

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI VICENZA
I SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale in composizione monocratica ex art. 50 ter c.p.c., nella persona del Giudice dott. Davide Ciutto ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. omissis/2020 promossa da:

**DEBITRICE SNC
FIDEIUSSORI**

contro

CESSIONARIA SPV S.r.l.

SERVICER

ATTORI

CONVENUTA

INTERVENUTA

OGGETTO: opposizione a decreto ingiuntivo. Contratti bancari.

CONCLUSIONI

Per parti attrici:

“A. IN VIA PREGIUDIZIALE.

1. dichiarare il difetto di legittimazione attiva di **SERVICER** e /o **CESSIONARIA SPV S.r.l.** e conseguentemente
2. revocare, dichiarare nullo, annullare, dichiarare inefficace il decreto ingiuntivo oggi opposto e dichiarare che nulla è dovuto da **DEBITRICE SNC** e dai signori **FIDEIUSSORI**, a favore di **SERVICER SPA** e/o **CESSIONARIA SPV S.r.l.**;

B. NEL MERITO

I. IN VIA PRINCIPALE

1. accertare e dichiarare, per i motivi di cui in narrativa, l'invalidità, la illegittimità ed inefficacia, anche parziale del finanziamento ipotecario fondiario n. omissis a rogito del dott. Notaio omissis di Vicenza, rep. omissis, racc. n. omissis del 21.11.2007 contratto tra **DEBITRICE SNC** e la **BANCA OMISSIS** per i motivi elencati in narrativa;
2. dichiarare conseguentemente la nullità, l'inefficacia e/o la cessazione della fideiussione rilasciata dai signori **FIDEIUSSORI** in data 05.12.2007 e dell'ipoteca così come descritta nel rogito del dott. Notaio omissis di Vicenza, rep. omissis, racc. n. omissis del 21.11.2007 sui seguenti beni immobili: Comune di omissis, foglio omissis, c.f., mappali n. omissis sub omissis, omissis sub omissis, via omissis, piano ST-T-1-2, cat. D/2 e mappale n. omissis sub omissis (ex omissis/), via omissis n. omissis, piano 1, cat. D/2;
3. autorizzare la cancellazione dell'ipoteca presso la competente Conservatoria dei RR.II.;
4. conseguentemente annullarsi, revocarsi, dichiarare inefficace, illegittimo e/o nullo il decreto ingiuntivo n. omissis/2020 del Tribunale di Vicenza e conseguentemente accertare e dichiarare che nulla è dovuto ad **SERVICER SPA** e/o **CESSIONARIA SPV S.r.l.** da **DEBITRICE SNC** e dai signori **FIDEIUSSORI** per le obbligazioni scaturenti dal predetto finanziamento;

II. SEMPRE IN VIA PRINCIPALE

1. accertare e dichiarare l'invalidità, la illegittimità e/o l'inefficacia, anche parziale, del contratto di swap del 21.11.2007 per i motivi elencati in narrativa e conseguentemente
2. della fideiussione rilasciata dai signori **FIDEIUSSORI** in data 05.12.2007 per tutti i motivi indicati in atti e conseguentemente
3. annullarsi, revocarsi, dichiarare inefficace, illegittimo e/o nullo il decreto ingiuntivo n. omissis/2020 Ing. del Tribunale di Vicenza e conseguentemente accertare e dichiarare che nulla è dovuto ad **SERVICER SPA** e/o **CESSIONARIA SPV S.r.l.** da **DEBITRICE SNC** e dai fideiussori signori **FIDEIUSSORI** per le obbligazioni scaturenti dal predetto negozio bancario;

III. IN VIA SUBORDINATA

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

1. accertare e dichiarare la nullità delle fidejussioni prestate dai signori **FIDEIUSSORI** nei confronti di **BANCA OMISSIS** in data 05.12.2007 per tutti i motivi indicati in atti e conseguentemente dichiarare che nulla è da loro dovuto a favore di **SERVICER SPA** e/o **CESSIONARIA SPV S.r.l.** ;
2. accertare e dichiarare la nullità ed inefficacia della commissione di massimo scoperto e di ogni altra posta indebitamente applicata dalla Banca alla debitrice principale, in costanza di rapporto bancario e per l'effetto
3. annullarsi, revocarsi, dichiarare inefficace, illegittimo e/o nullo il decreto ingiuntivo n. omissis/2013 Ing. del Tribunale di Vicenza e conseguentemente accertare e dichiarare che nulla è dovuto alla **SERVICER SPA** e/o **CESSIONARIA SPV S.r.l.** dalla **DEBITRICE SNC** e dai signori **FIDEIUSSORI**;

IV. IN VIA ULTERIORMENTE SUBORDINATA omissis

1. nella denegata ipotesi di condanna degli oppositori al pagamento delle somme richieste, ridurre, anche per compensazione, ovvero per ogni altro motivo ritenuto di giustizia, l'eventuale credito vantato da **SERVICER SPA** e/o **CESSIONARIA SPV S.r.l.** nei confronti di **DEBITRICE SNC** di **FIDEIUSSORI**, degli importi dalla Banca opposta illegittimamente incamerati pari ad euro 72.437,67 per il finanziamento ipotecario ovvero addebitati illegittimamente al debitore principale, **DEBITRICE SNC** per euro 18.753,82 o per la diversa somma ritenuta di giustizia come conseguenza del derivato, e addebitati senza valido od efficace titolo per euro 14.111,76, o per le diverse somme che siano state accertate o risultassero di giustizia, in forza di clausole nulle, inesistenti e/o inefficaci, a titolo di interessi, spese, oltre interessi legali, dovuti come per legge, sino ad soddisfo e conseguentemente

C. IN VIA RICONVENZIONALE

1. accertata la nullità e/o inefficacia e/o annullamento del contratto di finanziamento fondiario n. omissis del 21.11.2007 e del contratto di swap del 21.11.2007 condannare **SERVICER SPA** e/o **CESSIONARIA SPV S.r.l.** in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore alla restituzione di quanto illegittimamente percepito da **BANCA OMISSIS** a titolo di contratto di finanziamento ipotecario indicato nella somma di euro 72.437,67 e di quanto illegittimamente addebitato in seguito al derivato nella misura che si indica nella somma di euro 18.753,32 o nella diversa misura ritenuta di giustizia e di quanto addebitato nel conto corrente a titolo illegittimo per euro 14.11,76, o nella diversa misura riconosciuta di giustizia;

2. condannare **SERVICER SPA** e/o **CESSIONARIA SPV S.r.l.** in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, anche di natura esistenziale, subito da **DEBITRICE SNC**, in persona del legale rappresentante pro tempore, nella misura di euro 20.000,00 o nella diversa misura che sarà ritenuta equa ai sensi dell'art. 1226 c.c.

In ogni caso

Con vittoria di spese diritti ed onorari del presente giudizio.

D. IN VIA ISTRUTTORIA

Si reiterano le istanze istruttorie non accolte:

1. Si chiede al Giudice che venga ordinata ai sensi dell'art. 210 c.p.c. e dell'art. 119 T.U.B. l'acquisizione di tutta la documentazione inerente al conto corrente in oggetto, al contratto di finanziamento ipotecario e fondiario, al contratto di *interest rate swap* nonché di un completo rendiconto che indichi tra l'altro quanto effettivamente erogato dalla Banca e le remunerazioni, le competenze e i guadagni percepiti dalla Banca con riferimento all'intero periodo.
2. Si chiede inoltre di essere abilitati a provare per testi i seguenti capitoli di prova già richiesti con la memoria istruttoria ma non autorizzati:
 1. Vero che circa il 15.11.2007 l'allora Direttore della filiale di omissis della **BANCA OMISSIS**, sig. omissis, nella filiale di omissis propose al solo sig. **FIDEIUSSORE** o quale socio di **DEBITRICE SNC** l'investimento nel contratto di *interest rate swap*, per tre anni, come doc. 10 che si rammostra al teste?
 2. Vero che il sig. **FIDEIUSSORE** in quella occasione riferiva al Direttore della filiale, sig. omissis, di essere inesperto in materia di contratti derivati in strumenti finanziari?
 3. Vero che l'operazione proposta al solo sig. **FIDEIUSSORE** era nuova rispetto a precedenti operazioni poste in essere da **DEBITRICE SNC**?
 4. Vero che durante l'incontro di cui al capitolo di prova n. 1 era presente anche l'allora vicedirettore della filiale di Omissis?

5. Vero che il sig. omissis e l'allora vicedirettore, al momento della rappresentazione del contratto swap, nell'occasione di cui ai capitoli precedenti, rassicuravano il sig. **FIDEIUSSORE** che il contratto aveva esclusivamente natura assicurativa?

6. Vero che nell'occasione di cui ai capitoli precedenti, il sig. omissis e l'allora vicedirettore della filiale rassicuravano il sig. **FIDEIUSSORI** che l'operazione avrebbe garantito al finanziamento n. omissis (doc.6) un tasso di interesse fisso?

7. Vero che sempre i signori omissis e l'allora Vicedirettore spiegarono al solo sig. omissis che nell'eventualità di una variazione dei tassi, il differenziale sarebbe stato pagato dall'assicurazione?

8. Vero che il sig. **FIDEIUSSORE** in occasione dell'incontro di cui ai precedenti capitoli di prova, riferiva di essere assolutamente incapace di comprendere la portata dell'operazione de qua?

9. Vero che il direttore della filiale, sig. omissis l'allora vicedirettore, riferivano al sig. **FIDEIUSSORE** di stare tranquillo, che l'operazione sarebbe stata seguita dalla banca e che era altamente sicura?

10. Vero che i documenti nn. 10 - 14 che si rammostrano al teste erano stati integralmente predisposti dalla **BANCA OMISSIS** ed il solo sig. **FIDEIUSSORE** si limitò esclusivamente a sottoscriverli in quella occasione?

11. Vero che solo a distanza di tempo il sig. **FIDEIUSSORE** si accorse che gli erano stati addebitati interessi passivi sul conto di importo assai elevato?

12. Vero che quindi il sig. **FIDEIUSSORE** nel mese di agosto 2010 si recava presso la filiale di omissis e chiedeva al Direttore della banca, sig. omissis di astenersi dall'addebitare le ultime due rate del derivato?

13. Vero che la banca, nonostante quanto richiesto dal sig. **FIDEIUSSORE** nel corso dell'incontro di cui al precedente capitolo di prova, ha prelevato dal conto corrente le ultime rate, mandando il conto in rosso per oltre euro 6.700,00 come risulta dal docc.14 e 27 che si rammostra al teste?

14. Vero che mai i funzionari della banca convocarono il **FIDEIUSSORE** per metterlo al corrente della evoluzione della situazione relativa alla operazione de qua?

15. Vero che mai la signora omissis ebbe a partecipare agli incontri di cui ai capitoli precedenti?

Si indicano a testi i signori omissis, Direttore della filiale di **BANCA OMISSIS** all'epoca dei fatti di cui ai capitoli di prova presso la filiale di omissis di omissis ed il vicedirettore presso la filiale di omissis all'epoca dei fatti (anni 2007 e 2010) di cui ci si riserva di indicare precisamente il nominativo.

Si chiede quindi la concessione dei termini per comparse conclusionali e repliche ex art. 190 c.p.c. e che la causa sia trattenuta in decisione.”

Per parte convenuta e per parte intervenuta:

“1) Rigettare ogni domanda degli opposenti, confermare il decreto ingiuntivo opposto e, in ogni caso, accertare che **SERVICER SPA** è creditrice nei confronti degli opposenti di € 278.142,96 (ovvero quella diversa somma maggiore o minore che dovesse risultare dovuta e da determinarsi, se del caso, in via equitativa) oltre ai successivi interessi al tasso convenzionale (nei limiti di legge) dal 16/5/2015 al saldo, con conseguente condanna al pagamento della suddetta somma;

2) In via subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento di qualsiasi domanda degli opposenti che comporti la nullità dei contratti, condannarli (ex art. 2033 cc o 2041 cc) al pagamento a favore di **SERVICER SPA** della somma € 278.142,96 (da determinarsi, se del caso, in via equitativa) oltre agli interessi al saggio legale dalla data dell'inadempimento sino al deposito della domanda monitoria e, dal deposito della domanda monitoria sino all'effettivo soddisfo, nella misura di cui all'art. 5 D.lgs. 231/2002 in base al comma IV dell'art. 1284 cc, condannando gli opposenti al pagamento di detta somma;

3) Con vittoria di spese e compensi professionali del monitorio e del presente giudizio, oltre accessori di legge (IVA e CPA) e al rimborso forfettario spese generali 15%;

In via istruttoria il procuratore di **SERVICER SPA** richiama i documenti prodotti.”

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Con decreto ingiuntivo n. omissis/2020 dell'1.7.2020 era ingiunto solidalmente alla **DEBITRICE SNC**, quale debitrice principale ed ai **FIDEIUSSORI**, quali fideiussori il pagamento, in favore della ricorrente **CESSIONARIA SPV S.r.l.**, della somma di Euro 278.142,96, oltre agli interessi di mora al tasso convenzionalmente previsto dal 15.5.2015 al saldo, a titolo di residuo di un contratto di mutuo fondiario ipotecario stipulato il 21.11.2007.

2. Avverso il decreto proponevano opposizione gli ingiunti, chiedendone la revoca: per carenza di legittimazione/titolarità in capo all'ingiungente; per mancanza di prova delle somme azionate in via monitoria; per nullità del contratto di mutuo fondiario stipulato con **BANCA OMISSIS** in data , e delle connesse garanzie, essendo le somme consegnate per lo scopo dichiarato nel contratto di sostegno alle attività d'impresa, e poi invece utilizzate, per volontà della banca, per l'estinzione di altre passività derivanti da altri rapporti bancari; per nullità delle fidejussioni in quanto pretese dalla banca per importi manifestamente eccessivi rispetto al credito vantato anche considerando il contestuale rilascio di ipoteca; per nullità del contratto derivato stipulato con **BANCA OMISSIS** a causa della violazione della disciplina applicabile alla vendita di prodotti finanziari e per nullità della causa, non essendo lo strumento finalizzato alla protezione del concreto rischio dedotto nel contratto; per indebita applicazione, da parte della banca, nel conto corrente, di interessi usurari e anatocistici e di spese non dovute, con richiesta di rideterminazione del saldo debitorio del contratto.

Chiedevano quindi in via principale l'accoglimento integrale dell'opposizione per le ragioni indicate, con condanna in via riconvenzionale dell'opposta alla restituzione delle rate già incassate a titolo di mutuo e, in via subordinata, a quanto ritenuto di giustizia previa compensazione con gli importi a credito degli opposenti, oltre al danno non patrimoniale derivante dal patimento conseguente alla scorretta esecuzione del contratto da parte della banca.

3. Si costituiva **CESSIONARIA SPV S.r.l.** (di seguito **CESSIONARIA**) per il tramite della propria procuratrice **SERVICER SPA** - la quale spiegava successivamente anche intervento ex art. 111 c.p.c. - contestando l'opposizione e l'infondatezza di tutte le eccezioni proposte. Rilevava la sufficienza ai fini della prova dei crediti in sede monitoria dei dell'estratto ex art. 50 T.U.B. oltre che dei documenti depositati ed in particolare in virtù della dichiarazione di avvenuta cessione della banca cedente. Contestava la sussistenza dell'invocata nullità del mutuo di scopo per assenza di un interesse della banca all'utilizzo delle somme, eccependo in ogni caso l'inammissibilità della domanda di ripetizione tanto per le rate già pagate per il mutuo quanto per le somme corrisposte per il contratto derivato, nonché dell'eccezione di compensazione con gli asseriti crediti vantati per il contratto di conto corrente n. omissis sia perché riguardanti rapporti contrattuali con la sola **BANCA OMISSIS**. in l.c.a. sia per l'inopponibilità in compensazione, al cessionario in blocco, di altri controcrediti, anche per difetto del requisito della certezza del credito.

Chiedeva quindi il rigetto dell'opposizione con vittoria di spese.

4. Alla prima udienza veniva rigettata la richiesta di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo e assegnati termini per le memorie ex art. 183, comma 6, c.p.c..

La causa, ammessa ed espletata c.t.u., è stata assegnata al sottoscritto giudice, e infine trattenuta in decisione sulle conclusioni trascritte in epigrafe, previa concessione dei termini ai sensi dell'art. 190, comma 2, c.p.c..

5. Nel merito, va preliminarmente esaminata la prima doglianza dell'opponente, relativa all'inidoneità della documentazione prodotta dalla banca per la dimostrazione del credito fatto valere.

La questione attinente alla prova del credito risulta infondata, posto che l'opposta ha prodotto in sede monitoria sia il contratto di mutuo sia il piano di ammortamento, indicando le rate non pagate e il capitale residuo, allegando l'inadempimento degli opposenti.

Ciò è sufficiente a fini probatori, posto che in presenza di contratto di mutuo, avente un piano di ammortamento predeterminato, o predeterminabile, non è necessario per la banca fornire gli estratti conto, essendo questi necessari solo per i rapporti di finanziamento regolati in conto corrente, dove vanno ricostruiti tutti gli addebiti effettuati dall'inizio alla fine del rapporto sulla base delle condizioni contrattuali, essendo quindi onere del mutuatario, provare o l'inesistenza dell'obbligazione per cause di invalidità del contratto o provare l'avvenuto adempimento o altri fatti estintivi dell'obbligazione.

Ebbene, sul punto gli opposenti non hanno contestato in modo specifico, ex art. 115 c.p.c., gli importi azionati dall'opposta, salvo quanto si dirà nel prosieguo, per cui può considerarsi assolto l'onere della prova in capo all'opposta in ordine alla prova del credito.

6. L'opponente ha quindi contestato la titolarità del credito oggetto di ingiunzione in capo alla **CESSIONARIA SPV S.r.l.**, rilevando che la stessa non sarebbe evincibile dal contratto di cessione.

La giurisprudenza di legittimità e di merito hanno precisato a riguardo che è onere del cessionario provare la titolarità del credito ceduto o mediante produzione in giudizio del contratto di cessione, con indicazione specifica del credito, o della riconducibilità di quello oggetto di causa alle categorie ivi

indicate, potendo all'uopo soccorrere anche il contenuto dell'avviso di cessione risultante in G.U., lasciando in ogni caso al giudice di merito ogni prudente apprezzamento sul punto.

Ora, nel caso di specie, la produzione in giudizio da parte dell'opposta, nell'ordine, del contratto di cessione tra **BANCA OMISSIS** e **CESSIONARIA SPV S.r.l.** contenente l'indicazione, tra le categorie dei crediti ceduti, anche di quello oggetto del presente giudizio, della documentazione contrattuale data dal contratto e dal piano di ammortamento del finanziamento, e infine della dichiarazione della **BANCA OMISSIS in l.c.a.** dell'avvenuta cessione tanto del rapporto di mutuo quanto del conto corrente su cui l'opponente regolava le proprie operazioni costituiscono, ad avviso del giudicante, elementi sufficienti per ritenere provata la cessione del rapporto oggetto della domanda monitoria.

7. Gli oppositori hanno poi eccepito la nullità del mutuo fondiario per violazione dello scopo indicato nel contratto, essendo le somme mutate state – almeno parzialmente - utilizzate per estinguere altre passività. Secondo gli oppositori sarebbero presenti gli elementi individuati dalla giurisprudenza per la qualificazione del contratto in termini di mutuo di scopo, il quale è configurabile quando il soggetto finanziatore, avendo interesse alla specifica destinazione delle somme, si assicura, attraverso l'indicazione dello scopo e l'inserimento di clausole che gli consentono di effettuare delle verifiche sull'utilizzo della somma finanziata e sul conseguente rispetto dello scopo, il quale si oggettiva nella causa concreta del negozio, divenendone parte essenziale.

7.1. La giurisprudenza di legittimità ha infatti precisato a riguardo che “Il mutuo di scopo risponde alla funzione di procurare al mutuatario i mezzi economici destinati al raggiungimento di una determinata finalità, comune al finanziatore, la quale, integrando la struttura del negozio, ne amplia la causa rispetto alla sua normale consistenza, sia in relazione al profilo strutturale, perché il mutuatario non si obbliga solo a restituire la somma mutuata e a corrispondere gli interessi, ma anche a realizzare lo scopo concordato, mediante l'attuazione in concreto del programma negoziale, sia in relazione al profilo funzionale, perché nel sinallagma assume rilievo essenziale proprio l'impegno del mutuatario a realizzare la prestazione attuativa. La destinazione delle somme mutate alla finalità programmata assurge pertanto a componente imprescindibile del regolamento di interessi concordato, incidendo sulla causa del contratto fino a coinvolgere direttamente l'interesse dell'istituto finanziatore, ed è perciò l'impegno del mutuatario a realizzare tale destinazione che assume rilevanza corrispettiva, non essendo invece indispensabile che il richiamato interesse del finanziatore sia bilanciato in termini sinallagmatici, oltre che con la corresponsione della somma mutuata, anche mediante il riconoscimento di un tasso di interesse agevolato al mutuatario”. (Cass. n. 15929 del 18/06/2018, Rv. 649529 - 01). Con la conseguenza che se la somma mutuata viene usata per altri scopi, compresa l'estinzione di debiti nei confronti dello stesso mutuante, il contratto sarebbe nullo per difetto di causa, e non vi sarebbe l'obbligo per il mutuatario di restituire le rate del prestito (così Cass. n. 26770/2019 del 22/5/2019, Cass. n. 24699/2017 del 19/10/2017, Rv. 647740 - 01 “*Nel mutuo di scopo convenzionale si verifica una deviazione dal tipo contrattuale di cui all'art. 1813 c.c. che si configura quando il mutuatario abbia assunto espressamente un obbligo nei confronti del mutuante, in ragione dell'interesse di quest'ultimo – diretto o indiretto – ad una specifica modalità di utilizzazione delle somme per un determinato scopo. Ne deriva che l'inosservanza della destinazione delle somme indicata nel mutuo rileva, in tali casi, ai fini della validità o meno del contratto stesso*”).

7.2. Ora, come è incontrovertito, nella stessa data di erogazione del mutuo (10.12.2007) di Euro 298.750,00 sul conto corrente n. omissis, la società ha utilizzato parte della somma (Euro 141.486,11) per estinguere altre passività nei confronti della stessa mutuante (doc. 10 oppositori).

Ne dovrebbe derivare quindi la nullità del mutuo secondo l'orientamento sopra indicato, con conseguente obbligo di restituzione, per la parte non già restituita, del solo capitale mutuato, senza interessi.

7.2.1. Tuttavia, ad avviso del giudicante, la concreta disciplina del finanziamento stipulato tra le parti non depone nel senso della stipula di un mutuo di scopo, ma esclusivamente nel senso di un ordinario mutuo fondiario.

Infatti, nelle premesse del contratto (doc. 6 oppositori) è riportato genericamente che il finanziamento viene accordato “per sopperire al fabbisogno finanziario derivante dalla realizzazione dei programmi aziendali”, senza neppure indicare quali, mentre all'art. 4 si prevede soltanto che “la parte finanziata potrà utilizzare l'importo finanziato anche in più soluzioni se concordato con la banca, salvo eventuali proroghe (...) purché nel quadro delle finalità precisate nelle premesse del contratto e previa verifica delle condizioni di cui alla lettera A dell'allegato capitolato”. Essendo, quindi, assente da un lato una

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

specificazione delle attività finanziate, e dall'altro omissis qualsiasi riferimento all'interesse della banca alla concreta utilizzazione in un certo modo del denaro mutuato, mancano gli elementi minimi per poter qualificare il negozio alla stregua di un mutuo di scopo. Come precisato dalla giurisprudenza infatti "in tutti i casi in cui sia dedotta l'esistenza di un mutuo di scopo convenzionale, è pur sempre necessario che la clausola di destinazione della somma mutuata, incidendo sulla causa del contratto, finisca per coinvolgere direttamente anche l'interesse dell'istituto finanziatore; nel senso che, qualora - invece - venga prevista nel contratto di finanziamento una destinazione delle somme erogate nell'interesse del mutuatario, si realizzerebbe una mera esteriorizzazione dei motivi del negozio, di per sé non comportante una modifica del tipo contrattuale; in tale eventualità, pertanto, non si potrebbe parlare di mutuo di scopo (sebbene uno scopo, in senso lato, vi sia ovviamente per il sovvenuto), poiché la mera indicazione dei motivi, non accompagnata da un programma contrattuale teso alla loro realizzazione, non è di per sé idonea a modificare il tipo negoziale"(così, Cass. n. 9838/2021).

7.2.2. In ogni caso, anche ad ammettere che si possa interpretare la volontà delle parti nel senso indicato dagli oppositori, appare più corretto l'orientamento che riconduce l'utilizzo - unilaterale o concordato con il mutuante - delle somme per scopi estranei a quelli previsti contrattualmente, ad un'ipotesi di patologia funzionale del contratto, con diritto per il mutuante alla risoluzione per inadempimento, e non di invalidità, non potendo rinvenirsi, nel mutuo di scopo convenzionale, a differenza di quello legale, dove non è ammesso il perseguimento di un fine da quello previsto in via imperativa dalla legge, alcuna nullità per difetto di causa. In tali termini si è espressa Cass. n. 1517 del 25/01/2021, Rv. 660370 - 01 la quale ha infatti precisato che "Nel caso di mutuo di scopo convenzionale, il punto del necessario rispetto della destinazione delle somme erogate all'effettivo conseguimento dello scopo prefissato è assicurato sul piano dello svolgimento del sinallagma funzionale del rapporto, con la conseguenza che all'inadempimento del mutuatario seguirà la risoluzione del relativo contratto".

7.2.3. Nel caso di specie è verosimile ritenere che il mutuo sia stato concesso sia allo scopo di ripianare il precedente finanziamento sia per finanziare, secondo quanto dichiarato nel contratto, l'attività d'impresa della società, con la contestuale costituzione di garanzie bancarie, per cui la banca non aveva alcun interesse a fare valere detta diversa utilizzazione inadempimento, andando essa a suo vantaggio. Può quindi anzi ritenersi che l'operazione sia stata così concepita sin dall'inizio dalle parti, non potendo tuttavia rinvenirsi alcuna nullità come detto, essendo il contratto del tutto valido ed efficace.

La censura va quindi disattesa.

8. Per quanto riguarda la domanda riconvenzionale degli oppositori di ricalcolo del saldo del conto corrente n. omissis, non azionato in via monitoria dalla convenuta, per addebito di interessi ultra legali, di oneri non previsti e dei flussi finanziari passivi del contratto derivato, deve essere valutata l'eccezione di difetto di titolarità passiva formulata da **CESSIONARIA SPV S.r.l.**, la quale, pur non contestando la titolarità del credito di cui al predetto conto corrente, ha richiamato l'indirizzo inaugurato da Cass. n. 21843/2019, secondo cui "I crediti oggetto delle operazioni di "cartolarizzazione" eseguite ai sensi della l. n. 130 del 1999 costituiscono un patrimonio separato da quello della società di cartolarizzazione, destinato in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti e al pagamento dei costi dell'operazione, sicché non è consentito al debitore ceduto proporre nei confronti del cessionario eccezioni di compensazione o domande giudiziali fondate su crediti vantati verso il cedente nascenti dal rapporto con quest'ultimo intercorso". Cass. n. 3 n. 21843 del 30/08/2019, Rv. 655567 - 01).

Tale indirizzo giurisprudenziale non può essere condiviso nella misura in cui non consente al titolare del contratto la proposizione in giudizio di contestazioni (in via di eccezione o di domanda riconvenzionale) incidenti sul saldo del rapporto e derivanti dall'accertamento di nullità contrattuali o da addebiti illegittimi da parte della banca, perché se per effetto del ricalcolo mediante eliminazione di tali oneri il credito ceduto si riduce o addirittura si annulla, deve necessariamente essere rideterminato in modo corrispondente il saldo debitorio del rapporto dichiarando se del caso l'insussistenza del credito. Va tuttavia precisato che qualora il debitore ceduto, per effetto delle operazioni di ricalcolo, risulti invece a credito della banca, la cessionaria acquirente non potrebbe che rispondere nei limiti di quanto acquistato e non potrebbe quindi essere mai condannata a versare l'eventuale eccedenza, non realizzandosi con l'operazione di cessione in blocco una cessione del contratto, ma soltanto una cessione del credito. Per cui, nel caso di specie, le domande di ricalcolo del saldo del rapporto non possono che riqualificarsi in domande di accertamento negativo del credito relativo al saldo debitorio del conto corrente n. omissis.

8.1. Ebbene, principiando dalle verifiche sul conto corrente, la relazione della dott.ssa **OMISSIS**, partendo dai documenti depositati, ha escluso tanto la sussistenza dell'usura genetica per superamento dei tassi soglia di legge quanto quella sopravvenuta per effetto dello ius variandi.

Non ha verificato l'anatocismo, avendo gli oppositori nella perizia di parte espressamente precisato che tali addebiti sono avvenuti regolarmente, non avendo svolto alcuna altra contestazione sul punto in sede di osservazioni.

Ha pertanto eliminato correttamente le spese c.m.s. per Euro 315,59, non essendo la stessa sufficientemente determinata, e quindi nulla per assenza di indicazione della base di calcolo e dei criteri per la sua applicazione (se cioè applicata sull'affidato o sull'utilizzato) e le spese per spese utilizzo fido per Euro 841,91, non essendo giustificata l'applicazione di una commissione per l'utilizzo in quanto già remunerata dall'applicazione dell'interesse debitorio convenuto.

Quanto, infine, agli interessi debitori applicati ai contratti di affidamento, ha correttamente proceduto solo al ricalcolo per i riscontrati superamenti del tasso accettato del 6,75%, riscontrando l'applicazione di interessi superiori al tasso convenuto per Euro 330,99, senza alcun ricalcolo, come invece richiesto, sulla base del tasso previsto all'art. 117 T.U.B., perché il conto corrente indicava un tasso debitorio, applicabile, in assenza di altre indicazioni, tanto agli eventuali affidamenti intra fido quanto a quelli oltre fido.

Gravava infatti sugli oppositori la prova che fossero stati applicati in concreto maggiori interessi rispetto a quelli individuati dal c.t.u., tuttavia, in sede di osservazioni, il c.t.p. si è limitato a contestare l'assenza di un tasso per gli affidamenti, senza indicare gli scostamenti riscontrati sulla base del tasso contrattuale accettato.

Va quindi accertata una illegittima applicazione di spese per Euro 1.488,49.

9. Gli oppositori hanno quindi chiesto la nullità del contratto derivato collegato al mutuo per la protezione dei rischi di inadempimento economico, per mancata copertura del rischio assicurato e per mancanza di informazioni rilevanti.

È stata quindi ammessa sul punto C.T.U. per la verifica di tali contestazioni.

La convenuta ha eccepito il proprio difetto di titolarità passiva non essendo il contratto stato ceduto ed essendo comunque le relative somme già state integralmente pagate alla **BANCA OMISSIS**.

Tuttavia, anche tale domanda risulta invero proponibile nei confronti della convenuta perché i flussi finanziari di tale contratto venivano regolati sul conto corrente n. omissis e hanno quindi contribuito a formare il relativo saldo negativo alla chiusura del rapporto.

Ora, le SS.UU. della Cassazione hanno precisato, in tema di derivati, che la banca svolge la duplice funzione di intermediario obbligato a fornire le corrette informazioni al cliente e di controparte contrattuale dello strumento finanziario sottoscritto, dovendo quindi informare adeguatamente il cliente esplicitando le formule matematiche utilizzate, mediante individuazione degli scenari probabilistici, con difetto di causa del contratto in mancanza di tali informazioni essendo la corretta individuazione dell'alea elemento essenziale del contratto ("In tema di "interest rate swap", occorre accertare, ai fini della validità del contratto, se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi; tale accordo non si può limitare al "mark to market", ossia al costo, pari al valore effettivo del derivato ad una certa data, al quale una parte può anticipatamente chiudere tale contratto od un terzo estraneo all'operazione è disposto a subentrarvi, ma deve investire, altresì, gli scenari probabilistici e concernere la misura qualitativa e quantitativa della menzionata alea e dei costi, pur se impliciti, assumendo rilievo i parametri di calcolo delle obbligazioni pecuniarie nascenti dall'intesa, che sono determinati in funzione delle variazioni dei tassi di interesse nel tempo. (Cass. SS.UU. n. 8770 del 12/05/2020, Rv. 657963 – 03).

9.1. Ebbene la C.T.U., dopo aver dato atto che il contratto ha generato flussi finanziari negativi per Euro 17.764,45, già corrisposti dalla società, ha precisato, sulla scorta di tale giurisprudenziale, che "Il contratto non evidenzia nemmeno i modelli matematici che devono essere utilizzati per la determinazione del MtM alla sottoscrizione o in caso di un eventuale estinzione anticipata. Di conseguenza era impossibile, secondo i criteri indicato dalla sentenza di C, per la società **DEBITRICE SNC** valutare l'area razionale per mancanza di informazioni essenziali del Mark to Market iniziale e degli scenari probabilistici (pag. 25 relazione).

9.2. Per cui, sulla scorta dell'analisi svolta dal c.t.u., deve essere dichiarata la nullità del contratto derivato sottoscritto con conseguente ricalcolo a favore della correntista di quanto già corrisposto.

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

10. Per effetto quindi dell'eliminazione dal saldo negativo del conto corrente pari, al 31.3.2015, ad Euro 16.349,82, di oneri per complessivi Euro 19.252,94 (Euro 1.488,49 +17.764,45) deve essere dichiarata l'insussistenza di qualsivoglia credito di **CESSIONARIA SPV** nei confronti degli opposenti per il rapporto di conto corrente n. omissis.

11. Per quanto riguarda, infine, le verifiche sul mutuo fondiario il mutuo fondiario, la dott.ssa omissis ha svolto le verifiche indicate nel quesito peritale.

11.1. Ha quindi escluso l'usura genetica e anche quella relativa agli interessi moratori, applicando la maggiorazione di 2,1 punti (rilevata nel decreto ministeriale dell'ultimo trimestre del 2007) al t.e.g.m. come indicato dalla più recente giurisprudenza di legittimità ("La disciplina antiusura, essendo volta a sanzionare la promessa di qualsivoglia somma usuraria dovuta in relazione al contratto, si applica anche agli interessi moratori, la cui mancata ricomprensione nell'ambito del tasso effettivo globale medio (t.e.g.m.) non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali di cui alla l. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1, ove questi contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali. Per conseguenza, in quest'ultimo caso, il tasso -soglia sarà dato dal t.e.g.m., incrementato della maggiorazione media degli interessi moratori, moltiplicato per il coefficiente in aumento e con l'aggiunta dei punti percentuali previsti, quale ulteriore margine di tolleranza, dall'art. 2, comma 4 sopra citato; qualora i decreti ministeriali non rechino l'indicazione della suddetta maggiorazione media, la comparazione andrà effettuata tra il tasso effettivo globale (t.e.g.) del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori, e il t.e.g.m. così come rilevato nei suddetti decreti" Cass. n. 145/2023 del 04/01/2023, n.145).

11.2. Ha negato quindi l'applicazione di interessi anatocistici per l'utilizzo del piano di ammortamento c.d. "alla francese" e non ha rilevato profili di indeterminatezza delle condizioni contrattuali o dei tassi applicati, peraltro neppure contestate. Sul punto va infatti ribadito il consolidato indirizzo della giurisprudenza di merito che ha escluso il ricorrere del fenomeno dell'anatocismo nel caso di "ammortamento alla francese", perché il pagamento degli interessi avviene in base alla formula matematica sottesa al piano di rimborso soltanto sulla sorte capitale (così, ex multis Corte d'Appello di Venezia n. 2955/2021 del 25/11/2021 "*In tema di contratto di mutuo, il metodo "alla francese" comporta che gli interessi vengano comunque calcolati unicamente sulla quota capitale via via decrescente e per il periodo corrispondente a quello di ciascuna rata e non anche sugli interessi pregressi. In altri termini, nel sistema progressivo ciascuna rata comporta la liquidazione ed il pagamento di tutti e unicamente degli interessi dovuti per il periodo cui la rata stessa si riferisce. Tale importo viene quindi integralmente pagato con la rata, laddove la residua quota di essa va ad estinguere il capitale. Ciò non comporta tuttavia capitalizzazione degli interessi, atteso che gli interessi conglobati nella rata successiva sono a loro volta calcolati unicamente sulla residua quota di capitale, ovverosia sul capitale originario detratto l'importo già pagato con la rata o le rate precedenti. In tale prospettiva, l'applicazione dell'interesse composto non provoca comunque alcun fenomeno anatocistico nel conteggio degli interessi contenuti in ogni singola rata. La capitalizzazione composta nei contratti di credito è, quindi, del tutto eterogenea rispetto all'anatocismo ed è solo un modo per calcolare la somma dovuta da una parte all'altra in esecuzione del contratto; è, in altre parole, una forma di quantificazione di una prestazione o una modalità di espressione del tasso di interesse applicabile a un capitale*").

11.3. Ciò posto, la c.t.u. ha quindi individuato in Euro 259.527,46 la quota di capitale residuo e in Euro 71.171,47 le rate insolte non pagate al 15.5.2015, svolgendo un triplice conteggio per il calcolo degli interessi moratori in base al tasso legale, a quello contrattuale e quello di fatto praticato dalla banca.

Dato che l'opposta ha chiesto in via principale nelle conclusioni il rigetto dell'opposizione con conferma del decreto ingiuntivo, con il quale era stato ingiunto il minore importo di Euro 278.142,96 (dato dalla somma di capitale, rate insolte e interessi moratori al 15.5.2015) oltre agli interessi al tasso contrattuale, per il principio della domanda, l'importo ingiunto deve essere integralmente confermato per tale minore importo, maggiorato degli interessi convenzionali moratori sul solo capitale residuo dal 15.5.2015, di cui è stata esclusa dalla C.T.U. l'usurarietà.

12. Va da ultimo esaminata la residua censura relativa alla nullità delle fideiussioni prestate dagli opposenti.

12.1. La doglianza di eccesso di garanzia va esclusa essendosi gli opposenti obbligati per un importo coerente con la somma mutuata, tenuto anche conto che la garanzia ipotecaria sugli immobili era di quarto e di terzo grado.

12.2. Quanto all'eccezione di nullità derivata per conformità all'intesa anticoncorrenziale censurata dalla Banca d'Italia nel 2005, va precisato che a riguardo ci sono pronunciate, come noto, le Sezioni Unite della Cassazione nel 2021 con sentenza n. 41994/2021 dd. 30.12.2021, le quali hanno sposato la tesi della nullità parziale delle clausole numero 2, 6, 8, dell'intesa e specificando altresì che il provvedimento della Banca d'Italia costituisce prova privilegiata dell'intesa anticoncorrenziale.

Nel caso di specie, tuttavia, pur potendo astrattamente indagarsi in ordine alla conformità delle fideiussioni sottoscritte dagli opposenti con il predetto modello A.B.I., non può tuttavia svolgersi tale accertamento perché gli opposenti si sono limitati ad eccepire la nullità delle fideiussioni sottoscritte senza specificare quali effetti conseguirebbero dall'espunzione delle predette clausole.

In particolare, non hanno eccepito la decadenza della banca dai suoi diritti nei confronti dei fideiussori per mancato rispetto del termine semestrale previsto dall'art. 1957 c.c. per agire in giudizio contro il debitore principale. Infatti, non è sufficiente allegare e chiedere il rilievo della nullità delle predette clausole, ma deve essere anche specificamente e tempestivamente eccepita, nella prima difesa utile, la decadenza prevista dall'articolo 1957 c.c., nuovamente applicabile al contratto di fideiussione a fronte del rilievo da parte del giudice della nullità. Tale eccezione, infatti, trattandosi di decadenza, non può essere rilevata dal giudice, ma solo dalla parte, circostanza non verificatasi né in sede di opposizione nelle successive difese degli opposenti.

13. L'opposizione deve essere quindi rigettata.

14. In accoglimento della domanda riconvenzionale degli opposenti va accertato e dichiarato che sono stati addebitati illegittimamente nel conto corrente n. omissis oneri superiori al saldo debitorio, con conseguente inesistenza di qualsiasi credito in capo alla **CESSIONARIA SPV S.r.l.** nei confronti degli opposenti per tale rapporto. Va invece di rigettata, per le ragioni sopra precisate, la richiesta di compensazione dell'eccedenza con il credito di **CESSIONARIA SPV S.r.l.** a titolo di mutuo.

15. È, infine, manifestamente infondata infine va rigettata la domanda di risarcimento del danno morale per gli addebiti applicati nel corso del rapporto, in quanto dedotta in modo estremamente generico, non essendo neppure stato allegato il danno patito in termini di sofferenza soggettiva dagli opposenti.

16. Quanto alle spese di lite, attesa la soccombenza reciproca, appare equa una compensazione per 1/4 delle spese di lite, con condanna degli opposenti alla rifusione dei restanti 3/4, con applicazione dei valori medi per tutte le fasi in base al valore del procedimento.

16.1 In egual misura vanno ripartiti tra le parti gli oneri dell'espletata C.T.U.

P.Q.M.

Il Tribunale di Vicenza, nella suindicata composizione monocratica, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. omissis /2020 R.G., ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

rigetta l'opposizione a decreto ingiuntivo n omissis /2020 del 1.7.2020;

accerta, secondo quanto indicato in motivazione, l'illegittima applicazione di Euro 19.252,94 sul conto corrente n. omissis e dichiara conseguentemente l'insussistenza di qualsiasi credito in capo ad **CESSIONARIA SPV S.r.l.** a tale titolo nei confronti degli opposenti;

rigetta qualsiasi altra domanda proposta dagli opposenti nei confronti di **CESSIONARIA SPV S.r.l.**;

condanna gli opposenti, in solido tra loro, alla rifusione in favore della banca opposta dei 3/4 delle spese di lite del presente giudizio, liquidate per detta frazione in Euro 16.842,75 per compensi, oltre a rimborso spese generali, CPA e IVA – se dovuta - ex lege, compensando tra le parti il restante 1/4%;

pone gli oneri della c.t.u. per 3/4 a carico degli opposenti e per 1/4 a carico dell'opposta;

Vicenza, 23 febbraio 2023

Il Giudice
dott. Davide Ciutto

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