendo ammettersi CTU contabile al fine di rideterminare i rapporti dare - avere con l'istituto di credito. La Banca depositava le memorie ex art. 183, comma 6, n. 2 e 3. All'udienza del 20 febbraio 2020 il giudice si riservava.

Con provvedimento del 27 febbraio 2020, il Giudice, a scioglimento della riserva assunta, ritenendo la causa matura per la decisione, rinviava la causa al 9 aprile 2020 per precisazione conclusioni e discussione orale, con termine per note conclusive al 31 marzo 2020.

A seguito dell'emergenza Covid-19, i termini suddetti sono stati differiti al 18 giugno 2020, quanto all'udienza ed al 10 giugno 2020, quanto al deposito di note conclusive come da provvedimenti del 23-30 marzo 2020.

L'opposizione a decreto ingiuntivo risulta integralmente infondata per le ragioni di seguito esposte.

SULLA ILLEGITTIMITA' DEL DECRETO INGIUNTIVO PER MANCATA PRODUZIONE DELL'ESTRATTO CONTO CERTIFICATO AI SENSI DELL'ART. 50 TUB

Gli opposenti eccepiscono l'illegittimità del decreto ingiuntivo opposto per mancata allegazione da parte dell'Istituto di credito dell'estratto conto certificato ai sensi dell'art. 50 TUB, ai sensi del quale: *“La Banca d'Italia e le banche possono chiedere il decreto d'ingiunzione previsto dall'articolo 633 del codice di procedura civile anche in base all'estratto conto, certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca interessata, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido”*.

Allegano al riguardo come la disposizione normativa faccia espresso riferimento all'“estratto conto”, ovvero a quel documento richiamato e disciplinato dall'art. 119 TUB oltre che dagli artt. 1853 e 1857 c.c. e che la giurisprudenza della Suprema Corte a Sezioni Unite ha definito come il documento che deve *“contenere la contabilizzazione dei diritti di commissione, delle spese per le operazioni che hanno dato luogo a rimesse (diritti che, salva convenzione contraria, devono essere indicati nel conto, a norma dell'art. 1826 c.c. richiamato dall'art. 1857 c.c.), degli interessi (attivi e passivi) maturati, delle ritenute fiscali sugli interessi liquidati a favore del correntista e di ogni altra voce di dare e di avere”* (cfr. Cass. civ. Sez. Unite n. 4310/1977; Cass. civ. n. 2336/1980).

In particolare, gli opposenti contestano che, nel caso di specie, la banca abbia assolto al proprio onere probatorio ai sensi di quanto disposto dall'art. 2697 c.c.; contestano, nello specifico, la valenza probatoria del documento n. 10 fasc. monitorio prodotto dall'opposta; ad avviso della difesa degli opposenti, tale documento non può qualificarsi giuridicamente come estratto conto nell'accezione sopra descritta e voluta dal Legislatore, essendo invece riconducibile ad un saldaconto, recante il saldo del conto corrente alla data del 6.3.2019; più in particolare, allegano che il documento in questione nulla specifica in ordine alle commissioni, le spese, le ritenute fiscali e gli interessi attivi e passivi maturati e, in generale, alle condizioni attive e passive praticate dalla banca. In forza di tali considerazioni, la difesa degli opposenti allega che il decreto ingiuntivo non poteva essere emesso non ricorrendo i requisiti previsti dalla legge, rammentando come, alla stregua di autorevole giurisprudenza: *“il decreto monitorio emesso sul solo estratto dei saldaconti è pertanto invalido in quanto fondato su prova scritta inidonea, ai sensi del citato 50 TUB a documentare il titolo giustificativo del credito, costituendo prova scritta ai sensi degli art. 2709 segg. Cc e 634 c.p.c. solo l'estratto analitico dei conti dall'apertura all'attuale pretesa da parte della Banca”* (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 25857 del 2011 e Tribunale Ivrea, Sent., 14.5.2018). (cfr. pag. 5 atto di citazione in opposizione a d.i.).

La censura in questione appare priva di pregio.

In primo luogo, occorre rilevare che sul tema in oggetto questo Giudice con decisione n. 20497/2018 in cui sono riportate sentenze conformi di altri Tribunali, ha respinto la tesi esposta dagli oppositori facendo proprio quanto deciso dal Tribunale di Bologna n. 835/2017 secondo cui: *"Vero che a differenza del previgente L. 7 marzo 1938 n. 141 art. 102 - che consentiva l'emissione del decreto ingiuntivo sulla base di un documento ricognitivo del solo saldo finale, corredato della dichiarazione di un funzionario della banca attestante l'esistenza del credito ivi riportato - l'attuale D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 art. 50 (TUB) richiede l'allegazione dell'estratto conto, certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca, il quale deve anche dichiarare che il credito è vero e liquido... Evidente dunque che il decreto ingiuntivo di cui si discute è stato legittimamente emesso in quanto - come emerge dalla semplice consultazione del doc. 5 allegato alla fase monitoria, lo stesso contiene la specifica attestazione di cui all'art. 50 TUB ed è oltretutto corredato dal riassunto scalare degli ultimi due anni del rapporto"*. (cfr. anche Tribunale di Arezzo 15.1.2019 n. 51, Tribunale di Pescara n. 1175 del 22.8.2018, Tribunale di Parma n. 464 del 2.3.2015).

Occorre allora evidenziare che, nel caso di specie, il ricorso per decreto ingiuntivo era corredato, oltre che dalle predette attestazioni rese ai sensi dell'art. 50 TUB circa la conformità del saldo riportato alle scritture contabili della banca, anche dalla produzione dei documenti di sintesi relativi al conto corrente (doc. n. 2) e di numerosi estratti conto (doc. 11), oltretutto mai contestati né dal debitore principale né dal fideiussore (peraltro, legale rappresentate della società), neppure dopo la chiusura del conto e la intimazione al pagamento delle rilevanti somme di cui ai doc. 12 e 13 fasc. opposta.

Quanto poi al valore che, in particolare, assumevano le scritture contabili della banca ai fini probatori nel rapporto che occupa, possono richiamarsi sia l'art. 8 (approvazione dell'estratto conto) del documento di sintesi relativo al c/c (doc. 5, fasc. opposta) – sottoscritto con specifica approvazione delle cd. clausole vessatorie da LEGALE RAPPRESENTANTE DEBITRICE SRL - in cui al punto 8.4 è sancito: *"I libri e le altre scritture contabili della Banca fanno piena prova nei confronti del correntista..."* sia l'art. 8 del contratto quadro (doc. 6, fasc. opposta) con riferimento esplicito al c/c n. omissis (pag. 2 documento richiamato).

Va rammentato, infine, che la tematica in questione è stata oggetto di decisione da parte della Corte d'Appello di Bologna, che con sentenza n. 1090/2019 ha statuito: *"...per quanto occorrer possa, nel documento di sintesi del 22 ottobre 2012 cui è allegato il contratto di affidamento nelle condizioni di regolamento, è presente all'art. 11 la clausola del valore probatorio delle scritture contabili, con l'affermazione che le stesse fanno piena prova anche in giudizio, ogni contraria eccezione rimossa, per la determinazione del debito del cliente quanto a capitale, interessi ed accessori: si rammenta che la suddetta clausola ove regolarmente sottoscritta dal cliente, viene ritenuta in alcuni precedenti giurisprudenziali idonea a conferire al certificato di saldaconto valore non meramente indiziario, ma di piena prova (C.C. 25857/2011 che afferma trattarsi di clausola immune da nullità, agli effetti dell'art. 2698 c.c. in quanto non integrante una non consentita inversione dell'onere probatorio su diritti di cui le parti non possono disporre né un aggravamento eccessivo dell'esercizio del diritto)"*. Afferma ancora la Corte che *"non rileva nel giudizio di opposizione la mancata produzione di tutti gli estratti conto, in considerazione del fatto che gli oppositori non avevano mai contestato, se non in maniera del*

tutto generica, il credito della Banca e ciò comportava l'applicazione del principio di non contestazione dettato dall'art. 115 c.p.c.."

Eventuali contestazioni da parte dell'opponente, sulle risultanze dei predetti saldaconto, dichiarati conformi alle scritture contabili, avrebbero pertanto dovuto formare oggetto di contestazioni precise, puntuali, espresse.

Si veda ancora, sul punto, quanto statuito dalla Corte di cassazione n. 279/2019, secondo la quale la contestazione del correntista: *"...affinchè sia idonea ad elidere gli effetti della prova indiziaria del medesimo (estratto conto, NDR) deve essere specifica e deve indicare le singole voci del conto reputate inesatte, pur senza l'esigenza di formule sacramentali"*.

Il decreto ingiuntivo *de quo*, in conclusione, risulta legittimamente emesso.

SULLA MANCANZA DI PROVA DEL CREDITO AZIONATO IN SEDE MONITORIA.

Gli oppositori contestano, ancora, la quantificazione unilaterale ed arbitraria del credito operata dalla Banca la quale, a loro dire, non fornisce alcuna giustificazione contrattuale e contabile della propria pretesa.

Anche tale censura è del tutto priva di fondamento, dal momento che l'istituto di credito ha assolto interamente al proprio onere probatorio.

Con riferimento alle risultanze del c.c. n. omissis (già n. omissis) l'opposta ha depositato gli estratti conto che ha reperito, dall'1.1.2005 al 28.2.2016 (doc. 4, fasc. opposta); la banca, inoltre, richiama il documento di sintesi allegato al contratto di conto corrente di corrispondenza già depositato nel fascicolo monitorio, che nuovamente viene prodotto in giudizio (doc. 5, fasc. opposta), che reca duplice sottoscrizione del correntista, ad approvazione di tutte le clausole; deposita inoltre il contratto quadro di affidamento (doc. 6, fasc. opposta) concluso in data 2.8.2013 con validità fino a revoca, con allegato documento di sintesi, risultando così espresse tutte le condizioni economiche.

Di tale documento rilevano, ai fini del presente giudizio: l'art. 1 oggetto del contratto quadro Nu. 1.2, ai sensi del quale: *"La banca e il cliente concordano con appositi atti integrativi di questo contratto, le caratteristiche, le condizioni economiche degli affidamenti eventualmente concessi successivamente alla sottoscrizione del contratto medesimo, nonchè le modifiche degli affidamenti in essere. La banca e il cliente convengono sin da ora che eventuali nuovi affidamenti che venissero concessi al cliente successivamente alla sottoscrizione di detto contratto saranno disciplinati dalle NORME GENERALI E PARTICOLARI previste rispettivamente nei capitoli 1 e 2 del contratto medesimo"*; la clausola Nu. 1.3: *"Questo contratto e gli eventuali atti integrativi costituiscono IL CONTRATTO QUADRO DI AFFIDAMENTO"*; l'art. 5, che regola: gli interessi, spese e oneri fiscali; l'art. 6 che disciplina la modifica unilaterale delle condizioni; il CAPITOLO 2 - sezione 1: APERTURA DI CREDITO IN CONTO CORRENTE, Sezione 2, in materia di affidamenti a fronte di presentazione di portafoglio per anticipi su presentazione di documenti per finanziamenti a breve termine; l'art. 5 in tema di anticipi fatture, il cui punto 5.2. prevede che: *"Il cliente conferisce sin da ora alla banca mandato irrevocabile, in quanto anche nell'interesse di quest'ultima ai sensi dell'art. 1723 comma 2 c.c. ad incassare i crediti che derivano dalle fatture che via via presenterà alla banca medesima. La banca e il cliente convengono che tale mandato all'incasso deve intendersi conferito, relativamente alle fatture oggetto di ogni singola presentazione, per effetto della semplice presentazione della medesima"*; il punto 5.3. ai sensi del quale: *"La banca porta le somme incassate*

in esecuzione del mandato conferitole a decurtazione o estinzione di quanto dovuto dal cliente in dipendenza dell'anticipo concessogli".

L'istituto di credito ha inoltre prodotto in giudizio n. 27 atti integrativi del contratto quadro (doc. 7, fasc. opposta) che si sono succeduti dal 2.8.2013 fino all'ultimo in data 1.3.2016 con scadenza al 31.8.2017; ha depositato inoltre i documenti indicati nel ricorso con il n. 7 (cfr. doc. 8, fasc. opposta) che hanno ad oggetto il dettaglio dei conteggi relativi a 12 RIBA insolte a far data dall'1.2.2016 a tutto il 13.6.2016 per un importo complessivo di €. 70.112,26.

Si evince da tali documentazioni che negli estratti conto prodotti le movimentazioni per lo sconto RIBA sono evidenziate con "giroconto accreditato portafoglio a valuta maturata" e in caso di insolvenza "effetti impagati". L'opposta produce altresì: (doc. 9, fasc. opposta) le presentazioni alla banca per le anticipazioni dei relativi importi; le anticipazioni risultano evidenziate negli estratti del c.c. alla voce "ANTICIPO FATTURE" e, qualora pagate, alla voce "ESTINZIONE FATTURE"; (doc. 10, fasc. opposta), lettere di sollecito inviate dalla banca ai debitori insolventi; dal contenuto dei solleciti si evince l'esistenza di un mandato ad incassare crediti, come del resto è reso evidente dal testo contrattuale sopra analizzato.

Contrariamente a quanto allegato dagli oppositori, pertanto, non vi è mai stata cessione di crediti, ma esclusivamente mandato all'incasso. In argomento ha statuito la Suprema Corte n. 18447/2007: *"Nel caso della c.d. anticipazione su fatture o sconto improprio, a fronte del mandato all'incasso di ricevute bancarie, è onere del creditore che pretende la restituzione delle somme erogate, in ragione del mancato pagamento del terzo, dimostrare non solo l'esistenza del contratto di finanziamento bensì anche l'avvenuta erogazione delle somme sovvenute"*. Gli oneri di cui sopra sono stati documentalmente adempiuti dalla Banca, avendo quest'ultima prodotto contratto quadro, atti integrativi, estratti conto; nulla, di contro, ha dimostrato parte opponente per giustificare l'istanza di restituzione degli importi addebitati, ovvero l'avvenuta realizzazione dei crediti deferiti alla banca per la riscossione.

E' altresì necessario precisare che a seguito del mancato incasso, la Banca non stornava le fatture impagate; tale operazione non compare negli estratti conto e conseguentemente l'istituto di credito ha chiesto il pagamento complessivo degli anticipi delle fatture invase con comunicazione del 16.11.2017 (documento già allegato al monitorio, di cui al doc. 11, fasc. opposta) a DEBITRICE S.r.l. ed al sig. FIDEIUSSORE avente ad oggetto: INTIMAZIONE DI PAGAMENTO - FINANZIAMENTO DI €. 250.000,00. *"Con la presente comunichiamo che il finanziamento n. omissis dell'importo originario di €. 250.000,00 presenta una esposizione pari ad €. 220.020,13. Nel darvi formalmente revoca del finanziamento vi invitiamo a corrisponderci immediatamente e comunque entro e non oltre il termine di 1 giorno l'importo sopra indicato"*.

Inoltre, occorre rilevare che l'importo di €. 220.020,13 corrisponde alla somma delle RIBA impagate per €. 70.112,26 e delle fatture impagate per €. 149.916,84 con riferimento al solo capitale.

In data 16.11.2017 la Banca ha inviato altra comunicazione (cfr. doc. 11, fasc. opposta) agli stessi destinatari per il finanziamento n. omissis dell'importo di €. 50.000,00 (affidamento sul c.c. omissis) con intimazione di pagamento di €. 50.528,13 e formale revoca dello stesso.

Al riguardo, l'istituto di credito produce in giudizio le raccomandate inviate in data 12.9.2018 alla debitrice ed al fideiussore (doc. 12, fasc. opposta) di intimazione di pagamento ove è specificata sia l'esposizione del conto corrente pari ad €. 139.520,36 (comprensiva delle movimentazioni, e per quanto esposto

dell'addebito delle RIBA e degli interessi passivi), sia lo scoperto delle fatture impagate per €. 149.916,84 per capitale, esclusi gli interessi maturati. - raccomandata agli stessi destinatari in data 29.11.2018 (doc. 13, fasc. opposta) con intimazione di pagamento: di €. 141.213,78 (l'esposizione del conto corrente è lievitata per maturazione di interessi passivi, il cui tasso è significativamente aumentato a seguito della revoca dei finanziamenti); di €. 149.916,84 per fatture impagate, il cui importo è rimasto invariato riferendosi al solo importo capitale anticipato.

E' necessario peraltro evidenziare che l'opposta ha prodotto anche gli affidamenti concessi dalla Banca in data 1.3.2016 (doc. 14, fasc. opposta): n. omissis - apertura di credito di €. 50.000,00 sul conto corrente n. omissis valido fino al 31.8.2017 con TAN 5,3680% - affidamento di €. 150.000,00 per anticipi fatture con scadenza 31.8.2017 TAN 4,7360% riferito allo stesso conto corrente - affidamento di €. 100.000,00 su conto corrente n. omissis fino al 31.8.2017 per apertura di credito a tassi differenziati a scadenza (RIBA) TAN 4,518%.

Ne discende pertanto che i debiti della banca per capitale al momento della revoca degli affidamenti alla data del 16.11.2017 sopra richiamata (doc. 11, fasc. opposta), pari ad €. 220.020,13 e ad €. 50.528,13, erano ancora nei limiti dei crediti concessi, considerato che €. 220.020,13 è la somma di RIBA e fatture anticipate in evase e che €. 50.000,00 si riferiva al credito per il conto corrente. Le conclusioni non cambiano qualora si consideri l'affidamento di €. 100.000,00 per sconto RIBA, riferito anch'esso al conto corrente ove gli effetti transitavano, che porterebbe detto affidamento - in tale modo - ad €. 150.000,00.

Occorre da ultimo rilevare che nel caso di specie nessuna contestazione, nessuna eccezione e/o impugnazione è stata sollevata nel corso del rapporto e nell'ambito delle numerose operazioni e contratti conclusi con la Banca, nè da DEBITRICE S.r.l. nè dal di lei socio unico, amministratore e fideiussore sig. FIDEIUSSORE, nè in ordine alle operazioni svolte nè tanto meno al quantum.

Tanto premesso, valga osservare quanto segue.

CIRCA GLI ONERI PROBATORI NEL PRESENTE GIUDIZIO

Gli opposenti chiedono, con l'opposizione, la revoca del decreto ingiuntivo opposto, per le ragioni emarginate, e la condanna della Banca alla restituzione in favore del debitore principale delle somme indebitamente percepite o della somma risultante a credito dello stesso all'esito di espletanda CTU.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità con decisione 28945/2017 in una vicenda di opposizione a decreto ingiuntivo, in cui la Banca non aveva depositato tutti gli estratti conto relativi alla durata del rapporto e gli ingiunti avevano chiesto la ripetizione delle somme che la Banca aveva indebitamente percepito, ha statuito: "*...in caso di domanda di ripetizione di indebito oggettivo l'onere della prova grava sul creditore istante, il quale è tenuto a provare i fatti costitutivi della sua pretesa e quindi sia l'avvenuto pagamento, sia la mancanza di una causa che lo giustifichi* (C.C. 13.11.2003 n. 17146 - C.C. 14.5.2012 N. 7501 - 2010/22872 - 5896/2006) sicchè spettava al ricorrente documentare attraverso gli estratti conto, gli addebiti illegittimamente attuati in suo danno, e le somme percepite dalla Banca in dipendenza di essi".

Il Tribunale di Reggio Emilia, con recente pronuncia in data 6 aprile 2020, n. 400, ha statuito sul tema, in un caso analogo al presente:

"Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, in cui il correntista non si limita a contestare la sussistenza e l'entità del credito fatto valere in giudizio dalla banca, ma formula (come nel caso di specie) domanda riconvenzionale,

chiedendo la restituzione degli importi versati indebitamente sul conto corrente, i criteri di riparto dell'onere della prova conducono a ritenere quanto segue:

- l'opponente che ha proposto domanda di ripetizione di indebitato, al fine di assolvere al proprio onere probatorio, è tenuto a produrre la documentazione completa comprovante il proprio credito; in mancanza, il suo credito dovrà essere ricalcolato dal primo saldo disponibile, senza potersi avvalere del criterio del "saldo zero" (con specifico riferimento alla situazione in cui sia il correntista ad agire in ripetizione ed alla conseguente necessità di muovere dalle risultanze del primo estratto conto, per la giurisprudenza di merito, cfr. Corte d'appello di Milano, sez. I Civile, sentenza n. 31/2017, depositata il 05.01.2017; T. Reggio Emilia sez. II, 23/04/2014, n.650);

- nel contempo la banca che, nella qualità di parte opposta, fa valere il proprio credito derivante dal saldo negativo del conto, in assenza della documentazione completa del rapporto di conto corrente, non può far valere a fondamento della pretesa creditoria il primo estratto conto disponibile. In definitiva, allorché l'opponente non si sia limitato a contestare il credito fatto valere in giudizio dalla banca, in difetto di produzione di tutti gli estratti conto completi, il correntista non può servirsi a suo vantaggio del cosiddetto saldo zero; né la banca può opporre a sua volta al correntista il primo estratto conto disponibile".

Ancora, di recente, la Cassazione è giunta, con una condivisibile pronuncia, richiamata dalla stessa parte opponente, ad un parziale temperamento del noto principio del "saldo zero", specie nei casi in cui, a fronte della rappresentazione di saldi passivi da parte della banca, formati a seguito di un andamento prolungato del rapporto, le contestazioni svolte dal cliente, per la prima volta in fase di opposizione a decreto ingiuntivo, siano generiche e non siano nel senso di sostenere che, laddove il rapporto fosse epurato delle poste illegittimamente addebitate, vi sarebbe stato un saldo attivo per il cliente.

In particolare, Cass. 11543/2019 ha affermato che l'estratto conto non è l'unico mezzo di prova attraverso il quale ricostruire le movimentazioni del rapporto. In particolare, non può escludersi che l'andamento del conto possa accertarsi avvalendosi di altri strumenti rappresentativi delle intercorse movimentazioni; così, il giudice potrebbe valorizzare le contabili bancarie riferite alle singole operazioni o le scritture contabili dell'istituto di credito, ed avvalersi, per l'interpretazione di tali dati, di un consulente tecnico d'ufficio (Cass. 1 giugno 2018 n. 14074; Cass. 15 marzo 2016 n. 5091; Cass. 3 dicembre 2018 n. 31187).

La Corte ha altresì precisato che, per quanto il rapporto di conto corrente sia unitario, non può per ciò solo ritenersi che le conseguenze discendenti da una produzione incompleta siano regolate da criteri rigidi e massimalistici: in particolare, non pare corretto affermare che inevitabilmente una produzione incompleta conduca al rigetto della domanda di condanna svolta dalla banca, amputando dal conto sic et simpliciter le appostazioni di segno negativo.

Il rapporto di conto corrente secondo la sentenza citata, postula operazioni di segno opposto non integranti distinti e autonomi rapporti di debito e credito tra banca e cliente, rispetto ai quali l'azzeramento unilaterale delle risultanze possa valere alla stregua di rinuncia (Cass. 16 aprile 2018 n. 9365).

Nella prospettiva voluta dall'art. 2697 c.c., invece, non vi è ragione per azzerare il saldo a debito, a sfavore della banca, quasi come se ai fini della definizione del complessivo rapporto di dare ed avere tra banca e cliente non abbia nessuna rilevanza l'andamento complessivo, ed il saldo passivo che, eventualmente, si sia formato successivamente a tale azzeramento; paradossalmente, questa prassi potrebbe ridondare a danno del cliente, in quanto una eventuale rielaborazione

delle appostazioni del conto corrente, prima dell'azzeramento del saldo negativo, potrebbe addirittura rivelare l'esistenza di un saldo a credito del cliente.

Da ciò la Corte desume al necessità di non applicare "rigidamente" il criterio del saldo zero.

In altri termini, laddove la documentazione sia incompleta ed il saldo documentato dal primo estratto conto sia negativo (ma nel caso di specie, il primo estratto conto prodotto, risalente all'anno 2005, reca addirittura saldo positivo), l'applicazione rigida del saldo zero sarebbe da evitarsi se altri elementi portano a ritenere che quel saldo si sarebbe comunque formato, e la sua formazione non sarebbe stata inibita dall'espunzione di eventuali interessi non dovuti, usurari o anatocistici, o di altre poste non correttamente pattuite (pag. 10 della motivazione), che oltretutto, nel caso di specie, neppure vengono indicate con precisione dall'opponente, che si limita a contestazioni del tutto generiche ed astratte.

A tal fine, ben può essere valorizzata la condotta del cliente, ed in particolare, può essere valorizzata la circostanza che lo stesso correntista non sostenga che, nel periodo non documentato, si fosse formato un credito; in tal caso, la carenza probatoria in cui incorre la banca omettendo la produzione completa degli estratti conto si "saldano" con la carenza di prova – da parte del correntista – di un saldo intermedio a suo favore, ovvero di segno positivo.

Tali principi, sempre in senso favorevole alla banca creditrice che abbia prodotto, quanto meno parzialmente, gli estratti conto relativi al rapporto, specie a fronte di contestazioni del tutto generiche sull'andamento di esso, sono state recepite anche dalla locale Corte d'Appello, che con pronuncia in data n 2019 n 1090, ha testualmente motivato:

"Questa corte è a conoscenza dell'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità che sostiene che nel procedimento a cognizione piena introdotto con l'opposizione a decreto ingiuntivo, la Banca, in quanto attore in senso sostanziale, è tenuta a produrre la documentazione a sostegno del proprio credito, tale non essendo l'estratto di saldaconto, viceversa idoneo a fornire la prova nell'ambito del procedimento monitorio (cfr. Cass. Sez. 1, ordinanza n. 14640 del 6 giugno 2018).

Allo stesso modo, ove l'istituto di credito ometta di produrre gli estratti conto nel giudizio di opposizione, non può ritenersi che abbia assolto l'onere probatorio su di sé gravante per il semplice fatto che il cliente non ha contestato tempestivamente gli estratti conto regolarmente inviati al cliente (così, Cass. sez. 1^a, sentenza del 20 agosto 2003 n. 12233). L'onere di documentare pienamente il credito non sorge però nel caso in cui le contestazioni siano fondate su motivi solo formali, quale la inutilizzabilità dell'estratto conto certificato ovvero allorché le censure siano del tutto generiche (in tal senso, sempre Cass. Sez. 1^a, ordinanza n. 14640 del 6 giugno 2018).

4.6. Ciò si è puntualmente verificato nel caso di specie, come si può facilmente evincere dal richiamo dell'atto di citazione, sopra riportato con la riproduzione dei passi più salienti, e delle successive memorie deputate alla precisazione della domanda e alle richieste di prova: in tutti gli atti di parte si evince l'assoluta genericità degli argomenti utilizzati per contrastare le domande di pagamento della Banca.

La valutazione di infondatezza e genericità dell'opposizione è confortata anche dal fatto che la contestazione della mancanza di previsione scritta del tasso d'interesse, imposta dal legislatore e quella, correlata, della mancanza di

documentazione scritta a comprova dell'esistenza di un rapporto di conto corrente e delle pattuizioni correlate (anticipazione, salvo buon fine, commissioni spese) è stata immediatamente smentita dalla produzione da parte della Banca di tutta la documentazione pertinente.

4.7. Per quanto occorrer possa, nel documento di sintesi del 22 ottobre 2012 cui è allegato il contratto di affidamento, nelle condizioni di regolamento, è presente, all'articolo 11, la clausola sul valore probatorio delle scritture contabili, con l'affermazione che le stesse fanno piena prova anche in giudizio, ogni contraria eccezione rimossa, per la determinazione del debito del cliente quanto a capitale, interessi ed accessori: si rammenta che la suddetta clausola, ove regolarmente sottoscritta dal cliente, viene ritenuta in alcuni precedenti giurisprudenziali idonea a conferire al certificato di saldaconto valore non meramente indiziario ma di piena prova (cfr. Cass. Sez. 1^a, sentenza n. 25857 del 2 dicembre 2011 che afferma trattarsi di clausola immune da nullità, agli effetti dell'articolo 2698 cod. civ., in quanto non integrante una non consentita inversione dell'onere probatorio su diritti di cui le parti non possono disporre, né un aggravamento eccessivo dell'esercizio del diritto).

4.8. Va ancora ricordato che la produzione della documentazione contrattuale ha comportato il rigetto da parte del primo giudice delle doglianze di nullità del rapporto per violazione della forma scritta prevista ad substantiam dal legislatore, avendo la Banca prodotto in giudizio tutti i contratti regolarmente sottoscritti anche dalla Banca stessa, relativi sia al conto corrente, — con indicazione

dei tassi pattuiti entro il fido, oltre il fido e per la presentazione di effetti e salvo buon fine, del TAEG e delle commissioni varie —, che alle fidejussioni anch'esse regolarmente sottoscritte.

Come noto, la vexata quaestio della nullità del contratto "monofirma" è stata definitivamente superata dal pronunciamento delle Sezioni Unite, il cui richiamo è in ogni caso nel caso di specie irrilevante in considerazione del visto apposto dall'addetto di filiale su tutti i documenti allegati.

4.9. Da ultimo, va richiamato l'orientamento più volte ribadito dalla Cassazione in tema di onere della prova applicabile al caso in cui il correntista chieda in giudizio la ripetizione dell'indebito per somme, interessi ed accessori non dovuti (cfr. Cass. civ. n. 12897/1995; n. 7027/1997; n. 2334/1998; n. 3387/2001; n. 7501/2012; n. 24948/2017): in tale caso, è il correntista gravato del corrispondente onere probatorio e non la Banca, sicché il primo ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione degli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somme non dovute.

Ne deriva che, anche nel caso di specie, gli attori che affermavano di non dovere alcuna somma alla Banca anche in relazione all'illecita pattuizioni di interessi, "...eventualmente usurari..", di commissioni e spese, avrebbero dovuto, in applicazione del principio di prossimità della prova, produrre gli estratti conto ritenuti pertinenti al fine della dimostrazione della non debenza delle somme in oggetto. Si è già detto che la prova della pattuizione scritta degli interessi e del tasso convenuto è stata fornita dalla Banca (e su tale questione gli appellanti portano avanti una difesa del tutto generica), mentre la doglianza sugli interessi usurari è ancora più generica in quanto viene formulata in termini di mera eventualità e, da ultimo, con richiamo di casistica e giurisprudenza al di fuori dello specifico contesto. Altrettanto generiche sono le contestazioni sulla capitalizzazione trimestrale, che era prevista fin dal contratto nel settembre 1997 e veniva ribadita, per i rapporti attivi e passivi,

dalla convenzione dell'ottobre 2012 (tutte regolarmente sottoscritte dalle parti): gli appellanti sul punto ribadiscono genericamente che non vi sarebbe corrispondenza tra la capitalizzazione degli interessi attivi e quella degli interessi passivi, richiamando il primo contratto che risale al 1997, che è stato però superato da quelli successivi.

5. Da tutte le considerazioni sin qui svolte deriva la conferma della motivazione del primo giudice in tema di sufficienza della prova del credito della Banca, anche in applicazione del principio di non contestazione dettato dall'articolo 115 c.p.c. che impone alla parte una specifica contestazione dei fatti, nel caso di specie del tutto mancante”.

Nel caso di specie, dunque, sebbene la Banca abbia prodotto soltanto una parte degli estratti conto, in quanto il rapporto era sorto, assai verosimilmente, prima del 21 gennaio 2005, e non sia stata in grado di produrre il contratto di apertura del conto corrente (che si dice da parte opponente risalire al 1989), sta di fatto che, per tutti i motivi esposti, il credito può ritenersi ampiamente provato nel suo ammontare.

Infatti la banca:

a) ha prodotto sia il saldaconto, certificato conforme alle scritture contabili, che per valida pattuizione tra le parti possedevano, anche nei confronti del fideiussore, piena efficacia probatoria anche nel giudizio di cognizione ordinaria (vedi Cass. n. 279/2019);

b) ha prodotto, se non il contratto, il documento di sintesi, contenente tutti gli estremi vuoi del conto corrente in essere, vuoi delle condizioni applicate, regolarmente sottoscritto dal correntista;

c) ha prodotto gli estratti conto completi del rapporto dal 2005 al 2016, mai contestati dalla società correntista, né dal fideiussore, che si ricorda, era il legale rappresentante ed amministratore della società. Del pari, anche il già citato documento di sintesi, prodotto quale doc. n. 5 di parte opposta, regolarmente sottoscritto ed approvato da FIDEIUSSORE, risulta non esser mai stato contestato per tutta la durata del rapporto.

Di contro parte opponente:

a) non ha specificamente rappresentato motivi e ragioni in dipendenza delle quali il complessivo andamento del rapporto, documentato dalla produzione degli estratti conto relativi ad oltre un decennio, dovrebbe essere differente rispetto a quello risultante dagli atti, ed in particolare, non ha addotto specifiche contestazioni circa addebiti effettuati dalla banca, per interessi ultralegali, usurari, anatocismo o altro, che dovrebbero condurre ad un saldo positivo in suo favore, o ad un qualsivoglia diritto restitutorio;

b) a fronte della domanda restitutoria azionata, non ha prodotto, come sarebbe stato suo preciso onere sulla scorta della giurisprudenza richiamata, la documentazione atta a supportare la deduzione, da costui svolta, di applicazione di condizioni, commissioni ed interessi non pattuiti per iscritto, posto che, per quanto detto, le condizioni ed i tassi applicati erano comunque specificati in atto – il documento di sintesi - avente anche efficacia ricognitiva, sottoscritto anche per specifica approvazione da parte del legale rappresentante della società opponente.

SULLA NON RIFERIBILITA' ED AZIONABILITA' DELLE FIDEIUSSIONI ALLEGATE RISPETTO AL CREDITO INGIUNTO

Gli opposenti allegano sul punto che le fideiussioni azionate dalla Banca siano state rilasciate per operazioni specifiche. In particolare, allegano che sotto il profilo dell'oggetto della garanzia, dette fideiussioni, datate 1 marzo 2016, non

garantiscono l'intero saldo debitore del conto corrente c/c, saldo debitore che, invece, costituisce oggetto di ingiunzione almeno quanto all'importo di € 165.643,36 oltre interessi successivi fino al saldo al tasso del 14,5875%. Allegano peraltro che l'importo scoperto delle fatture anticipate (€ 149.916,84) non sarebbe riconducibile a nessuna delle operazioni oggetto della garanzia fideiussoria, in quanto la prima garanzia si riferisce ad una linea di credito per € 50.000,00 e la seconda ad una linea di credito per € 250.000,00 e quindi - secondo la prospettazione avanzata dagli oppositori - non sarebbero azionabili le fideiussioni in quanto nessuna è stata rilasciata a garanzia di una linea di credito per € 150.000,00.

Anche tali censure risultano del tutto prive di pregio.

Deve, in primo luogo, rilevarsi che i rapporti tra DEBITRICE S.r.l. e la Banca erano sostanzialmente regolati da: un conto corrente; un contratto quadro di affidamento dal 2.8.2013 - nell'ambito del quale venivano concessi e/o modificati negli importi affidamenti a termine e/o a revoca, attraverso i quali la società scontava RIBA e otteneva l'anticipo di fatture; una fideiussione rilasciata dal sig. FIDEIUSSORE per € 50.000,00 avente ad oggetto la linea di credito transitoria per apertura di credito in conto corrente con scadenza al 31.8.2017; l'altra fideiussione di € 250.000,00 si riferisce invece a linea di credito transitoria per operazioni commerciali autoliquidantesi con scadenza al 31.8.2017 - se la fideiussione di € 250.000,00 espressamente riferita ad operazioni "commerciali autoliquidantesi" (espressione che ha un preciso significato nel linguaggio bancario) non comprende le operazioni di sconto RIBA e le anticipazioni fatture, è onere del correntista illustrare a quali operazioni si riferisca tale garanzia.

Quanto alla inesistenza di una linea di credito per € 150.000,00 va ricordato che il contratto di finanziamento in data 1.3.2016, sottoscritto da DEBITRICE S.r.l., prevede tra l'altro l'affidamento di € 150.000,00 per anticipo fatture (peraltro affidamenti per anticipi fatture sono previsti anche nei precedenti contratti di concessione di credito).

Occorre, in secondo luogo, rilevare che la fideiussione specifica è il contratto con il quale il fideiussore assume verso la banca l'obbligazione di garanzia dei debiti esistenti al momento in cui viene concluso, per un ammontare definito, originate da operazioni bancarie specifiche intercorrenti tra la banca e il debitore principale. La differenza con la fideiussione omnibus consiste nel fatto che quest'ultima contiene clausola idonea ad estendere la garanzia non solo ai debiti esistenti al momento in cui il contratto viene concluso e per un ammontare definito, ma anche a quelli che, entro tale ammontare deriveranno in futuro da operazioni bancarie di qualsiasi natura intercorrenti tra la banca e il debitore principale o tra quest'ultimo e un terzo. Lo scoperto della debitrice si è formato a seguito dell'utilizzo dei vari affidamenti succedutisi nel tempo. Al riguardo si può considerare il contratto quadro del 2.8.2013 (doc. 6, fasc. opposta), ma le considerazioni che seguono valgono anche per gli affidamenti precedenti (doc. 16, fasc. opposta). Sono seguiti atti integrativi del contratto stesso (doc. 7, fasc. opposta) fino all'atto integrativo dell'1.3.2016 con scadenza al 31.8.2017 (doc. 14, fasc. opposta) che prevede affidamento di € 50.000,00 in conto corrente, affidamento di € 150.000,00 per anticipi fatture e di € 100.000,00 per apertura di credito a tassi differenziati a scadenza (RIBA). Si evidenzia al riguardo che ogni contratto in esame è, come indicato nello stesso, ATTO INTEGRATIVO DEL CONTRATTO QUADRO DI AFFIDAMENTO DI BREVE TERMINE .../omissis; in forza di tale pattuizione integrativa le parti dispongono che: "con

questo atto integrativo che costituisce parte integrante del contratto quadro (le parti) convengono e stipulano quanto segue: la banca e il cliente concordano che questo documento di sintesi deve intendersi parte integrante sia del contratto a cui è unito che del documento di sintesi riportato nel contratto quadro di affidamento". In buona sostanza quanto esposto porta a concludere che le vicende relative alle varie aperture di credito concesse dopo il contratto quadro costituiscono un tutto unico, un susseguirsi di operazioni bancarie senza soluzione di continuità, che non possono essere considerate operazioni autonome e individuali, ma tutte hanno un unico riferimento al contratto del 2.8.2013. In questa ottica che è documentale, sia le fatture anticipate e impagate dal 17.7.2015 al 9.2.2016, sia le RIBA scontate - nell'ambito del conto corrente - rientrano nell'ambito di un unico rapporto di affidamento.

Non è quindi ipotizzabile che le fideiussioni specifiche rilasciate in data 1.3.2016 garantissero - come al contrario allegato dagli oppositori - solo i debiti da quella data in avanti.

SULLA NULLITÀ DELLE FIDEIUSSIONI SOTTOSCRITTE PER VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA ANTITRUST EX ART. 2, CO. 2, LETT. A, LEGGE "ANTITRUST" N. 287 DEL 1990

Gli oppositori eccepiscono la nullità dei contratti di fideiussione allegati sub doc. 5 al ricorso monitorio.

A fondamento di tale eccezione menzionano un orientamento della giurisprudenza di legittimità (cfr. Corte di Cassazione sez. I del 12 dicembre 2017 n. 29810) in forza del quale: *"Sono nulle le fideiussioni prestate a garanzia delle operazioni bancarie (c.d. fideiussioni omnibus) conformi allo schema di contratto predisposto dall'ABI; in via segnata, alla luce del provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 di Banca d'Italia, le fideiussioni che contengono la sostanza delle seguenti clausole: a. "IL FIDEIUSSORE E TENUTO A RIMBORSARE ALLA BANCA LE SOMME CHE DALLA BANCA STESSA FOSSERO STATE INCASSATE IN PAGAMENTO DI OBBLIGAZIONI GARANTITE E CHE DOVESSERO ESSERE RESTITUITE A SEGUITO DI ANNULLAMENTO, INEFFICACIA O REVOCA DEI PAGAMENTI STESSI, O PER QUALSIASI ALTRO MOTIVO" ART. 2 (clausola di "reviviscenza"); b. "QUALORA LE OBBLIGAZIONI GARANTITE SIANO DICHIARATE INVALIDE, LA FIDEIUSSIONE GARANTISCE COMUNQUE L'OBBLIGO DEL DEBITORE DI RESTITUIRE LE SOMME ALLO STESSO EROGATE" ART. 6 (clausola di "sopravvivenza"); c. "I DIRITTI DERIVANTI ALLA BANCA DALLA FIDEIUSSIONE RESTANO INTEGRI FINO A TOTALE ESTINZIONE DI OGNI SUO CREDITO VERSO IL DEBITORE, SENZA CHE ESSA SIA TENUTA AD ESCUTERE IL DEBITORE O IL FIDEIUSSORE MEDESIMI O QUALSIASI ALTRO COOBBLIGATO O GARANTE ENTRO I TEMPI PREVISTI, A SECONDA DEI CASI, DALL'ART. 1957 COD. CIV., CHE SI INTENDE DEROGATO» ART. 8 (clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c.)"*.

La censura in questione non merita accoglimento.

Si richiama a confutazione della tesi sostenuta dagli oppositori la decisione del Tribunale di Bologna n. 20818 del 22.11.2019 - dott.ssa Benini - da cui si estrapolano i seguenti principi: 1) *gli effetti del provvedimento della Banca d'Italia 2 maggio 2005 si riferiscono ai contratti stipulati prima del maggio 2005, mentre quelle di cui alla presente controversia sono dell'1.3.2016;* 2) *per le fideiussioni successive non può prescindere dal rilievo di prova della permanenza di un intento collusivo antitrust tra le banche";* 3) *come evidenziato*

dal Tribunale di Milano - Sez. Imprese n. 6271/2016 "in tale contesto appare dunque evidente che il solo fatto che una banca abbia proposto alla clientela un contratto contenente dette clausole non può ritenersi elemento di per sè stesso sufficiente a dare effettivo conto, sia pure in termini indiziari, della sussistenza di un'intesa rilevante nella sua estensione e pervasività sul piano antitrust". 4) "Diversamente dovrebbe giungersi alla conclusione che l'accertamento avvenuto nel 2005 debba valere una tantum con effetti in aeternum, con la conseguenza pratica di espungere totalmente e per sempre dall'ordinamento civilistico le clausole "incriminate". E questa conclusione appare contraria alla stessa valutazione espressa dall'Autorità Garante, che riconosce che le clausole contrattuali sono di loro lecite, in quanto relative a norma derogabile".

Ancora Tribunale di Bologna, sentenza n. 20344 del 18.4.2019 - dott.ssa Arceri - da cui si richiama quanto di maggior interesse per l'oggetto della controversia: "Un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 L. 287/1990 può essere dannosa anche per un soggetto consumatore o imprenditore, che non vi abbia preso parte, ma perchè gli si possa riconoscere un interesse ad invocare la tutela di cui all'art. 33 comma 2 L. 287/1990 non è sufficiente che egli allegghi la nullità dell'intesa medesima, ma occorre anche che precisi la conseguenza che tale vizio ha prodotto sul proprio diritto ad una scelta effettiva tra una pluralità di prodotti concorrenti atteso che le Sezioni Unite nella pronuncia n. 2207/2005 hanno affermato che "unica tutela concessa al soggetto rimasto estraneo alla intesa anticoncorrenziale che abbia allegato e dimostrato un pregiudizio ad essa conseguente, è quella risarcitoria non essendo prevista alcuna tutela reale per il soggetto che si assume danneggiato da un'intesa anticoncorrenziale (si veda Tribunale di Verona, ordinanza 1.10.2018)...nel caso di specie parte opponente non ha in alcun modo allegato - nè tanto meno provato - di avere subito un pregiudizio in conseguenza dell'intesa anticoncorrenziale invocata, essendosi limitata a dedurre, la violazione dell'art. 2 L. 287/1990 da parte del contratto di fideiussione stipulato nel 2012 con conseguente nullità dello stesso; siffatta totale mancanza di specifiche allegazioni e prove non può che determinare l'infondatezza dell'eccezione proposta dalla parte opponente. E' evidente comunque che parte opponente non ha prodotto nè si è offerta di farlo, la modulistica ABI, la coincidenza tra quest'ultima ed il contratto, le possibilità di differenti sottoscrizioni a condizioni migliori, o comunque più vantaggiose presso altri istituti di credito, che il contratto de quo sia frutto di un accordo sotterraneo volto a bypassare la pronuncia ABI e non una autonoma scelta dell'istituto odierno, aspetti questi ultimi che peraltro non ha neppure allegato". Occorre peraltro rilevare che, nel caso di specie, il FIDEIUSSORE, socio unico ed amministratore, che ha rilasciato garanzie in favore di società commerciale, non può certamente essere considerato "consumatore" (pronuncia C.G.E. 74/2015).

Appare pertanto incongruo il riferimento operato dagli oppositori alla L. 287/1990, pacifico essendo che la disciplina antitrust tutela soltanto il consumatore, unico soggetto che potrebbe essere lesa dalla conclusione di un contratto in violazione di norme anticoncorrenziali, pregiudicando la sua facoltà di scelta tra più opzioni contrattuali.

In ogni caso l'invocata pronuncia della Cassazione n. 29810/2017 non incide sulla vertenza che ci occupa, atteso che il principio di diritto con la stessa affermato concerne unicamente, come già detto, i contratti stipulati anteriormente all'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale da parte di Banca d'Italia (2.5.2005), mentre nella fattispecie la fideiussione è stata rilasciata nel 2016.

Inoltre tale pronuncia non si esprime sulla natura e portata della nullità derivata (totale e/o parziale) del contratto a valle, dovendosi valutare non solo la quantificabilità di regola generale dell'art. 1419 cc.c. ma altresì che tutta l'istruttoria della Banca d'Italia ha avuto oggetto le singole clausole del modello di fideiussione ABI e non l'intero schema negoziale.

E' necessario peraltro evidenziare come a fronte della comunicazione 26.9.2005, con cui ABI inviava agli associati lo schema di fideiussione emendato dalle previsioni ritenute lesive della concorrenza, non si può comunque prescindere dal rilievo di prova della successiva permanenza di un intento collusivo antitrust tra le banche.

Nulla di tutto questo emerge nel caso di specie, in cui, oltretutto, per quanto detto, neppure l'opponente FIDEIUSSORE può qualificarsi consumatore; non esiste prova di un concreto pregiudizio, alla facoltà di scelta, che sarebbe stato patito per effetto dell'inserimento delle pretese clausole in violazione della disciplina anticoncorrenziale; non è svolta la benchè minima considerazione ed argomentazione in ordine all'incidenza dell'eventuale nullità parziale delle clausole asseritamente illecite.

SULL'ESTINZIONE DELL'OBBLIGAZIONE FIDEIUSSORIA PER DECORRENZA DEL TERMINE DECADENZIALE DI CUI ALL'ART. 1957 C.C. E PER INVALIDITA' DELL'OBBLIGAZIONE PRINCIPALE

Gli oppositori eccepiscono la nullità della clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 c.c., con la conseguente operatività della disciplina legale testè richiamata, allegando che la Banca ricorrente non abbia agito nei confronti della debitrice principale nel termine di 6 mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale.

Eccepiscono peraltro l'estinzione, nullità, inefficacia delle garanzie per invalidità dell'obbligazione principale alla luce di tutte le contestazioni sollevate nei capitoli precedenti in relazione alla nullità dei contratti azionati per mancanza di pattuizione scritta ex art. 117 TUB ed in ogni caso alla luce della assoluta arbitrarietà delle somme richieste dalla Banca oggetto di quantificazione unilaterale e non supportata da idonea documentazione. In particolare, allegano che la mancanza di prova scritta in ordine ai titoli contrattuali dal quale deriverebbe il rapporto obbligatorio principale ne determina la nullità e tale nullità travolge anche i contratti di fideiussione (in ragione della loro accessorietà) azionati con il procedimento monitorio.

Entrambe le eccezioni sono destituite di fondamento.

Per comprendere le ragioni dell'infondatezza è necessario dapprima soffermare la disamina in ordine alla qualificazione giuridica dei due contratti di garanzia personale stipulati tra la Banca ed il sig. FIDEIUSSORE di cui al documento n.15 del fascicolo di parte opposta. Nello specifico, i due contratti di garanzia sono qualificati solo formalmente dalle parti come fideiussioni.

In realtà, applicando i criteri dell'ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. ed attraverso un'indagine sulla causa in concreto, si evince che le due pattuizioni negoziali assumano contorni giuridici in parte differenti rispetto al paradigma legale della fideiussione, disciplinato agli artt. 1936 e ss. c.c.. Dalla disamina di entrambi i regolamenti contrattuali traspare l'intenzione delle parti contraenti di stipulare contratti autonomi di garanzia, di per sé atipici, anziché un rapporto di fideiussione vero e proprio. Nello specifico, l'art. 7, previsto in entrambi i contratti e rubricato "Pagamento del fideiussore", dispone espressamente che *"il fideiussore è obbligato a pagare immediatamente alla*

Banca, a semplice richiesta scritta, quanto alla stessa dovuto per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio.”

Si tratta, all'evidenza, di una clausola che qualifica la fattispecie quale contratto autonomo di garanzia e che pregiudica in radice la facoltà del fideiussore di paralizzare la domanda della banca garantita con eccezioni che riguardano il debito principale: *“La fondamentale distinzione tra il contratto autonomo di garanzia, espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., e fideiussione sta nel fatto che il contratto autonomo di garanzia è privo del carattere dell'accessorietà, con la conseguenza che viene di norma esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, regola che è invece essenziale nella fideiussione ai sensi dell'art. 1945 c.c. Ne deriva che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni” vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà, che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale.”*; peraltro, *“la presenza della clausola a prima richiesta o a semplice richiesta comporta, di regola, l'inapplicabilità della disciplina delle tipiche eccezioni fideiussorie di cui agli artt. 1956 e 1957 c.c.”* (Cass. civ., 06/04/2017, n. 8926; in termini anche Trib. Bologna 09/05/20119).

In altri termini, scopo della fideiussione a prima richiesta non è quello di garantire l'adempimento del debitore, ma di tenere indenne il beneficiario dal nocimento della mancata prestazione dello stesso, in quanto il contratto autonomo di garanzia, a differenza del contratto di fideiussione, che garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui - tutelando l'interesse all'esatto adempimento della relativa prestazione - ha la funzione di proteggere, mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro (nei limiti appunto della garanzia), il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, avendo come causa concreta quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla detta mancata esecuzione. Sempre sulle caratteristiche del contratto autonomo di garanzia, la giurisprudenza consolidata di merito e di legittimità sostiene che il negozio atipico in questione, come quello sottoscritto dall'opponente *“si caratterizza, infatti, per l'autonomia del rapporto di garanzia rispetto al rapporto contrattuale cui si riferisce la garanzia stessa e mira a indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il versamento tempestivo di una somma di denaro, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore principale. Ne deriva l'esclusione della facoltà di opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale garantito, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c.”* (Tribunale Milano Sez. VI Sent., 24/01/2020; in termini Tribunale di Bologna Sentenza n. 20817/2019). In altri termini: *“Il contratto autonomo di garanzia, espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile, qual è l'obbligazione dell'appaltatore, contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui, attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante. Inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento*

dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, 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." (cfr. Tribunale Roma Sez. XVII Sent., 09/01/2020).

Da quanto sopra esposto si evince l'inapplicabilità al rapporto contrattuale oggetto di contestazione dell'invocata disciplina di cui all'art. 1957 c.c., disposizione, questa, applicabile solo al rapporto fideiussorio e non già anche al contratto autonomo di garanzia.

Occorre sul punto peraltro rilevare che con specifico riferimento alla richiamata deroga all'art. 1957 c.c. la giurisprudenza di legittimità e di merito stabilisce che: "La decadenza del creditore dall'obbligazione fideiussoria ex art. 1957 c.c. per effetto della mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale può formare oggetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore, trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti che non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione, da parte del fideiussore, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore. La clausola relativa a detta rinuncia non rientra, peraltro, tra quelle particolarmente onerose, rilevanti ex art. 1341, comma 2, c.c.." (Cass. civ. Sez. I, Ord., 16-04-2018; Tribunale di Bologna, sentenza n. 20151/2017).

Neppure, di più, appare inutile evidenziare, nel caso di specie, la clausola di cui all'art. 6, inserita nel regolamento contrattuale di entrambe le fideiussioni, rubricata "Permanenza dell'obbligazione del fideiussore"; in forza di tale pattuizione negoziale i contraenti statuirono che "I diritti derivanti alla Banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore principale, senza che essa debba escutere il debitore principale medesimo o il fideiussore o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i termini previsti dall'articolo 1957 Cod. Civ., che si intende derogato"; ebbene è evidente che la stessa sia stata espressamente richiamata mediante l'indicazione numerica dell'articolo del contratto e la sintetica descrizione del contenuto talché la sua approvazione ex art 1341 e ss. c.c. deve comunque ritenersi "pienamente valida ed efficace", considerato peraltro che il garante, sig. FIDEIUSSORE, non assumeva la qualifica di consumatore in ordine alla stipulazione della garanzia personale prestata nel caso di specie (così Cass. civ. Sez. VI - 3, Ord., 09-07-2018, n. 17939, n. 18525; Trib. Bologna Sez. II, 16-05-2011).

Sulla base delle considerazioni testè esposte risulta parimenti infondata la seconda eccezione di nullità del contratto di fideiussione, considerata la mancanza del vincolo di accessorietà tra l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia, caratteristica, questa, tipica del contratto autonomo di garanzia.

SULL'ISTANZA DI CTU CONTABILE

Gli opposenti hanno presentato istanza di CTU volta a ricostruire il rapporto dare - avere con la Banca.

Tale richiesta è tuttavia inammissibile, dal momento che, tramite essa, le parti opposenti tentino di supplire alla totale carenza di prova circa le circostanze

dalla stessa allegate e pretendano di demandare al CTU una serie di accertamenti che avrebbero invece dovuto essere dalla stessa forniti.

E' necessario ricordare che l'attività del consulente tecnico non possa estendersi sino al punto di accertare fatti e circostanze attraverso l'acquisizione di quelle prove che le parti non hanno fornito. Sul punto è pacifico che "la consulenza tecnica d'ufficio costituisce un mezzo di ausilio per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione richiede nozioni tecnico-scientifiche, e non un mezzo di soccorso volto a sopperire all'inerzia delle parti" (così Cassazione, 19 aprile 2011, n. 8989) e che "la consulenza tecnica d'ufficio non può essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerta di prove ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati" (così Cassazione, 6 giugno 2003, n. 6090).

La CTU, in altre parole, non può servire a sopperire all'onere probatorio gravante sulla parte ma può, semmai, valere come mezzo integrativo della prova.

Alla luce di quanto sopra, la CTU dedotta deve ritenersi del tutto esplorativa e quindi inammissibile.

CONCLUSIONI. SPESE DI LITE

Conclusivamente, nessuna delle doglianze delle parti oppponenti appare fondata. Le spese di lite, vista la totale soccombenza, vengono poste a carico degli oppponenti e liquidate come in dispositivo, tenendosi conto del valore della causa e dell'attività difensiva concretamente svolta, sulla scorta dei parametri di cui al D.M. n. 55/2014 e s.m.i..

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così dispone:

- 1) respinge l'opposizione;
- 2) conferma il d.i., già dichiarato esecutivo, in ogni sua parte: capitale ivi indicato, interessi ivi indicati e spese monitorio quale ivi indicato;
- 3) revoca la già concessa sospensione della provvisoria esecuzione del d.i. opposto;
- 4) condanna altresì la società DEBITRICE S.R.L. ed il sig. FIDEIUSSORE, oppponenti, a rimborsare ad BANCA, oppposta, le spese di lite, che si liquidano in: onorari e compensi in euro 11.472,00; spese generali pari al 15% della somma che precede.

IVA e Cassa come per legge.

Sentenza resa ex articolo 281 sexies c.p.c., pubblicata mediante allegazione al verbale.

Bologna, 18 giugno 2020

Il Giudice

dott. Alessandra Arceri

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