

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

**Tribunale di Spoleto  
REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

In composizione monocratica nella persona del giudice Federico Falfari ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nel procedimento iscritto al n. (omissis)/2019 RG

TRA

SOCIETA DEBITRICE S.N.C. (

SOCIETA GARANTE S.R.L. + FIDEIUSSORI

**OPPONENTI**

E

BANCHE

OPPOSTA

E

NPL S.R.L.

**TERZA INTERVENUTA**

Conclusioni di parte opponente: “IN VIA PREGIUDIZIALE DI RITO

Dichiarare la propria incompetenza territoriale per deroga pattizia in favore, alternativamente dei Tribunali di Ancona, Macerata o Pesaro;

NEL MERITO:

1) Per la SOCIETA DEBITRICE:

- accertare e dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo n. (omissis) /19, in quanto emesso in assenza di idonea prova scritta ai sensi degli artt. 633 e 634 c.p.c., nonché 50, 117 e 119 TUB;

- accertare e dichiarare, previo ricalcolo del saldo di conto corrente, l'insussistenza del credito azionato, sia in relazione al rapporto di conto corrente n. (omissis) Banca, sia in relazione al rapporto n. (omissis) Banca, per difetto assoluto di prova del saldo riportato negli estratti depositati da Banca s.p.a. e per indebita applicazione di interessi anatocistici e usurari, CMS mai pattuite e comunque prive di causa e CIV non dimostrate;

Conseguentemente revocare il decreto ingiuntivo emesso.

Con vittoria di spese e competenze del giudizio.

2) Per SOCIETA GARANTE s.r.l., in qualità di fideiussore:

- accertare e dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo n. (omissis) /19, in quanto emesso in assenza di idonea prova scritta ai sensi degli artt. 633 e 634 c.p.c., nonché artt. 50, 117 e 119 TUB;

- accertare e dichiarare la intervenuta decadenza della garanzia fideiussoria, per mancato rispetto del termine di cui all'art. 1957 c.c., previa declaratoria di nullità della deroga convenzionale alla decadenza, prevista all'art. 5 del contratto di fideiussione omnibus sottoscritto da SOCIETA GARANTE S.R.L. e riprodotto nel contenuto dell'art. 6 dello schema ABI - dichiarato illegittimo per violazione del divieto di intese anticoncorrenziali – e per l'effetto dichiarare che nulla deve la SOCIETA GARANTE S.R.L. in favore di Banca s.p.a.;

- accertare e dichiarare, previo ricalcolo del saldo di conto corrente, l'insussistenza del credito azionato, sia in relazione al rapporto di conto corrente n. (omissis) Banca, sia in relazione al rapporto n. (omissis) Banca, per difetto assoluto di prova del saldo riportato negli estratti depositati da Banca s.p.a. e per indebita applicazione di interessi anatocistici e usurari, CMS mai pattuite e comunque prive di causa e CIV non dimostrate;

Conseguentemente revocare il decreto ingiuntivo emesso.

Con vittoria di spese e competenze del giudizio.

3) Per GARANTI, in qualità di fideiussori:

accertare e dichiarare la nullità del decreto ingiuntivo n. (omissis)/19, in quanto emesso in assenza di idonea prova scritta ai sensi degli artt. 633 e 634 c.p.c., nonché 50, 117 e 119 TUB;

- accertare e dichiarare la radicale nullità del contratto di fideiussione sottoscritto in favore di Banca s.p.a., in quanto contenente clausole dichiarate illegittime per violazione del divieto di intese anticoncorrenziali e per l'effetto, dichiarare che i suddetti fideiussori nulla devono in favore di Banca s.p.a.;

- In subordine, accertare e dichiarare la nullità parziale del contratto di fideiussione in relazione alle clausole nn. 1, 6 e 8 ivi contenute per le medesime ragioni di cui al precedente punto e per l'effetto dichiarare l'intervenuta decadenza della garanzia fideiussoria, per mancato rispetto del termine di cui all'art. 1957 c.c.;

- accertare e dichiarare, previo ricalcolo del saldo di conto corrente, l'insussistenza del credito azionato in relazione al rapporto n. (omissis) Banca, per difetto assoluto di prova del saldo riportato negli estratti depositati da Banca s.p.a. e per indebita applicazione di interessi anatocistici e usurari CMS mai pattuite e comunque prive di causa e CIV non dimostrate.

Conseguentemente revocare il decreto ingiuntivo emesso.

Con vittoria di spese e competenze del giudizio”.

Conclusioni di parte convenuta: non presente all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Conclusioni di parte intervenuta: “In via pregiudiziale:

= ordinare lo stralcio dal fascicolo d'ufficio delle note di trattazione scritta depositate dalla parte opponente in data 3 e 4 maggio 2021 in violazione dei termini ex lege previsti.

Nel merito in via principale:

= rigettare le domande avversarie tutte, con qualunque statuizione, perché infondate in fatto ed in diritto.

= per l'effetto confermare integralmente il decreto ingiuntivo opposto n. (omissis) /2019 RG (omissis) /2019 del Tribunale di Spoleto.

Nel merito in subordine:

= nella non creduta e denegata ipotesi di revoca integrale, ovvero parziale, del decreto ingiuntivo opposto n. (omissis) /2019 RG (omissis) /2019 del Tribunale di Spoleto, dichiarare tenuti e condannare, in solido tra loro:

a) SOCIETA DEBITTRICE, in persona del legale rappresentante pro tempore, nonché SOCIETA GARANTE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, ciascuno nella propria qualità, al pagamento in favore di NPL srl Euro 261.289,88 per i titoli di cui al decreto ingiuntivo opposto

b) GARANTI al pagamento in favore di NPL srl la somma di Euro 9.498,95 per titoli di cui al decreto ingiuntivo opposto oltre agli interessi di ragione, corrispettivi e moratori, ai tassi ex contractu previsti, comunque calcolati nei limiti dei tassi soglia antiusura, tempo per tempo vigenti ex lege 108/96 arrotondati allo 0,5% inferiore dal 30/01/2019 al saldo condannare inoltre tutti i debitori suindicati al pagamento delle spese e del compenso della procedura di ingiunzione liquidate in Euro 2.135,00 per competenze professionali ed Euro 634,00 per esborsi, oltre spese generali, i.v.a. e c.p.a., oltre spese ed imposte e successive occorrenze, ovvero in quella diversa somma meglio vista e ritenuta che risulterà all'esito del presente giudizio.

In ulteriore subordine

= nella non creduta e denegata ipotesi di revoca integrale, ovvero parziale, del decreto ingiuntivo opposto n. (omissis) /2019 RG (omissis) /2019 del Tribunale di Spoleto, dichiarare tenuti e condannare, in solido tra loro:

a) SOCIETA DEBITTRICE SNC, in persona del legale rappresentante pro tempore, nonché SOCIETA GARANTE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, ciascuno nella propria qualità, al pagamento in favore di NPL srl di Euro 240.157,22 (ipotesi 1 formulata dal CTU) o Euro 240.568,50 (ipotesi 2 formulata dal CTU) per i titoli di cui al decreto ingiuntivo opposto, o, in via ulteriormente gradata, al pagamento della diversa somma emergente ad esito della trattazione del presente giudizio

b) GARANTI al pagamento in favore di NPL srl la somma di Euro 9.498,95 per titoli di cui al decreto ingiuntivo opposto oltre agli interessi di ragione, corrispettivi e moratori, ai tassi ex contractu previsti, comunque calcolati nei limiti dei tassi soglia antiusura, tempo per tempo vigenti ex lege 108/96 arrotondati allo 0,5% inferiore dal 30/01/2019 al saldi condannare inoltre tutti i debitori suindicati al pagamento delle spese e del compenso della procedura di ingiunzione liquidate in Euro 2.135,00 per

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012*

*Registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano*

*Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*

competenze professionali ed Euro 634,00 per esborsi, oltre spese generali, i.v.a. e c.p.a., oltre spese ed imposte e successive occorrenze, ovvero in quella diversa somma meglio vista e ritenuta che risulterà all'esito del presente giudizio.

Con vittoria di spese e compensi professionali”.

### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con atto di citazione ritualmente notificato SOCIETA DEBITTRICE s.n.c. e i fideiussori SOCIETA s.r.l., GARANTI hanno proposto opposizione avverso il d.i. n. 595/2019 emesso dal Tribunale di Spoleto, in favore della odierna opposta, per il pagamento dei crediti derivanti dai cc.cc. n. (omissis), acceso presso BANCA, e n. (omissis) /1286, acceso presso Banca.

Più nel dettaglio, parte opponente ha sollevato eccezione di incompetenza territoriale, dando atto che nel contratto di fideiussione omnibus, sottoscritto da SOCIETA GARANTE s.r.l., le parti inserivano una clausola derogatoria della competenza territoriale ex lege. In particolare, venivano individuati come fori competenti, alternativamente tra loro, quello di Ancona, Macerata o Pesaro.

Quanto alle eccezioni di merito, invece, l'opponente ha rilevato la nullità del d.i. alla luce della insussistenza e incompletezza della documentazione prodotta dall'opposta in sede di giudizio monitorio; precisamente, ha evidenziato il mancato deposito della lettera di apertura di credito del c.c. n. (omissis) e degli estratti conto dalla data di inizio del rapporto, l'inidoneità del certificato ex art. 50 TUB a dimostrare il tasso di interesse applicato e la legittimità delle operazioni e, infine, ha contestato il saldo indicato dall'opposta in sede di giudizio monitorio, mancando la prova della esattezza degli importi ingiunti.

Ulteriormente, parte opponente ha eccepito l'indebita applicazione di interessi anatocistici, usurari e moratori. Altresì, l'opponente SOCIETA GARANTE s.r.l. ha eccepito la decadenza dalla garanzia di cui all'art. 1957 c.c. e contestato la validità dell'art. 6 del contratto di fideiussione speciale prestata da GARANTI per il c.c. n. 1286, nonché dell'intera fideiussione, in quanto nulla per violazione del divieto di intese anticoncorrenziali di cui alla legge n. 287/1990. Si precisa che, con memoria art. 183, co. 6 n. 1 parte opponente ha altresì contestato la validità dell'art. 5 del contratto di fideiussione omnibus, data la coincidenza formale con la clausola 6 dello schema ABI.

Parte opponente ha concluso domandando, previa sospensione della provvisoria esecutività del d.i. opposto, di accertare e dichiarare la nullità del d.i., per le ragioni sopra esposte.

La banca, costituendosi in giudizio, ha dapprima evidenziato l'infondatezza della eccezione di incompetenza territoriale, in ragione della inidoneità della clausola ad attribuire carattere di esclusività ai fori convenzionalmente indicati. In merito alla validità del d.i., invece, parte opposta ha riferito di aver prodotto copia dei contratti di conto corrente e degli atti costitutivi delle fideiussioni, nonché del saldo finale del c.c. n. 1123 e del c.c. n. 1286; inoltre, ha dato atto di aver depositato lo sviluppo integrale degli estratti dei conti correnti n. 1123 e n. 1285.

È stata, ulteriormente, contestata, in quanto infondata e generica, l'eccezione relativa alla applicazione di interessi anatocistici e usurari nel corso dei rapporti di conto corrente. Più nel dettaglio, la Banca ha affermato la legittimità delle operazioni, in ragione della determinazione convenzionale della misura dei tassi di interesse, della commissione di massimo scoperto e delle modalità di capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi e passivi.

L'opposta, dunque, ha concluso preliminarmente per il rigetto dell'istanza di sospensione e, nel merito, per la conferma del decreto ingiuntivo n. (omissis) /2019.

È intervenuta in giudizio NPL S.R.L., per il tramite della propria mandataria SERVICES s.p.a., in qualità di cessionaria del credito azionato da BANCA relativo ai contratti di conto corrente n. (omissis) e n. (omissis).

Più nel dettaglio, parte intervenuta ha reso noto che con contratto di cessione acquistava, pro soluto da BANCA S.P.A. “tutti i crediti (per capitale, interessi, anche di mora, accessori, spese, ulteriori danni, indennizzi e quant'altro) derivanti da contratti di finanziamento, ipotecari o chirografari, saldi debitori di conto corrente, insoluti di portafoglio e conti anticipi, tutti indicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 145 del 12 dicembre 2020”. Infine, ha affermato di far proprie le difese, le istanze e le conclusioni formulate dall'opposta.

All'esito della prima udienza, veniva sospesa l'efficacia esecutiva del d.i. opposto limitatamente alla somma di euro 251.790,93, richiesta nei confronti di SOCIETA DEBITTRICE s.n.c. e SOCIETA GARANTE

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012*

*Registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano*

*Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*

S.R.L. per il contratto di c.c. n. (omissis) e rigettata l'istanza di sospensione per la residua somma di euro 9.494,95.

Con la medesima ordinanza che ha provveduto sulla sospensione, il giudice ha concesso i termini ex art. 183 co. 6 c.p.c.; depositate le relative memorie è stata disposta c.t.u. contabile.

Con note di udienza del 03/05/2021 parte opponente contestava la titolarità di N.P.L. s.r.l. e la legittimazione ad agire in forza di procura speciale della mandataria SERVICE s.p.a.

Esaminata la relazione del c.t.u. nonché l'ulteriore relazione integrativa e ritenuta la causa matura per la decisione, è stata fissata udienza di precisazione delle conclusioni alla data del 11/11/2021, all'esito della quale la causa è stata trattenuta in decisione con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c..

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Preliminarmente, è opportuno pronunciarsi in merito alla eccezione di carenza di legittimazione ad agire della mandataria SERVICES s.p.a. e di difetto di titolarità del diritto in capo alla terza intervenuta NPL s.r.l.

In particolare, gli opposenti, con nota di udienza del 03/05/2021, hanno contestato sia la titolarità del credito controverso in capo alla terza intervenuta sia la procura rilasciata da NPL s.r.l. in favore della mandataria SERVICES s.p.a. in quanto generica. In merito alla titolarità, in particolare, gli opposenti hanno contestato l'idoneità probatoria dell'avviso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, in quanto insufficiente a documentare l'avvenuta cessione a favore di NPL s.r.l.

Si analizzerà preliminarmente la questione della titolarità del diritto in capo a NPL s.r.l.

In proposito, occorre rilevare che, secondo un primo orientamento, ad oggi in via di superamento, l'allegazione dell'avviso di cessione pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale ai sensi dell'art. 58, co. II, T.U.B., basterebbe al cessionario per dimostrare in giudizio l'avvenuto trasferimento del credito in proprio favore, a condizione che l'avviso consenta di individuare con certezza, mediante il ricorso a caratteristiche comuni, i crediti oggetto della cessione in blocco. Con le parole della Corte di Cassazione "è sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione" (Cassazione civile sez. I, 29/12/2017, n.31188; anche, recente Cassazione civile sez. III, 13/06/2019, n.15884; Cassazione Civile, sez. I, 26/06/2019, n. 17110).

Il principio affermato dalla Suprema Corte si fonda su due ordini di ragioni.

Secondo un argomento, il legislatore ha voluto distinguere la cessione di crediti in blocco dalle altre forme di cessione, tant'è, che l'ha assoggettata alla disciplina speciale del Testo Unico Bancario, che deroga alle regole ordinarie sulla cessione del credito stabilite dal codice civile (art. 1264 c.c.). Invero, la ratio della normativa di favore nei confronti del creditore risiede proprio nella natura di questo tipo di cessioni che riguardano un gran numero di rapporti giuridici e, spesso, una pluralità di vicende circolatorie.

La finalità, perseguita dall'art. 58 T.U.B., sarebbe completamente vanificata qualora si onerasse il creditore cessionario di provare la titolarità del credito mediante la produzione del contratto di cessione, poiché, significherebbe costringerlo anche a produrre tutti i contratti che riguardano le cessioni precedenti sino a risalire all'originario creditore cedente.

Tale aggravio dell'onere probatorio si porrebbe in contrasto con l'art. 24 Cost, da cui discende il principio di vicinanza della prova ed il divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio.

La Suprema Corte aggiunge che "a tal fine, è prevista anche l'emanazione d'istruzioni da parte della Banca d'Italia, la quale, nell'esercitare il relativo potere, ha confermato che per "rapporti giuridici individuabili in blocco" devono intendersi "i crediti, i debiti e i contratti che presentano un comune elemento distintivo", chiarendo che lo stesso "può rinvenirsi, ad esempio, nella forma tecnica, nei settori economici di destinazione, nella tipologia della controparte, nell'area territoriale e in qualunque altro elemento comune che consenta l'individuazione del complesso dei rapporti ceduti" (cfr. circolare n. 229 del 21 aprile 1999)".

Il secondo argomento riguarda il raccordo tra la disciplina speciale a cui sono sottoposti i contratti di cessione di crediti in blocco e la disciplina generale del contratto prevista dal codice civile. Secondo la Corte, non vi è alcuna violazione dell'art. 1346 c.c., poiché, la disposizione, nel prevedere che l'oggetto del

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012*

*Registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano*

*Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*



contratto deve essere determinato o determinabile, non richiede alcuna indicazione specifica, e pertanto, può ritenersi sufficiente che il credito ceduto in blocco possa essere identificato con certezza sulla base di elementi oggettivi e prestabili risultanti dallo stesso contratto.

Occorre però dare atto della diffusione sempre maggiore di un orientamento più severo, che ritiene che la pubblicazione dell'avviso di cessione sulla Gazzetta Ufficiale esoneri sì la cessionaria dal notificare la cessione al titolare del debito ceduto, ma non basta a provare la titolarità del credito in capo all'avente causa, se non individua il contenuto del contratto di cessione (Cass., Sez. III, 13/09/2018, n. 22268). Peraltro, a tale orientamento è stata data continuità da una parte della giurisprudenza, sostenendo che "tale rilievo è condivisibile, giacché una cosa è l'avviso della cessione – necessario ai fini dell'efficacia della cessione – un'altra è la prova dell'esistenza di un contratto di cessione e del suo specifico contenuto" (Cass., sez. III, 31/01/2019, n. 2780) e dichiarando, conseguentemente, il difetto di legittimazione attiva in capo al cessionario del credito secondo un accertamento più o meno rigido.

Appare opportuno precisare, ulteriormente, che vi è concordia nella giurisprudenza di legittimità nell'affermare che "l'art. 58, comma 2, del d.lgs., n. 385 del 1993 ha inteso agevolare la realizzazione della cessione "in blocco" di rapporti giuridici, prevedendo, quale presupposto di efficacia della stessa nei confronti dei debitori ceduti, la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale, e dispensando la banca cessionaria dall'onere di provvedere alla notifica della cessione alle singole controparti dei rapporti acquisiti" (cfr. Cass. civ. Sez. VI - 1 Ord., 29/09/2020, n. 20495).

In altre parole, la giurisprudenza è concorde nel riconoscere l'idoneità dell'avviso di pubblicazione in G.U. a sostituire gli adempimenti di cui all'art. 1264 c.c. e, quindi, a costituire valido surrogato della notifica di avvenuta cessione ai singoli debitori ceduti.

Tanto premesso in diritto, con riferimento a tale questione controversa, nel caso di specie deve ritenersi che l'avviso di pubblicazione in G.U., in uno con la dichiarazione di avvenuta cessione rilasciata da Intesa San Paolo del 28/01/2021, siano elementi idonei a provare l'avvenuta cessione e, dunque, la titolarità del diritto di credito in capo alla terza intervenuta.

Più precisamente, dall'avviso di cessione è possibile evincere le categorie dei rapporti ceduti in blocco, individuati in "tutti i crediti...di Unione banche Italiane S.p.a. derivanti da contratti di finanziamento, ipotecari o chirografari, saldi debitori di conti corrente, insoluti di portafoglio e conto anticipi, sorti nel periodo compreso tra il 1960 e 2019, i cui debitori sono stati classificati "a sofferenza" ai sensi della circolare della Banca d'Italia n 272/2008 e segnalati in centrale dei rischi ai sensi della circolare della Banca d'Italia N 139/199" (cfr. doc. 3 atto di intervento). Tale estratto permette di individuare l'ambito oggettivo della cessione (tutti i crediti...di Unione banche Italiane S.p.a. derivanti da contratti di finanziamento, ipotecari o chirografari, saldi debitori di conti corrente, insoluti di portafoglio e conto anticipi), l'ambito temporale di costituzione dei crediti (sorti nel periodo compreso tra il 1960 e 2019) e, infine, soggettivo (cui debitori sono stati classificati "a sofferenza" ai sensi della circolare della Banca d'Italia n 272/2008 e segnalati in centrale dei rischi ai sensi della circolare della Banca d'Italia N 139/199).

In ogni caso, anche a voler seguire il più rigoroso orientamento sopra indicato, nel caso di specie la NPL s.r.l., ai fini della prova del diritto di credito in capo alla terza cessionaria, ha prodotto anche la dichiarazione di avvenuta cessione del credito fornita da BANCA (datata 28/07/2021), in qualità di successore a titolo universale di BANCA s.p.a. a seguito di fusione per incorporazione.

Nel dettaglio, BANCA ha dichiarato e attestato che "tra i crediti oggetto di cessione è ricompreso quello originariamente vantato da Banche S.p.a. nei confronti di SOCIETA DEBITRICE S.N.C. -ndg (omissis), in relazione alla seguente linea di credito: c/c ordinari rapporto: c/c(omissis) e c/c/(omissis)"(cfr. doc. 6 note trattazione scritta udienza 11/11/2021). Come detto, tale documento appare del tutto valido e rilevante nella presente sede, provenendo dal soggetto incorporante l'originaria convenuta Banche s.p.a.. Infatti, pur consci dell'esistenza di un orientamento minoritario della giurisprudenza di merito che non ritiene sufficiente neppure tale dichiarazione, si concorda con quanto affermato dalla Suprema Corte nella pronuncia Cass. civ. Sez. III Ord., 16/04/2021, n. 10200, per cui è valutabile anche documentazione successiva alla cessione medesima, fra cui anche la stessa dichiarazione di parte cedente.

Tanto motivato in merito alla titolarità del diritto occorre analizzare la questione del difetto di legittimazione attiva SERVICES s.p.a.; l'eccezione, in quanto infondata, deve essere rigettata.

La legittimazione ad agire si “iscrive nella cornice del “diritto all’azione”, da intendersi come il diritto di agire in giudizio” (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 16/02/2016, n. 2951). Pertanto, la legittimazione consente di individuare il soggetto titolare del diritto ad agire in giudizio e che dall’instaurazione del processo possa ottenere tutela. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che “dalla lettura combinata degli artt. 100 e 77 c.p.c. si desume la regola generale per cui il diritto di agire spetta a chi abbia il potere di rappresentare l’interessato nella totalità dei suoi affari (procuratore generale) o in un gruppo omogeneo di questi” (cfr. Cass. civ. Sez. I Sent., 03/01/2017, n. 43).

Nel caso di specie, dall’analisi della procura agli atti emerge che i poteri rappresentativi conferiti alla mandataria risultano delineati con precisione e, comunque, chiaramente limitati alla gestione di un gruppo omogeneo di affari, quali sono le operazioni di amministrazione, incasso e recupero dei crediti, presenti e futuri, di titolarità della mandante. Si ritiene pertanto che, data la puntuale indicazione delle singole operazioni consentite, il riferimento a crediti futuri non sia violativo del principio di determinatezza né tale da escludere la legittimazione ad agire della mandataria; invero, quest’ultima risulta legittimata da regolare procura speciale del 10/12/2020.

Tanto motivato, occorre ora pronunciarsi con riferimento alla eccezione di incompetenza territoriale.

Più nel dettaglio, gli opposenti hanno contestato la competenza territoriale del Tribunale di Spoleto in ragione della deroga convenzionale stabilita in favore, alternativamente, dei fori di Ancona, Macerata o Pesaro. Simile eccezione appare priva di fondamento e, pertanto, deve essere rigettata.

In diritto, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che “la designazione convenzionale di un foro territoriale, anche se coincidente con uno di quelli previsti dalla legge, assume carattere di esclusività solo in caso di pattuizione espressa, la quale, pur non dovendo rivestire formule sacramentali, non può essere desunta in via di argomentazione logica da elementi presuntivi, ma deve risultare da una inequivoca e concorde manifestazione di volontà delle parti volta ad escludere la competenza degli altri fori previsti dalla legge” (cfr. Cass. civ. Sez. VI - 3 Ord., 25/01/2018, n. 1838).

In conclusione, nel caso di specie, deve ritenersi che la genericità del dato letterale delle clausole di cui all’art. 20 del contratto di apertura c.c. n. 1123 e all’art. 12 contratto di fideiussione omnibus, ove vengono indicati quali competenti in via alternativa i fori di Ancona, Macerata o Pesaro, non permetta di ricavare, neppure in via interpretativa, la chiara volontà delle parti di escludere il foro designato ex lege.

Passando alle contestazioni di merito, inerenti al c.c. n. (omissis) /1998, appare opportuno preliminarmente pronunciarsi sulla eccezione relativa alla applicazione di interessi superiori al tasso soglia legale. Quest’ultima, in quanto manifestamente generica e non contestualizzata, è inammissibile.

In particolare, agli atti non risulta alcuna allegazione specifica in merito alla censura prospettata da parte opponente, inerente ad esempio al tasso usurario applicato. Parte opponente, invece, si è limitata genericamente ad affermare che l’usurarietà degli interessi deriverebbe dalla “applicazione dello ius varianti da parte della Banca, mediante comunicazioni periodiche di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali” (cfr. Atto di citazione in opposizione). Di ciò non vi è prova e, comunque, non sussistono ulteriori documentazioni da cui poter rilevare la portata illecita del comportamento.

Con riferimento alle ulteriori contestazioni di merito, con esclusivo riguardo al c.c. n. 1123/1998, si ritiene di dover condividere le conclusioni del c.t.u. formulate nell’ipotesi di calcolo n. 7.

Parte opponente, in particolare, ha contestato la mancata produzione del contratto di apertura di credito del 1998, che la Banca opposta affermava essere stato concesso contestualmente alla stipulazione del (omissis) contratto di conto corrente n. (omissis) /1998; ha inoltre evidenziato l’applicazione di interessi anatocistici e, infine, l’applicazione illegittima della c.m.s..

Quanto al primo profilo, corrispondente al quesito A dell’ordinanza di nomina del 16/07/2020 (“accerti il consulente se con il contratto di apertura di conto corrente del 28/01/1998 (doc. 2 parte convenuta) sia stato concesso un affidamento ovvero se tale affidamento avrebbe dovuto essere concesso con separato atto negoziale”), il c.t.u. ha affermato che “pur in assenza di una pattuizione formale come sopra accertato, in alcuni periodi anteriori al 18/05/2006 si rileva un’operatività e l’applicazione di condizioni da parte della Banca assimilabili, nel concreto, alla concessione di un affidamento (vedasi scalari dal I trimestre 1998 al II trimestre 2000)” (cfr. Relazione del c.t.u. agli atti).

La possibilità di prendere in considerazione il primo estratto conto disponibile e di considerare, pur in assenza di atto scritto, la concessione di un affidamento in favore dell'opponente in data 28/01/1998 postula un'indagine in merito all'onere formale prescritto per il contratto di concessione di credito.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che “in tema di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 117, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993 stabilisce che il C.I.C.R., mediante apposite norme di rango secondario, possa prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, siano stipulati in forma diversa da quella scritta. Ne discende che, in forza della delibera del C.I.C.R. del 4 marzo 2003, il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto a pena di nullità” (cfr. Cassazione Civile, sez. I, sent. n. 7763 del 27 marzo 2017).

La Suprema Corte di Cassazione, nella pronuncia in commento, ha precisato che “la deroga al requisito della forma scritta, prevista nelle disposizioni adottate dal C.I.C.R. e dalla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 117 t.u.l.b., richiede che il contratto di apertura di credito sia già stato previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto (cfr. Cass. civ. n. 19941 del 15 settembre 2006 e Cass. civ. n. 14470 del 9 luglio 2005 secondo cui, in materia di disciplina della forma dei contratti bancari, la L. n. 154 del 1992, art. 3, comma 3, e, successivamente, l'art. 117, comma 2 t.u.l.b., nella parte in cui dispongono che il C.I.C.R. può prevedere che particolari contratti, per motivate ragioni tecniche, possono essere stipulati in forma diversa da quella scritta, attribuiscono a detto Comitato interministeriale il potere - da questo conferito alla Banca d'Italia - di emanare disposizioni che integrano la legge e, nei limiti dalla stessa consentiti, possono derogarvi e che, perciò, costituiscono norme di rango secondario, la cui legittimità non è esclusa dalla mancata indicazione delle motivate ragioni tecniche della deroga, dovendo l'onere della motivazione ritenersi adempiuto mediante l'indicazione del tipo di contratto e la precisazione che esso deve riferirsi ad operazioni e servizi già individuati e disciplinati in contratti stipulati per iscritto). Ciò comporta non solo una stretta connessione operativa e funzionale del contratto accessorio ma anche una sostanziale regolamentazione del contratto accessorio desumibile dal contratto redatto obbligatoriamente per iscritto. Requisiti che il giudice di merito deve verificare” (cfr. Cass. civ. Sez. I, Sent., (ud. 13/10/2016) 27-03-2017, n. 7763).

Nel caso di specie, si ritiene che non possa trovare applicazione la deroga alla forma scritta, prevista nelle disposizioni adottate dal C.I.C.R. e dalla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 117 t.u.b. Ciò in quanto, nel contratto di conto corrente del 28/01/1998 non emerge alcun riferimento alla concessione di credito e alle modalità di regolamentazione dell'affidamento.

A ciò si aggiunga che, anche volendo considerare validamente concluso il contratto di apertura di credito in forma orale, dato che è stata rilevata l'applicazione di “condizioni da parte della Banca assimilabili alla concessione di un affidamento” per il periodo indicato dal c.t.u. (vedasi scalari dal I trimestre 1998 al II trimestre 2000), manca agli atti la prova della concessione di affidamenti per il periodo intercorrente tra il II trimestre del 2000 e il 18/05/2006 (data di sottoscrizione del contratto di apertura di credito).

Ne deriva che, sino al 18/05/2006, dovranno escludersi gli interessi come applicati e ricalcolarsi il saldo residuo ai sensi dell'art. 117 T.U.B., come indicato nelle ipotesi nn. 7, 8 e 9.

Con riferimento al profilo attinente al presunto illegittimo anatocismo, è opportuno premettere che a seguito degli ultimi arresti giurisprudenziali (sentenze 16 marzo 1999 n. 2374 e 30 marzo 1999 n. 3096; sent. Sez. Un. n. 21095/2004) e degli interventi legislativi (art. 25 d. l.vo 342/99 che ha modificato l'art. 120 t.u. bancario - ultima versione ex art. 17 bis D.L. 14 febbraio 2016 n. 18, conv. In legge 8 aprile 2016 n. 49; deliberazione c.i.c.r. del 9.2.00, pubblicata nella g.u. 22 febbraio 2000), l'anatocismo bancario è così regolato:

- legittimità della capitalizzazione degli interessi pattuita successivamente al 1.7.00 (data di entrata in vigore della delibera del C.I.C.R. 9/2/00), mediante apposite clausole contenute nei contratti bancari ed a condizione di reciprocità;
- legittimità delle suddette clausole di capitalizzazione laddove stipulate prima del 1.7.00, ma successivamente adeguate alla sopravvenuta delibera c.i.c.r. secondo le modalità di legge (pubblicazione nella gazzetta ufficiale e comunicazione alla clientela alla prima occasione utile e comunque entro il 31.12.2000), con efficacia delle stesse a decorrere dalla data del 1.7.00;

- nullità per violazione dell'art. 1283 c.c. delle clausole di capitalizzazione trimestrale stipulate prima del 1.7.00 e non successivamente adeguate.

Dunque, a seguito dei suddetti interventi legislativi e giurisprudenziali anche l'anatocismo bancario è generalmente vietato, con eccezione di due ipotesi derogatorie. La prima attiene agli interessi corrispettivi, per cui è possibile un'autorizzazione del debitore che acconsenta a che gli interessi scaduti ed esigibili siano addebitati in conto corrente, con la conseguenza che gli stessi, da quel momento, sono considerati capitali. Tale autorizzazione può essere anche preventiva, in deroga alla regola di cui all'art. 1283 c.c. Quanto alla seconda ipotesi derogatoria, invece, è stabilito che dal divieto sono eccettuati per volontà di legge gli interessi moratori, senza necessità di una previa autorizzazione.

Ebbene sul punto, l'art. 7 commi 2 e 3 della Delib. CICR 9 febbraio 2000 prevedeva che "Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000. 3. Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela". Pertanto, si prevedeva un differente meccanismo di adeguamento, a seconda che le nuove condizioni fossero da considerare migliorative, per cui sarebbe stata sufficiente la comunicazione al cliente delle medesime, ovvero peggiorative, per cui, invece, sarebbe stata necessaria una approvazione da parte del cliente medesimo.

In relazione a ciò, non si disconosce l'orientamento della giurisprudenza di merito in virtù del quale la previsione della paritetica applicazione dell'anatocismo su interessi passivi e attivi fosse da considerare migliorativa, rispetto al previgente differente trattamento di interessi passivi ed attivi con riferimento al profilo della capitalizzazione. Sul punto, si segnala, ad esempio, Tribunale di Modena, sent. 11.12.2019 n. 1877, la quale ha affermato "Non è inappropriato spacciare per miglioramento il passaggio al regime della trimestralizzazione per tutti gli interessi, a seguito dell'intervento del CICR 2000. L'innovazione peggiorativa, infatti, che richiedeva comunque una pattuizione scritta, si sarebbe verificata, nei casi probabilmente marginali, di contratti anteriori al 2000 che non prevedevano la capitalizzazione degli interessi, qualora, dopo la delibera Cicr, gli istituti di credito avessero deciso di inserirla. L'innovazione "non peggiorativa", oggetto specifico dell'intervento normativo, era invece quella che riequilibrava le situazioni largamente diffuse di capitalizzazione asimmetrica, cioè con diversa periodicità a seconda che si trattasse di interessi attivi o passivi". Dunque, secondo tale opzione ermeneutica, sembrerebbe che il confronto da effettuare sarebbe tra condizioni contrattuali precedenti (a prescindere da eventuali nullità afferenti alle medesime) e condizioni successive, con la conseguenza che l'adeguamento ad una pari periodicità della capitalizzazione sarebbe da considerare modifica migliorativa non necessitante approvazione del cliente.

A fronte di tale minoritario orientamento, tuttavia, vale segnalare come la giurisprudenza maggioritaria e, in particolar modo, la più recente giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto che "l'adeguamento contrattuale unilaterale, presupposto dalla Corte d'appello, non poteva avere luogo perché, a mente dell'art. 7, comma 2 Delib. in questione, esso è possibile solo "qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate"; il che non può mai darsi per le condizioni anatocistiche, ancorché bilaterali e paritarie, riferite agli interessi a debito del correntista. Questi, infatti, grazie alla predetta declaratoria d'illegittimità costituzionale, ha diritto alla totale esclusione dell'anatocismo sugli interessi a suo debito, con la conseguenza che tali nuove condizioni saranno da qualificare peggiorative rispetto alle precedenti. Non essendo, pertanto, consentito l'adeguamento unilaterale ai sensi della predetta disposizione interministeriale, soltanto un nuovo, espresso accordo delle parti, ai sensi dell'art. 7, comma 3 citato, avrebbe potuto introdurre nel contratto una clausola anatocistica (nel rispetto, ovviamente, dei limiti di legge)". Anche la recente Cassazione civile sez. VI, 27/10/2020, n. 23476 ha ribadito che "secondo quanto rilevato dalla recente, ma consolidata giurisprudenza di questa Corte, la norma dell'art. 7 della citata Delib. CICR rappresenta un "norma transitoria che, ancorché inserita nel contesto di un atto deliberativo assunto dal CICR a mente dell'art. 120, comma 2, TUB", "si correla, per comunanza di fini, al D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 3", sicché, essendosi dichiarata

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012*

*Registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano*

*Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*



l'illegittimità costituzionale di quest'ultimo con sentenza n. 425 del 2000, la detta norma "è stata privata di efficacia" (cfr. Cass., 21 ottobre 2019, n. 26769; Cass., 21 ottobre 2019, n. 26779; Cass. 17 febbraio 2020, n. 3861; Cass., 12 marzo 2020, n. 7105 non massimate). Del resto, la stessa sussistenza di un potere di conformazione intertemporale della regola di anatocismo in capo all'autorità amministrativa del CICR si manifesta in sé incerta, posto che la norma dell'art. 120 TUB si limita ad assegnare al CICR un potere di semplice specificazione, per maggiore dettaglio, dei contenuti della detta regola. Posta la pregressa nullità delle clausole anatocistiche (sino al tempo dell'avvenuta introduzione del D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 2), è pure da segnalare, d'altro canto, che l'introduzione nel contratto di conto corrente di clausole per questa materia comporta per il cliente - e proprio in ragione del fatto che trattasi di clausole che solo da quel tempo potevano aspirare a una valutazione di validità - un oggettivo peggioramento della condizione contrattuale del cliente: l'introduzione di queste clausole ha, in realtà, comportato una regolazione ex novo dell'anatocismo" (sul punto si vedano altresì le conformi pronunce di Cass., n. 26769/2019; Cass., n. 26779/2019; Cass., 12 marzo 2020, n. 7105; Cass. 19 maggio 2020 n. 9140). Anche la giurisprudenza di merito, peraltro, aveva affermato tali principi, sostenendo che la introduzione, successiva alla entrata in vigore della detta delibera, di clausole che prevedono la capitalizzazione con la medesima periodicità, per gli interessi debitori e creditori è da ritenersi peggiorativa ai sensi dell'art. 7 della delibera stessa e, quindi, necessita di una espressa pattuizione/rinegoziazione tra le parti, oppure di una introduzione unilaterale conforme al meccanismo dello ius variandi disciplinato dall'art. 118 d.lgs. 385/1993 (Tribunale di Lanciano, Ord. 2 maggio 2014); "È evidente, infatti, che per i contratti stipulati precedentemente alla delibera, la nullità della clausola anatocistica determina, come sopra precisato, l'assenza di capitalizzazione degli interessi; il richiamo alle "condizioni precedentemente applicate", ripostato nell'art. 7 della delibera non può essere riferito alla nullità dell'anatocismo trimestrale, risultante dalla normativa vigente precedentemente alla delibera stessa; ne consegue che la capitalizzazione trimestrale reciproca con l'adeguamento automatico operato dall'istituto di credito implica un peggioramento delle condizioni che, in mancanza di una specifica approvazione scritta del cliente, perpetra gli effetti della nullità. A conforto dell'orientamento di questo giudicante vale un secondo argomento. Invero, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale sopra menzionato, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 25, comma 3, del D. Lgs. 4 agosto '99 n. 342, è venuta meno la possibilità per il CICR di sanare la nullità derivante dalla pattuizione anatocistica preesistente. In altri termini, la pronuncia della Corte Costituzionale ha fatto venir meno il presupposto legittimante l'art. 7 della Delibera CICR 9/2/00, finalizzato a disciplinare i rapporti precedenti, si rende necessario che le nuove clausole di capitalizzazione siano oggetto di approvazione scritta dal cliente, risultando illegittimo l'adeguamento in via generale pubblicato sulla gazzetta Ufficiale e comunicato per iscritto alla clientela. Per effetto della menzionata pronuncia della Corte Costituzionale, le clausole anatocistiche restano disciplinate, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, dalla normativa anteriormente in vigore (v. sul punto anche Cass. S.U. n. 21095/2004; Cass. N. 4093/2005; Cass. N. 25016/2007). In definitiva, tale essendo il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, deve ritenersi, riguardo al caso concreto, che la clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi nel contratto di conto corrente oggetto della presente controversia sia affetta da nullità per violazione dell'art. 1283 c.c., in adesione alla citata giurisprudenza di legittimità, e ciò anche dopo il luglio del 2000, nonostante la banca avesse adottato la capitalizzazione alla suddetta delibera CICR. Ne consegue che, dichiarata la nullità della surriferita previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c., (il quale osterebbe anche ad un eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale), gli interessi a debito del correntista debbono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna (cfr. Cass. Sez. un. 02 dicembre 2010 n. 24418)" (Tribunale di Messina, Sent. n. 618 del 21 marzo 2013).

Passando al caso in questione, tenuto conto che il contratto è stato stipulato nel 1998, si ricade nella terza ipotesi sopra detta (con conseguente illegittimità dell'anatocismo), almeno sino a quando la banca non abbia adeguato in forma scritta le pattuizioni sul punto. Difatti, il c.t.u. ha ritenuto di "applicare la capitalizzazione trimestrale esclusivamente per il periodo dal 01/07/2006 al 31/12/2013, in quanto: per il periodo dall'01/07/2000 al 30/06/2006 non è stata rinvenuta una comunicazione mediante estratto conto o mediante nuova pattuizione; per il periodo successivo alla data di entrata in vigore della delibera CICR

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012*

*Registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano*

*Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*

del 3 agosto 2016, la stessa banca risulta aver applicato la capitalizzazione semplice” (cfr. Pg. 8 relazione consulenza tecnica d’ufficio).

Dunque, deve trovare applicazione il criterio della capitalizzazione semplice dall’apertura del rapporto al 30/06/2006 e dal 01/01/2014 fino al termine del rapporto di conto corrente, così come affermato dal c.t.u. nella cd. “settima ipotesi di calcolo”.

Con riguardo alla commissione di massimo scoperto, come correttamente rilevato dal c.t.u. a pg. 9 della relazione, la stessa non deve essere esclusa dal ricalcolo, in quanto correttamente pattuita durante tutto il corso del rapporto. In particolare, il c.t.u. in aderenza ai quesiti posti ha affermato che “anteriormente all’entrata in vigore della legge di conversione 28 gennaio 2009 n. 2, la c.m.s., laddove addebitata, risulta disciplinata in modo determinato nei contratti tra le parti... successivamente all’entrata in vigore della legge di conversione 28 gennaio 2009 n. 2, la Banca si è adeguata alle previsioni dell’art. 2 bis del decreto-legge 29 novembre 2008 n. 185 come si evince dalla comunicazione di pagina 1 di 3 dell’estratto conto al 31.03.20119, infine dal 1 luglio 2012 la Banca si è adeguata alle previsioni dell’art. 117 bis TUB con la comunicazione di pg. 1 di 4 dell’estratto conto al 30.06.2012”.

Tanto motivato in merito alle eccezioni relative al conto corrente n. 1123, si deve vagliare la fondatezza della pretesa creditoria relativa al conto corrente n. 185-1286.

Sul punto si ritiene che la produzione agli atti dei contratti, di c.c. e di apertura di credito (cfr. doc. 11 e 12 comparsa di costituzione), della comunicazione di riduzione degli affidamenti (doc. 14 comparsa di costituzione) e, infine, degli estratti conto permettono di ritenere pienamente assolto l’onere probatorio con riferimento all’an e al quantum del diritto di credito.

Conclusa l’analisi delle eccezioni di merito, occorre pronunciarsi sulle eccezioni di nullità totale della fideiussione specifica GARANTI, a garanzia c.c. n. (omissis) nonché, in subordine, di nullità parziale dei singoli artt. 6 e 5 di entrambe le fideiussioni con conseguente decadenza dalla garanzia ai sensi dell’art. 1957 c.c.. Si precisa che gli oppositori hanno sollevato eccezione di nullità delle clausole derogatorie del termine di cui all’art. 1957 c.c. e dell’intera fideiussione specifica, in quanto riprodotte e coincidenti con gli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI del 2003.

Come è noto, l’Associazione Bancaria Italia predisponesse uno schema tipo negoziale per le fideiussioni omnibus a garanzia di operazioni bancarie. Tale modello veniva dichiarato, con provvedimento n. 55/2005 della Banca d’Italia, parzialmente in contrasto con la disciplina antitrust, poiché ingiustamente rafforzativo della posizione creditoria e, in definitiva, violativo dell’articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90.

Più nel dettaglio, Banca Italia riteneva che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema ABI relativo alla fideiussione omnibus fossero clausole idonee a restringere o, comunque, falsare la concorrenza all’interno del mercato nazionale.

Tali articoli disciplinavano, precisamente, la cd. clausola di reviviscenza (art. 2), la cd. clausola di rinuncia ai termini di cui all’art. 1957 c.c. (art. 6) e, infine, la cd. clausola di sopravvenienza (art. 8).

Ciò posto, in giurisprudenza si è sviluppato un ampio dibattito volto a definire le sorti dei contratti di fideiussione a valle riproduttivi, anche parzialmente, delle clausole ABI dichiarate nulle per contrasto con l’articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90.

Preliminarmente, è opportuno chiarire se tale nullità derivata possa trovare applicazione esclusivamente con riferimento alle fideiussioni omnibus ovvero se possa ricadere anche su quelle specifiche.

In merito a tale questione la giurisprudenza, di legittimità e di merito, si è divisa a sostegno di due differenti orientamenti.

L’opinione minoritaria, avallata soprattutto dalla giurisprudenza di merito, ha affermato che la nullità colpisce anche le fideiussioni specifiche riproduttive del medesimo schema ABI vietato, “atteso che la Banca d’Italia, nel censurare l’intesa ABI, ha fatto riferimento alle condizioni generali di contratto da applicare alla “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie” in generale del citato provvedimento n. 55 del 2.5.2005” (cfr Tribunale Prato, 16/01/2021 e Tribunale Matera, 06/07/2020).

Diversamente, la giurisprudenza maggioritaria, confermata dall’opinione dottrinale più accreditata, è decisa nell’affermare che tale nullità derivata possa esplicarsi esclusivamente con riferimento alle fideiussioni omnibus.

Più nel dettaglio, la giurisprudenza di legittimità, anche di recente, ha affermato che “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: «il fideiussore è 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»; «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l’obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate»; «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 c.c., che si intende derogato” (cfr. Cass. civ. Sez. I Ord., 12/12/2017, n. 29810). Ulteriormente, è stato ribadito che il modello ABI trova applicazione esclusivamente per lo schema contrattuale della fideiussione omnibus, mentre nel caso di garanzia circoscritta nel valore e riferita allo scoperto di conto corrente (fideiussione ordinaria) il principio non può essere automaticamente trasposto (cfr. Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 28/11/2019) 20-05-2020, n. 9253).

Dato atto del dibattito, si ritiene di dover aderire al secondo e maggioritario orientamento.

Ciò alla luce di plurimi argomenti a sostegno che permettono di avvalorare una interpretazione restrittiva dello schema ABI, coerentemente alla logica di equilibrio tra le opposte esigenze di autonomia e garanzia.

L’opinione in commento trova conferma nel dato storico. In particolare, nel 2002 l’Associazione Bancaria Italiana predisponendo uno schema del contratto di fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie, il quale riguardava esclusivamente le fideiussioni omnibus. Tale modulo di contrattazione veniva analizzato dall’autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale rilevava la presenza di clausole violative della concorrenza; successivamente veniva sottoposto al vaglio di Banca Italia che, parimenti, censurava gli artt. 2, 6 e 8 in quanto idonei ad alterare il corretto andamento del mercato concorrenziale. Se ne ricava che l’istruttoria, sia dell’autorità garante della concorrenza sia di Banca Italia, ha avuto ad oggetto esclusivamente lo schema predisposto dall’ABI relativo alla fideiussione omnibus in ambito bancario.

Ulteriormente, l’interpretazione restrittiva appare coerente anche con la ratio posta a fondamento della censura dello schema ABI, esplicita nel provvedimento n. 55/2005 che ha dichiarato la nullità degli artt. 2, 6 e 8. Più nel dettaglio, la predisposizione della contrattazione standardizzata si riteneva funzionale all’incremento delle esigenze, fortemente avvertite, di sviluppo delle relazioni commerciali, di tutela del mercato bancario e della libera concorrenza; tuttavia, tale scelta, se da un lato poteva concretamente essere una occasione di crescita economico-finanziaria, ha finito per costituire una occasione di alterazione dell’equilibrio sinallagmatico delle prestazioni, in danno del soggetto investitore. Invero, la maggiore criticità, dovuta alla applicazione delle clausole ABI successivamente dichiarate nulle, si è avvertita proprio con riferimento alle fideiussioni omnibus, in quanto contratti di garanzia aventi ad oggetto, oltre ai crediti presenti e definiti, anche obbligazioni future.

Infine, così come confermato dagli ultimi arresti giurisprudenziali a Sezioni Unite del 2021, si tratta di una nullità derivata di natura parziale, la quale è stata qualificata dagli interpreti come nullità virtuale ex art. 1418 c.c.. Presupposto di tale tipologia di nullità è la violazione di una norma imperativa, nel caso in esame protezionistica, che operando quale limite all’autonomia contrattuale dei privati deve essere applicata tassativamente. Pertanto, tale nullità derivata, essendo stata pronunciata dall’autorità preposta al controllo della concorrenza all’esito di un procedimento avente ad oggetto esclusivamente il modello predisposto per le fideiussioni omnibus, non può essere estesa a fattispecie diverse da quella accertata.

Alla luce di quanto fin qui esposto, dunque, nel caso di specie, deve ritenersi che la nullità derivata, per conformità allo schema ABI, non possa trovare applicazione riguardo alla fideiussione specifica concessa e sottoscritta da GARANTI a garanzia del c.c. n. (omissis).

Ne deriva, perciò, che la clausola di “dispensa dall’agire nei termini di cui all’art. 1957 c.c.”, contenuta nell’art. 6 del contratto di fideiussione specifica sia valida ed efficace e che, quindi, il soggetto creditore non sia decaduto dalla garanzia.

Ritenuto che la nullità derivata possa essere applicata esclusivamente alle fideiussioni omnibus, per le ragioni appena esposte, occorre ora analizzare la validità del contratto di fideiussione omnibus, sottoscritto a garanzia del c.c. (omissis).

Quanto alla tardività della eccezione di nullità dell'art. 5 fideiussione omnibus del 24/05/2006, si osserva che si tratta di questione rilevabile d'ufficio.

Ne consegue che, come statuito dalla giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite, a composizione di contrasto, "il giudice, innanzi al quale sia stata proposta una qualsiasi impugnativa negoziale (di adempimento, risoluzione per qualunque motivo, annullamento, rescissione, nonché in caso di impugnativa per la declaratoria della nullità per altro motivo o solo parziale), sempreché non rigetti la pretesa in base ad una individuata "ragione più liquida", ha l'obbligo di rilevare - e, correlativamente, di indicare alle parti - l'esistenza di una causa di nullità negoziale, pure se di natura speciale o "di protezione", ed ha, di conseguenza, ove le parti non ne abbiano chiesto l'accertamento in via principale od incidentale in esito all'indicazione del giudice, la facoltà (salvo per le nullità speciali che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) di dichiarare, in motivazione, la nullità del negozio e, quindi, di rigettare, per tale ragione, la domanda originaria, ovvero, in presenza di tale istanza, di dichiarare la nullità del negozio direttamente in dispositivo, con effetto, in entrambi i casi, di giudicato in assenza di impugnazione." (cfr. Cass. civ. Sez. Unite, 12/12/2014, n. 26242). A ciò si aggiunga che con riferimento alla nullità dell'art. 5 della fideiussione omnibus, le parti hanno ampiamente dedotto nei propri scritti difensivi, sicché non si ritiene possa essere integrata alcuna lesione del contraddittorio processuale.

Tanto precisato, è opportuno dare atto del dibattito giurisprudenziale in merito all'incidenza delle intese limitative della concorrenza, attuato attraverso lo schema ABI, sui singoli contratti di fideiussione omnibus stipulati dagli istituti di credito con gli utenti.

Più precisamente, la giurisprudenza si divideva in due antitetici orientamenti.

Secondo un primo orientamento minoritario la riproduzione delle clausole ABI, dichiarate nulle, comportava la nullità totale ex art. 1418 c.c. della fideiussione. Di diverso avviso, invece, era l'opinione giurisprudenziale maggioritaria, la quale, coerentemente con il principio di conservazione degli atti di autonomia negoziale, affermava la natura parziale della nullità della fideiussione, con esclusivo riferimento agli articoli riproduttivi delle clausole vietate.

A composizione del conflitto, sul punto, sono intervenute le SS.UU. nel 2021, le quali hanno affermato che "la nullità dell'intesa a monte determina, dunque, la "nullità derivata" del contratto di fideiussione a valle, ma limitatamente alle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI, dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (nn. 2, 6 e 8) che, peraltro, ha espressamente fatto salve le altre clausole" (cfr. Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994).

Tanto precisato in diritto, con riferimento al caso di specie, l'eccezione di nullità deve essere in toto rigettata. Si ritiene che parte opponente non abbia sufficientemente assolto l'onere probatorio, mancando agli atti la prova del collegamento tra l'intesa anticoncorrenziale a monte e il contratto di fideiussione omnibus a valle.

Con riferimento all'onere probatorio in materia di nullità derivata del contratto di fideiussione omnibus, la giurisprudenza di legittimità è concorde nell'affermare che, ai fini dell'estensione del vizio, l'attore deve fornire "la prova del fatto che la fideiussione omnibus prestata sia stata modellata sullo schema di contratto predisposto dall'ABI con la finalità di aderire allo stesso ed in tal modo escludere un ambito di differente negoziabilità" (cfr. Cass. civ. Sez. I Sent., 22/05/2019, n. 13846).

Dunque, la mera coincidenza contenutistica della fideiussione con le clausole nulle dello schema ABI non è sufficiente per dimostrare l'illiceità delle stesse. A conferma di ciò, la giurisprudenza ha riconosciuto la validità delle singole clausole ABI riprodotte all'interno dei contratti di fideiussione, qualora manchi la prova del nesso causale tra la condotta lesiva della concorrenza e l'attività contrattuale successiva. Inoltre, la scissione del profilo formale da quello sostanziale è ulteriormente giustificata se si considera che le norme richiamate dalle clausole ABI, dichiarate nulle, sono in realtà derogabili dall'autonomia privata.

In altre parole, la giurisprudenza di legittimità e di merito unanimemente ritiene che l'onere probatorio in capo all'attore non possa essere soddisfatto attraverso la prova della mera coincidenza formale con le clausole censurate, essendo invece necessaria la dimostrazione che la Banca abbia adottato una condotta anticoncorrenziale.

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012*

*Registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano*

*Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*



Appare opportuno effettuare una ulteriore precisazione con riferimento all'onere probatorio in capo all'attore.

In particolare, Banca Italia nel dispositivo del provvedimento n. 55/2005 ha affermato che “gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90...”. Tale precisazione costituisce una specificazione ulteriore dell'onere probatorio a carico dell'attore, il quale è tenuto a provare, oltre alla presenza dell'intesa a monte e del danno subito, l'applicazione uniforme delle clausole.

Sul punto, la giurisprudenza di merito maggioritaria ha interpretato la prova del carattere uniforme nel senso che l'attore debba dimostrare in giudizio “l'applicazione del contratto di fideiussione utilizzato dalle banche ovvero la standardizzazione delle clausole che, in deroga alla disciplina legale, ripropongono il contenuto dello schema dell'A.B.I. censurato dall'Autorità di vigilanza” (cfr. Tribunale Roma Sez. spec. in materia di imprese Ord., 19/04/2019).

La giurisprudenza, inoltre, ha dato anche rilievo alle tempistiche in cui è stata stipulata la fideiussione; si è affermato, infatti, che il Provv. n. 55 del 2005 della B.I. costituisce prova privilegiata solo in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso; per contro, il provvedimento anzidetto non costituisce prova idonea dell'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza con riguardo alla fideiussione in parola, stipulata in un periodo rispetto al quale nessuna indagine risulta essere stata svolta dall'autorità di vigilanza, la cui istruttoria ha - com'è noto - coperto un arco temporale compreso tra il 2002 ed il maggio 2005. Vale anche evidenziare come da tale premessa, una parte più rigida della giurisprudenza di merito, ha anche affermato che poiché il Provv. n. 55 del 2005 della B.I. vale quale prova privilegiata soltanto con riferimento alle fideiussioni prestate nel periodo di tempo oggetto di esame della Banca medesima, parte attrice è, pertanto, onerata dell'allegazione e della dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie d'illecito concorrenziale dedotto in giudizio, di cui all'art.2 della L. n. 287 del 1990. E tale onere probatorio si sarebbe potuto adempiere depositando documenti o, quindi, articolato mezzi di prova volti a dimostrare che in quel periodo (2006) un numero significativo di istituti di credito, all'interno del medesimo mercato, avrebbe coordinato la propria azione al fine di sottoporre alla clientela dei modelli uniformi di fideiussione per operazioni specifiche in modo da privare quella stessa clientela del diritto ad una scelta effettiva e non solo apparente tra prodotti alternativi e in reciproca concorrenza (cfr Tribunale Milano Sez. VI, Sent., 20/10/2021).

Su tale questione si è pronunciata anche la recente Cass. civ. Sez. Unite, Sent., (ud. 23/11/2021) 30-12-2021, n. 41994, la quale ha specificato che “Non è certo la deroga isolata - nei singoli contratti tra una banca ed un cliente - all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939, 1941 e 1957 c.c., a poter, invero, determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale. È, invece, il predetto “nesso funzionale” tra l'“intesa” a monte ed il contratto a valle, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che - in violazione dell'art. 1322 c.c. - riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorità di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. In siffatta ipotesi, la nullità dell'atto a monte è - per vero - veicolata nell'atto a valle per effetto della riproduzione in esso del contenuto del primo atto. E ciò è tanto più evidente quando - come nella specie le menzionate deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, così determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte - nel caso concreto dall'ABI - viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contraenti e incidendo negativamente sul mercato”.

Nel caso di specie, l'onere probatorio in capo all'attore non si ritiene sufficientemente assolto, mancando agli atti la prova specifica e circostanziata della condotta illecita anticoncorrenziale della banca opposta.

Invero, nella controversia in esame l'attore si è limitato a fornire la prova della coincidenza formale e contenutistica tra l'art. 5 della fideiussione omnibus e l'art. 6 dello schema ABI. Ebbene, come già motivato, tale sovrapposibilità contenutistica non può ritenersi sufficiente ai fini della prova della relazione tra intesa a monte e contratto a valle, da cui discenderebbe la nullità derivata per restringimento o lesione della concorrenza.

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012*

*Registro affari amministrativi numero 8231/11*

*Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano*

*Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376*

Le argomentazioni sopra esposte portano a ritenere che non possa essere dichiarata la nullità derivata all'art. 5 della fideiussione omnibus del 24/05/2006; ne consegue la validità della clausola derogatoria dell'art. 1957 c.c., in quanto espressione di libera scelta nella contrattazione privata e la possibilità per il Creditore di chiedere il pagamento anche al fideiussore SOCIETA GARANTE S.R.L.

In definitiva, le motivazioni sin qui illustrate portano ad accogliere parzialmente la domanda di parte opponente e revocare il decreto ingiuntivo opposto n. (omissis) /2019, con conseguente rideterminazione dell'ammontare del credito, alla luce delle risultanze acquisite nel presente giudizio, nella somma complessiva di euro 245.912,07, derivante dalla sommatoria del saldo ricalcolato del c.c. n. (omissis) (-236.413,12) e di quello relativo al c.c. n. (omissis) (-9.494,95).

Le spese, ivi incluse quelle di c.t.u., alla luce del limitatissimo accoglimento della domanda attorea, a fronte di numerose doglianze, si intendono compensate, stante la reciproca soccombenza delle parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale in composizione monocratica

definitivamente pronunciando respinta ogni contraria domanda, eccezione e difesa

Accoglie, nei limiti di cui in parte motiva, la domanda e per l'effetto annulla e revoca il decreto ingiuntivo opposto n. 595/2019 e accerta che il saldo finale ricalcolato del c/c n. (omissis) è di euro -236.413,12 e il saldo finale del c/c n. (omissis) è di euro -9.498,95;

- Condanna gli oppositori DEBITRICE PRINCIPALE S.N.C., in persona del legale rappresentante e SOCITA GARANTE S.R.L., in persona del legale rappresentante FIDEIUSSORI a (questi ultimi due nei limiti della somma di euro 9.498,95) al pagamento in solido fra loro della somma complessiva di euro 245.912,07 in favore dell'opposta, oltre interessi dalla domanda al saldo effettivo;

- Spese compensate.

Spoleto, 14/02/2022

Il giudice

Federico Falfari

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