

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI ANCONA**
prima sezione civile

composta dai seguenti Magistrati:
Dott.ssa Annalisa Gianfelice - Presidente
Dott.ssa Paola De Nisco - Consigliere
Dott.ssa Paola Damiani - Giudice Ausiliario rel.
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel procedimento civile in grado di appello iscritto al n. xxxx/2020 R.G.A.C., posto in decisione con ordinanza del 4.07.2023 e riservato a sentenza con concessione dei termini ex art. 190 c.p.c., a seguito di deposito telematico di note scritte dei procuratori delle parti contenenti le sole istanze e conclusioni, in esecuzione del provvedimento Presidenziale emesso ex art. 127 ter c.p.c., nella formulazione introdotta dall'art. 35 d.lgs. n. 149/2022,

FIDEIUSSORE,

tra

appellante

e

BANCA,

appellata

Oggetto: apertura di credito in c/c – anatocismo e tasso usurario – contratto di mutuo fondiario – nullità fideiussione omnibus, opposizione a decreto ingiuntivo, appello avverso la sentenza n. xxx/2020 in data 27.04/11.05.2020 del Tribunale di Ancona

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso riportandosi ai rispettivi scritti difensivi, chiedendo l'accoglimento delle conclusioni ivi rassegnate e reiterate nelle note telematiche per la trattazione scritta

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. xxx/2020 in data 27.04/11.05.2020 il Tribunale di Ancona, definitivamente pronunciando nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo sulla domanda proposta da **FIDEIUSSORE** nei confronti di **BANCA.**, al fine di sentir dichiarare la revoca della somma ingiunta di €.307.928,07 oltre accessori e spese, a seguito di scoperto di c/c intrattenuto a far data dal 6.05.2009 con la debitrice principale **DEBITRICE S.r.l.** ed assistito da garanzia ipotecaria di secondo grado dell'importo di €.250.000 con scadenza prorogata fino al 31.12.2013, rilasciata sul fabbricato -all'epoca in corso di costruzione dal quale dovevano ricavarsi alcuni appartamenti da mettere in vendita- già oggetto di rilascio di ipoteca di primo grado in virtù di mutuo fondiario di €.650.000 stipulato con atto del 19.12.2005, in relazione al quale l'opponente, che era anche l'amministratore della società garantita, aveva prestato fideiussione omnibus con atto in data 19.12.2005 fino a concorrenza dell'importo di €.650.000 ed in data 6.05.2009 mediante costituzione in pegno di titoli e valori fino a concorrenza della somma di €.50.000, eccedendo la nullità dei rapporti per superamento del limite di finanziabilità, la nullità parziale del contratto di mutuo per usura originaria, l'illegittima applicazione dell'anatocismo, degli altri oneri e delle commissioni applicate al rapporto di c/c ipotecario, l'illegittima applicazione

dell'anatocismo e dell'usura al contratto di conto corrente ordinario, con richiesta di rideterminazione del credito previa epurazione degli interessi e degli oneri asseritamente non dovuti ed eccedendo, inoltre, la violazione della correttezza e buona fede contrattuale da parte della banca in ordine all'anticipazione di €.250.000 accordata alla società e prorogata fino al 31.12.2012, nonché la nullità della fideiussione per violazione della normativa antitrust, il giudice ha rigettato quest'ultima per inammissibilità, in quanto sollevata solo in sede di comparsa conclusionale, ha ritenuto assolta la condizione di procedibilità per effetto dell'avvio della procedura di mediazione, ha escluso che la transazione con scrittura privata del 13.03.2015 avesse ad oggetto l'intera obbligazione solidale e quindi la possibilità della dichiarazione di volerne profittare ex art. 1304 c.c., con decurtazione del solo importo di €.25.000 percepito dalla banca, ha riscontrato che l'importo dell'affidamento complessivo è al di sotto del limite di finanziabilità previsto dalla legge, ha accertato con l'ausilio del CTU l'insussistenza delle doglianze in tema di usura originaria del mutuo all'esito di una corretta determinazione del TEGM non comprensivo degli interessi di mora, ha ravvisato l'insussistenza probatoria del credito per l'omessa produzione da parte della banca degli estratti conto e scalari riferiti al rapporto di c/c n.17684 e, con riguardo al rapporto di conto corrente n.72528, ha rideterminato in €.4.904,87 il saldo finale a credito del correntista all'esito dell'eliminazione dal computo delle c.m.s. e della riconduzione al tasso soglia del TEG applicato in due trimestri risultati essere in usura, ha previa revoca del d.i. opposto condannato l'opponente al pagamento della somma residua di €.151.315,81 (€.181.220,68 per rate impagate di mutuo, detratti €.25.000 già versati ed €.4.904,87 quale credito del correntista come rideterminato dal CTU), oltre interessi come da domanda e con compensazione delle spese di lite e di quelle di CTU.

Avverso la citata sentenza ha proposto appello **FIDEIUSSORE**, chiedendone l'integrale riforma nella parte in cui il primo giudice:

- 1) ha erroneamente ritenuto assolta con successo la condizione di procedibilità della domanda monitoria per effetto dell'avvio della procedura di mediazione ad opera dell'opponente, pur non essendone onerato, né ricavandosi dal verbale di mediazione del 7.06.2016 quali siano le *causae petendi* delle domande, se monitoria o solo riconvenzionale, fatte valere in sede di mediazione;
- 2) ha rigettato la domanda di nullità della fideiussione sollevata per violazione della normativa antitrust, a causa della tardività della stessa, nonostante la sua rilevabilità d'ufficio, in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, quindi anche per una ragione diversa da quella espressamente dedotta;
- 3) ha escluso che la transazione di cui alla scrittura privata del 13.03.2015, intervenuta tra la banca ed il co-garante Ubertini Severino, avesse ad oggetto l'intera obbligazione solidale, fermandosi quindi alla sola formulazione letterale ed omettendo l'interpretazione estensiva di transazione totale del debito solidale;
- 4) quale doglianza in via subordinata, ha violato l'art. 1362 c.c. circa l'individuazione della scrittura privata quale transazione pro quota, nonché gli artt. 1292, 1293, 1311 e 1965 c.c. in relazione all'ammissibilità e agli effetti prodotti nei confronti del consorte non aderente;
- 5) non ha ravvisato alcuna invalidità del contratto di mutuo fondiario (pur avendo il CTU rilevato delle inesattezze al riguardo), nel presupposto che l'ISC non rappresenti un tasso di interesse, ma un mero indicatore previsto dalla normativa in materia di trasparenza bancaria e, al limite, fonte di responsabilità contrattuale dell'intermediario ai fini risarcitori;
- 6) ha ommesso l'accertamento dell'invalidità del contratto di mutuo derivante dalla mancata indicazione del regime di ammortamento degli interessi, trattandosi di profilo di invalidità rilevabile d'ufficio ex art. 1421 c.c., influenzando la scelta della tipologia di capitalizzazione notevolmente sul montante finale e quindi sugli interessi applicati al rapporto, considerato anche che l'ammortamento alla francese può avvenire in regime composto o in regime semplice, pertanto non è stato considerato che il regime di capitalizzazione composta (accertato dal CTP e, pertanto, da riscontrare mediante CTU integrativa di cui è opportuna l'ammissione in fase di appello) determini la violazione dell'art. 117, co. 4, TUB e degli artt. 1418 e 1346 e 1284 c.c., per una evidente divergenza tra il tasso nominale TAN previsto in contratto ed il tasso effettivo risultante dallo sviluppo del piano di ammortamento ad esso collegato TAE;

Sentenza, Corte di Appello di Ancona, Pres. Gianfelice - Rel. Damiani, n. 1599 del 06.11.2023

7) ha omesso l'accertamento sia della natura usuraria del tasso degli interessi moratori contrattualmente pattuito, sia l'applicazione della sanzione ex art. 1815, co. 2, c.c.;

8) ha omesso l'accertamento dell'invalidità del tasso Euribor, oggetto di manipolazione nel dicembre 2013 da parte di alcune grandi banche, tanto da comportare l'irrogazione a loro carico di sanzioni da parte della Commissione Antitrust Europea, pertanto nel caso di specie occorre procedere all'azzeramento della componente variabile del tasso di interesse, costituita dall'Euribor 6 mesi, nel periodo in cui si è concretizzata la falsificazione di tale parametro.

Si è regolarmente costituita in giudizio **BANCA**, contestando in modo specifico l'avverso gravame di cui ha chiesto il rigetto in considerazione della corretta valutazione operata dal Tribunale circa: 1) l'assolvimento della condizione di procedibilità della domanda ex art. 5 d.lgs. n. 28/2010, da intendersi positivamente assolta con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro davanti al mediatore; 2) il rigetto dell'eccezione di nullità della fideiussione omnibus prestata da parte appellante, in quanto promossa per la prima volta in sede di comparsa conclusionale senza che alcuna deduzione in fatto, a supporto di detta eccezione, sia stata da essa tempestivamente formulata; 3-4) l'esclusione che la scrittura privata transattiva conclusa dall'altro garante con la banca avesse ad oggetto l'intera obbligazione solidale, con conseguente riduzione del quantum del decreto opposto del solo importo di €25.000 già versato in favore della banca; 5) l'omessa sussistenza della violazione della normativa, pur avendo accertato che nel contratto di mutuo sia stato indicato un TAEG/ISC errato, dovendo peraltro l'eccezione ritenersi inammissibile per non essere stata tempestivamente sollevata con l'atto di opposizione; 6) l'omesso rilievo d'ufficio dell'invalidità del contratto di mutuo a causa della omessa indicazione del regime di ammortamento degli interessi, vertendo l'eccezione su una contestazione non sollevata in primo grado di giudizio, ma solo con l'atto di appello; 7) l'insussistenza dell'usura degli interessi moratori, considerata la pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. civ., sent. n. 19597/2020), a cui ha aderito il CTU, riguardo al tasso soglia specifico per gli interessi moratori, che prevede il calcolo di un tasso soglia moratorio ottenuto con l'aumento del TEGM di uno spread pari al 2,1%; 8) l'omesso rilievo della manipolazione del tasso Euribor, considerata la tardività della formulazione dell'eccezione, avvenuta con la seconda memoria istruttoria, con conseguente inammissibilità dell'eccezione, avendo la difesa della banca dichiarato di non accettare il contraddittorio su domande/elementi/deduzioni nuovi.

A seguito di ordinanza del 4.07.2023, precisate le conclusioni con note di trattazione scritta come in epigrafe, la Corte ha trattenuto la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è fondato ed è meritevole di accoglimento.

Con il primo motivo di gravame la difesa appellante critica la sentenza impugnata nella parte in cui, in violazione dell'art. 5, co. 1 bis, d.lgs. n. 28/2010 in merito alla parte onerata promuovere la procedura di mediazione, ha reputato che la condizione di procedibilità sia stata assolta con il deposito del verbale di mancato accordo tra le parti e che, in ogni caso, la giurisprudenza di legittimità (Cass. sent. 3.12.2015 n. 24629) individua a carico dell'opponente e non dell'opposto l'onere di esperire il tentativo di mediazione obbligatoria.

La censura non coglie nel segno.

Osserva la Corte che, pur essendo la domanda riconvenzionale astrattamente idonea a creare un giudizio autonomo, tuttavia nel procedimento di opposizione a d.i. l'opponente, che è legittimato alla sua formulazione stante la posizione sostanziale di convenuto che viene ad assumere, non può tuttavia prescindere dalla proposizione dell'opposizione, che ne costituisce pertanto l'antecedente logico-giuridico: per di più, nel caso di specie è indiscutibile che oggetto di mediazione (il cui onere di attivazione compete a parte opposta in virtù di sentenza delle Sezioni Unite del 18.09.2020 n. 19596 che

ha, in tal senso, composto il contrasto giurisprudenziale) sia stata la sola domanda monitoria, non avendo parte opponente provveduto ad esperire alcuna domanda riconvenzionale, ma solo a sollevare eccezioni a propria difesa, pertanto è del tutto irrilevante il contenuto del thema decidendum sottoposto all'attenzione del mediatore.

Con il secondo motivo, da ritenersi assorbente su tutti gli altri ad esso successivi, la sentenza viene criticata nella parte in cui il primo giudice, nel dichiarare l'inammissibilità dell'eccezione di "nullità della fideiussione per violazione della normativa antitrust", non avrebbe fatto buon governo dell'art. 1421 c.c., travisando il principio per cui la nullità è sempre rilevabile d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento.

La doglianza è fondata e va accolta.

Reputa, in primis, la Corte di poter predicare l'ammissibilità dell'eccezione con cui l'appellante ha chiesto la liberazione dall'obbligazione fideiussoria a suo tempo sottoscritta, previa declaratoria di nullità dell'atto costitutivo in cui siano presenti le clausole 2, 6 e 8 riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole di cui allo schema contrattuale predisposto dall'ABI dichiarate illegittime.

L'eccezione suddetta, pur se tardivamente sollevata nelle memorie conclusive in primo grado, è rilevabile anche ex officio dal giudice, in ogni stato e grado del processo e, nel caso in esame, risulta inoltre anche assicurato il rispetto del contraddittorio poiché parte appellata, considerata anche la natura documentale dell'eccezione de qua, ha avuto la possibilità di difendersi adeguatamente con la comparsa di costituzione in appello, oltre che con gli scritti conclusivi ex art. 190 c.p.c.

In sede di esame dell'eccezione nel merito, nella premessa che con il richiamato provvedimento n. 55/2005 la Banca d'Italia aveva accertato 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", occorre in particolare evidenziare come le verifiche compiute dalla BIT nel corso dell'istruttoria abbiano "mostrato, con riferimento alle clausole esaminate, la sostanziale uniformità dei contratti utilizzati dalle banche rispetto allo schema standard dell'ABI", discendendo tale uniformità "da una consolidata prassi bancaria preesistente rispetto allo schema dell'ABI (non ancora diffuso presso le associate), che potrebbe però essere perpetuata dall'effettiva introduzione di quest'ultimo".

A tal proposito la Corte di Cassazione, dapprima con ordinanza n. 28910/2017 e successivamente con sentenza n. 21878 del 15.06.2019, ha espresso l'autorevole principio secondo cui "il mero dato della coincidenza oggettiva delle condizioni contrattuali pattuite con quelle di cui agli articoli 2), 6) ed 8) del Modulo ABI è condizione necessaria e sufficiente per ritenere che l'invalidità dell'intesa "a monte" tra Istituti di credito, volta a restringere la concorrenza, si estenda in via derivata al contratto di garanzia "a valle", stipulato tra la singola Banca ed il singolo garante, poiché appare evidente che l'intesa "a monte" ... ha quale finalità unica ed esclusiva, quella di imporre in modo generale ed uniforme a tutti i contraenti le pattuizioni convenute tra le Banche, in tal modo ripercuotendosi inevitabilmente, quale effetto naturale, sui singoli contratti di garanzia".

Al fine di valutare la validità ed efficacia delle suddette clausole impugnate, ciò che rileva è quindi la coincidenza delle pattuite condizioni contrattuali con il testo di uno schema contrattuale che possa ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva: l'illiceità derivata dalle intese anticoncorrenziali "a monte" deve essere affermata a patto che il contenuto delle stesse sia effettivamente trasposto nelle singole clausole dei contratti "a valle", non potendo l'accertamento dell'intesa illecita né comportare in via automatica la nullità dei negozi conclusi tra le imprese aderenti al cartello e i singoli soggetti ad esso estranei né, ancor meno, il pregiudizio effettivo sofferto da parte appellante per non aver potuto scegliere liberamente il testo della garanzia sottoscritta.

Pertanto, l'accertata identità tra le clausole ABI e quelle sottoscritte dal consumatore nello specifico contratto di fideiussione comporta senz'altro la nullità di queste ultime per illiceità derivata dagli effetti dell'intesa (in questi termini: Cass. Civ., ord. 12 dicembre 2017, n. 29810; Cass. Civ., 22 maggio 2019, n. 13846; Cass. Civ. 15 giugno 2019, n. 21878; Cass. Civ. 26 settembre 2019, n. 24044).

Applicando i suesposti principi al caso specifico, emergendo dall'esame del contratto costitutivo di fideiussione la chiara presenza delle tre clausole del tutto sovrapponibili a quelle dello schema ABI come sopra trascritte ed essendo la stipula della garanzia fideiussoria avvenuta a pochi mesi di distanza dal citato provvedimento della Banca d'Italia, la prova del fatto costitutivo della domanda è assoluta, oltre che dalla produzione da parte della difesa appellante dello schema tipo fideiussione del 2003 redatto dall'ABI, dal Provvedimento Banca d'Italia n. 55/2005 e dal Parere Autorità garante della concorrenza e del mercato, anche dalla perdurante esistenza, all'epoca di sottoscrizione del contratto in discussione, dell'intesa illecita, potendo in tal caso il fideiussore giovare dell'accertamento dell'intesa contenuto in un provvedimento dell'Autorità competente del tutto contingente al periodo dell'indagine a campione svolta nel settembre 2004 e, quindi, idonea ad assurgere a prova privilegiata del contestato utilizzo generalizzato ed uniforme da parte delle banche degli stessi modelli contrattuali contenenti le tre clausole citate: ed infatti, i provvedimenti delle autorità indipendenti di garanzia costituiscono prova privilegiata dei fatti accertati, che possono essere richiamati dalla parte interessata anche in altri giudizi, anche se tale prova opera con riferimento specifico agli accertamenti svolti e relativamente alla loro epoca, proprio come nel caso di specie. Va, tuttavia, considerato, che questa Corte territoriale, in aderenza alla recente giurisprudenza di legittimità, reputa non percorribile la tesi dell'invalidità automatica dell'intero contratto, nel senso che le clausole derivanti dall'intesa anticoncorrenziale non possono ritenersi, a priori, determinanti per il consenso ex art. 1419 c.c. e, dunque, causare a prescindere dalla valutazione degli elementi concreti, l'illiceità dell'intero accordo, tale per cui se il consumatore avesse potuto liberamente valutare le offerte in un mercato ampiamente concorrenziale, non avrebbe sottoscritto un contratto con clausole illecite e, parimenti, la banca non avrebbe mai sottoscritto un contratto senza poter avvalersi delle clausole oggetto dell'intesa restrittiva. La Suprema Corte, chiamata di recente a decidere a Sezioni Unite, ha elaborato il principio per il quale le clausole coincidenti con il contratto tipo sono comunque affette da nullità parziale e non sono idonee ad incidere sulla validità del contratto di fideiussione, in piena coerenza con il principio di conservazione del negozio di cui all'art. 1419 c.c., che esprime il generale favore dell'ordinamento per la conservazione, in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difformi dallo schema legale, con conseguente carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce la singola clausola all'intero contratto, fatta sempre salva una diversa volontà delle parti che sia "desumibile dal contratto o che sia altrimenti comprovata", essendo onere dell'istante "fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla" (cfr. Cass., SS.UU., sent. 30 dicembre 2021 n. 41994). Si evidenzia, al riguardo, che l'accertamento impone la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'ipotesi del mancato inserimento della clausola nulla e, quindi, in funzione dell'interesse in concreto perseguito: in questa prospettiva, la nullità si estende all'intero contratto solo qualora l'interessato dimostri che la clausola invalida non abbia una propria autonomia, né che persegua un risultato distinto, ma si dimostri inscindibile con il resto dell'accordo. In altri termini, è necessario dare atto che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella determinata pattuizione incisa da nullità (Cass. 5 febbraio 2016, n. 2314).

Considerato che la serialità della riproduzione dello schema ABI nei contratti di fideiussione 'a valle' connota negativamente la condotta degli istituti di credito, inficiando la libera scelta dei clienti che, pur di accedere al credito, sono costretti alla sottoscrizione di clausole che certamente non costituiscono il frutto di una loro libera scelta, la Suprema Corte ha reputato di assicurare il giusto equilibrio, nel sistema d'impresa, tra le posizioni delle contrapposte parti negoziali, ugualmente da tutelare, impedendo l'alterazione del libero gioco della concorrenza a discapito di una di esse, in genere la parte più debole del rapporto. Ed infatti, nel caso in esame, non può sottacersi come la sottoscrizione del contratto di

Sentenza, Corte di Appello di Ancona, Pres. Gianfelice - Rel. Damiani, n. 1599 del 06.11.2023

fideiussione sia avvenuto a distanza di pochi mesi dal menzionato Provvedimento della Banca d'Italia, denotando la consapevolezza in capo alla banca appellata, quale associata ABI, della necessità di epurare le clausole sanzionate a causa della loro invalidità, senza tuttavia che essa vi abbia provveduto al momento della sottoscrizione dell'appellante fideiussore, probabilmente per averle valutate come irrinunciabili nell'ambito della propria economia negoziale, tanto da concedere credito alla società garantita facendo affidamento sull'operatività delle clausole de quibus e sulla circostanza che, in caso di inadempimento della società debitrice principale (come in effetti verificatosi), avrebbe potuto "scaricare sui garanti in modo totale i rischi del finanziamento", come da convincenti e, pertanto condivisibili argomentazioni della difesa di parte appellante (cfr. pag. 35 atto di appello).

Alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte dichiara la nullità del contratto di fideiussione omnibus sottoscritto dal fideiussore odierno appellante e riforma la sentenza impugnata nella parte in cui l'ha condannato al pagamento, in favore della banca appellata, della somma di € 151.315,81 oltre interessi; la Corte dichiara, altresì, estinta l'obbligazione del fideiussore derivante dall'atto costitutivo sottoscritto con la banca appellata in data 18.12.2005.

L'accoglimento del preliminare motivo d'appello determina l'assorbimento degli altri motivi successivamente proposti.

In considerazione degli annosi contrasti giurisprudenziali relativi alla nullità delle fideiussioni stipulate in conformità allo schema di contratto predisposto dall'ABI nel 2003, solo recentemente composti dalla sentenza n. 41994/2021 delle Sezioni Unite, sussistono i presupposti previsti dall'art. 92, co. 2, c.p.c. per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

La Corte, ogni diversa domanda, istanza, deduzione ed eccezione disattesa, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da FIDEIUSSORE avverso la sentenza n.593/2020 in data 27.04/11.05.2020 del Tribunale di Ancona, così provvede:

- In totale accoglimento dell'appello proposto, riforma la sentenza impugnata nella parte in cui condanna parte appellante al pagamento in favore di parte appellata della somma di € 151.315,81 oltre interessi, dichiarando estinta l'obbligazione del fideiussore;
- Compensa integralmente tra le parti le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio tenutasi da remoto in data 25.10.2023.

Il Presidente
Dott.ssa Annalisa Gianfelice

Il Giudice Ausiliario Est.
dott.ssa Paola Damiani