

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE ORDINARIO DI FORLÌ  
SECONDA SOTTOSEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott.ssa Giorgia Sartoni ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. OMISSIS promossa da:

**SOCIETÀ E GARANTI**

**OPPONENTI**

contro

**BANCA**

**OPPOSTO**

**CESSIONARIA**

**TERZO CHIAMATO**

**CONCLUSIONI**

Le parti hanno concluso all'udienza del giorno 27 novembre 2019 ed in particolare come da rispettivi fogli di precisazione delle conclusioni depositati telematicamente da parte opponente in data 13.11.2019 e da parte Fondo di Garanzia in udienza.

**CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA  
DECISIONE**

Con atto di citazione tempestivamente notificato, GARANTI e SOCIETÀ proponevano opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. OMISSIS, con il quale il Tribunale di Forlì, su ricorso di BANCA, ingiungeva il pagamento del saldo debitorio del contratto di finanziamento sotto forma di mutuo fondiario ex art. 38 T.U.B. stipulato tra la banca e la società in data 8.07.2008 a ministero del notaio, dott. OMISSIS, per la somma complessiva di euro 610.592,96, oltre interessi e spese del procedimento monitorio, e con riferimento ai garanti anche in forza del contratto di fideiussione specifica a prima richiesta rilasciata in data 16.04.2008 da GARANTE e del contratto di fideiussione omnibus limitata a prima richiesta rilasciata in data 21.09.2010 da FIDEIUSSORI.

Parte opponente, in sintesi, deduceva

- a) che, innanzitutto a differenza degli altri garanti, la fideiussione è stata rilasciata da GARANTE per l'importo massimo pari ad euro 600.000,00, con conseguente necessità di revoca del decreto ingiuntivo che l'ha condannata a pagare in solido con gli altri ingiunti l'intero importo di euro 610.592,96;
- b) che l'operazione di finanziamento concessa dalla banca in realtà costituiva un contratto di mutuo condizionato e non essendo intervenuta la *traditio rei* ovvero l'avveramento della condizione in quanto la somma mutuata è stata solo formalmente erogata e contestualmente posta in deposito cauzionale, ne consegue il legittimo rifiuto dei mutuatari di restituire le somme ex art. 1460 c.c.;
- c) che la banca ha violato la normativa antiusura, offrendo in comunicazione perizia econometrica di parte e lamentando in particolare l'usurarietà del tasso moratorio

*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

originariamente pattuito in contratto, chiedendo la declaratoria di nullità della clausola, con conseguente gratuità del mutuo ai sensi dell'art. 1815, comma 2, c.c. e per l'effetto la condanna della banca alla restituzione della somme indebitamente percepite ovvero la compensazione delle stesse con il solo capitale residuo da restituire;

d) che, per le predette ragioni non essendo imputabile l'inadempimento, invalida è stata la comunicazione al cliente e ai fideiussori di risoluzione del contratto di mutuo;

e) che la banca era di conseguenza tenuta al risarcimento dei danni per illegittima segnalazione della società opponente in Centrale dei Rischi;

f) infine, sempre con riferimento alla fideiussione specifica prestata da GARANTE, la nullità della stessa per indeterminatezza dell'oggetto essendo stata stipulata a garanzia di un mutuo a propria volta stipulato solo tre mesi dopo.

Per tutte queste ragioni, preliminarmente parte opponente si opponeva all'eventuale richiesta di concessione della provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo opposto e, nel merito, insisteva per l'accoglimento delle proprie domande con conseguente revoca del decreto ingiuntivo; con vittoria di spese.

Con comparsa di costituzione e risposta, si costituiva Banca in LCA, che contestava e respingeva il contenuto dell'atto di citazione avverso per le ragioni ivi meglio descritte, e preliminarmente deduceva che il predetto credito è stato ceduto a CESSIONARIA – quale procuratore con rappresentanza del Fondo di Garanzia.

Con ordinanza del 8.06.2016, a scioglimento della riserva assunta, il giudice ritenuto necessario integrare il contraddittorio con il Fondo di Garanzia ne disponeva la chiamata in causa a cura di parte opponente ed assegnava termine a parte opponente per l'instaurazione del procedimento di mediazione obbligatoria ai sensi del d. lgs. 28/2010, anche nei confronti del terzo chiamato.

Con comparsa di costituzione e risposta, di CESSIONARIA, che in via preliminare sosteneva l'inammissibilità della domanda nei confronti del Fondo di Garanzia, in difetto di legittimazione passiva per aver quest'ultimo acquistato le passività della banca posta in liquidazione coatta amministrativa nei limiti di cui all'art. 90, comma 2, T.U.B. e del contratto di cessione, nonché deduceva la tardività della notifica dell'opposizione nei propri confronti con conseguente passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo.

Nel merito, il Fondo di Garanzia deduceva l'infondatezza della domanda attorea, affermando la natura di contratto di garanzia a prima richiesta dei due contratti di fideiussione ed, in particolare, con riferimento a GARANTE, per un verso, rilevava che la fideiussione era stata rilasciata per un'operazione specifica ma futura e, per altro verso, che il decreto ingiuntivo è stato richiesto e concesso nei limiti della garanzia prestata; affermava l'avvenuta consegna della somma mutuata al mutuatario e la legittimità della disposta risoluzione contrattuale, comunicata dopo tre anni dalla cessazione dei pagamenti e a seguito di una trentina di rate scadute rimaste insolute; deduceva di aver correttamente applicato la normativa antiusura.

Pertanto, preliminarmente, parte opposta domandava la concessione di provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo opposto e, nel merito, il rigetto dell'opposizione avversaria in quanto inammissibile ed infondata in fatto ed in diritto, nonché la condanna degli oppositori a pagare in solido tra loro e nei limiti della garanzia prestata il saldo debitorio del contratto di mutuo fondiario anzidetto al Fondo di Garanzia; con vittoria di spese.

Con ordinanza del 7.12.2016, a scioglimento della riserva assunta, il giudice concedeva provvisoria esecuzione al decreto ingiuntivo e concedeva alle parti i termini di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c..

*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

Con ordinanza del 28.09.2017, il giudice, ritenuta la causa matura per la decisione, fissava udienza di precisazione delle conclusioni al giorno 23.05.2018 e a tale udienza le parti precisavano le conclusioni e il giudice, trattenendo la causa in decisione, concedeva i termini di cui all'art. 190 c.p.c. alle parti, che provvedevano poi a depositare.

Con decreto del 4.10.2018, il giudice rimetteva la causa sul ruolo, al fine di accertare l'eventuale superamento del relativo tasso soglia usura in relazione alla pattuizione degli interessi di mora e ammetteva consulenza tecnica d'ufficio, nominando CTU dott. Gardelli Alessandro.

Come da decreto del Presidente del Tribunale di Forlì n. 5 del 21.03.2019, la causa veniva assegnata alla scrivente, la quale prendeva servizio a far data dal 5.04.2019.

All'udienza del 29.05.2019, i procuratori delle parti chiedevano congiuntamente fissarsi udienza di precisazione delle conclusioni e il giudice fissava udienza per il giorno 27.11.2019.

All'udienza del 27.11.2019, le parti precisavano le rispettive conclusioni e il giudice tratteneva la causa in decisione assegnando i termini di cui all'art. 190 c.p.c., per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, che venivano depositate dalle parti.

\*\*\*

L'opposizione proposta avverso il decreto ingiuntivo n. OMISSIS è fondata limitatamente alla doglianza relativa all'importo massimo garantito dal solo fideiussore, mentre per il resto è infondata per le ragioni di seguito esposte che, al fine di una più chiara esposizione, è opportuno trattate in distinte sezioni di motivazione, in base alle varie doglianze formulate dalle parti.

In merito alle doglianze relative alla natura di mutuo condizionato. La consegna della somma mutuata e il relativo perfezionamento del contratto di mutuo fondiario Innanzitutto occorre, precisare che la somma di euro 610.592,96, oggetto di ingiunzione in sede monitoria, deriva dal saldo debitorio del contratto di mutuo fondiario ex art. 38 T.U.B. stipulato tra la banca e la società in data 8.07.2008 a ministero del notaio, dott. OMISSIS.

In atti vi è la prova della debenza del credito vantato, avendo la banca assolto al proprio onere della prova di attrice sostanziale con riferimento alla propria domanda creditoria.

In particolare, infatti, per quanto riguarda il suddetto finanziamento fondiario, già in fase monitoria, la stessa ne ha fornito la copia del regolamento contrattuale, completa anche delle condizioni economiche e del piano di ammortamento firmata dal cliente (cfr. doc. n. 1 parte opposta). Tale rapporto di finanziamento è stato stipulato in data 8.07.2008 con la partecipazione di un procuratore speciale della banca mutuante e di FIDEIUSSORE in qualità di soci unici, amministratori e legali rappresentanti della mutuataria SOCIETÀ e si è di fatto concluso in data 14.11.2014, alla luce della revoca del relativo rapporto comunicata con raccomandata A/R dalla banca al cliente e ai fideiussori (cfr. doc. nn. 4 e 5 parte opposta).

Sempre con riferimento al contratto di mutuo fondiario si osserva che il regolamento contrattuale in oggetto riporta in calce la sottoscrizione dei tre rappresentanti legali della società debitrice principale e che tali firme non sono mai state disconosciute dalla parte nel presente giudizio.

A tal proposito, si ricorda con specifico riferimento all'onere probatorio in relazione al contratto di mutuo, che come noto "in caso di stipulazione del contratto di mutuo fondiario ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. n. 7 del 1976, l'onere della prova dell'erogazione della somma data a mutuo è assolto dall'istituto di credito mutuante mediante la produzione in giudizio dell'atto

*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

pubblico notarile di erogazione e quietanza, spettando, in tal caso, al debitore che si opponga all'azione esecutiva del creditore dare la prova della restituzione della somma mutuata e degli accessori ovvero di altre cause estintive dell'obbligazione restitutoria” (cfr. di recente anche Cass. n. 10507 del 15.04.2019).

Più in generale, la giurisprudenza di legittimità è ormai pacifica nel ritenere, con particolare riguardo alla natura di titolo esecutivo del contratto di mutuo fondiario, che *“al fine di verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo ai sensi dell’art. 474 c.p.c., occorre verificare, attraverso l’interpretazione di esso integrata con quanto previsto nell’atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo e di erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge”* (cfr. Cass. n. 17194/2015).

Nel caso di specie, dall’esame degli atti, tutto ciò è senza dubbio integrato, non essendo condivisibile la ricostruzione di parte opponente dell’operazione di finanziamento posta in essere tra cliente e banca in termini di mutuo condizionato e dunque carente sotto il profilo dell’effettiva consegna della somma mutuata. Parte opponente, infatti, lamenta la mancata immediata acquisizione della parte mutuataria della disponibilità della somma erogata, essendo la dazione di denaro subordinata al verificarsi di alcune condizioni e adempimenti posti a carico della mutuataria o meglio stante la contestuale ed espressa costituzione della somma in deposito cauzionale, la cui previsione di svincolo è sottoposta a determinate condizioni indicate in contratto.

Tale doglianza, peraltro formulata in maniera alquanto generica, non è fondata, in quanto testualmente smentita da quanto sottoscritto dalla stessa mutuataria nell’ambito del contratto di mutuo fondiario.

In particolare, si rileva che all’art. 1, comma 4, del regolamento contrattuale comma 4 *“la parte finanziata dichiara di aver ricevuto dalla Banca la predetta somma rilasciandone ampia quietanza con il presente atto”* (cfr. doc. n. 1 parte opposta pag. 4).

L’operazione qui descritta e posta in essere prova l’avvenuto perfezionamento del contratto di mutuo fondiario, rappresentato dalla consegna del denaro al mutuatario con conseguente acquisto da parte di quest’ultimo della proprietà, costituendo valida e piena prova dell’avvenuta traditio la quietanza di ricevimento della somma risultante dall’atto notarile.

Quanto poi all’ulteriore doglianza in merito alla contestuale costituzione in deposito cauzionale della somma, ci si limita a ricordare, altresì, che la giurisprudenza è solida nell’affermare che *“ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo, avente natura reale ed efficacia obbligatoria, l’uscita del denaro dal patrimonio dell’istituto di credito mutuante, e l’acquisizione dello stesso al patrimonio del mutuatario, costituisce effettiva erogazione dei fondi, anche se parte delle somme sia versata dalla banca su un deposito cauzionale infruttifero, destinato ad essere svincolato in conseguenza dell’adempimento degli obblighi e delle condizioni contrattuali”* (cfr. Cass. n. 25632 del 27.10.2017).

Sempre dal regolamento contrattuale, inoltre, emerge che a seguito della valida traditio della somma di euro 600.000,00 *“la Banca e la parte finanziata danno atto della riconsegna da parte di quest’ultima della somma mutuata, costituendola in deposito cauzionale infruttifero presso la Banca a garanzia dell’adempimento di tutti gli obblighi posti a carico ella medesima parte finanziata dal presente contratto e dai relativi allegati (...)”* (cfr. doc. n. 1 parte opposta pag. 5, art. 2 contratto).



*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

Ciò rappresenta, senza dubbio, un autonomo atto di disposizione del bene ad opera del mutuatario divenuto, quindi, a tutti gli effetti proprietario della somma e, dunque, tale disposizione patrimoniale è proprio un ulteriore indice dell'intervenuto passaggio di proprietà della somma mutuata.

Tutto ciò premesso, non vi è dubbio circa il corretto perfezionamento del contratto reale di mutuo fondiario stipulato tra le parti ed oggetto del presente giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, con conseguente obbligazione in capo al mutuatario di restituire la somma erogata in base al piano di ammortamento contrattualmente pattuito ovvero *“in quindici anni da oggi (8.07.2008), mediante il pagamento senza interruzione e fino a completa estinzione del capitale erogato, di n. 180 rate mensili costanti e posticipate di ammortamento, comprensive di capitale ed interessi”* (cfr. doc. n. 1 parte opposta pag. 6, art. 4 contratto).

In merito alle doglianze formulate con riferimento al contratto di mutuo fondiario in relazione all'usurarietà originaria del tasso di interesse moratorio.

A tal proposito, parte opponente formula la seguente doglianza: *“all'esito del proprio incarico, il perito ha redatto il proprio elaborato peritale (doc. n. 1), ivi determinando nella misura del 6,265% il T.A.E.G., misura da aggiungersi al tasso di mora, ex art. 1815, comma 2, c.c., secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità di cui si dirà infra, e così per un T.A.E.G. complessivo del 9,040% superiore al tasso soglia fissato dalla Banca d'Italia per il periodo di riferimento”* (atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo pag. 7).

Sul punto, stante l'inquadramento giuridico della questione sollevata in merito alla sola usurarietà del tasso di interesse moratorio contrattualmente pattuito, sono necessarie diverse precisazioni, che portano a non poter condividere né la ricostruzione giuridica formulata dalla difesa di parte opponente, né le risultanze a cui è pervenuta la consulenza tecnica d'ufficio nell'ipotesi di calcolo condotta, condividendosi invece la seconda ipotesi di calcolo dalla stessa riportata nella risposta alle osservazioni del consulente tecnico di parte opposta (cfr. pag. 12 consulenza tecnica d'ufficio).

Innanzitutto, come noto, la giurisprudenza della Cassazione è ferma nel ritenere che la disciplina dell'usura concerne anche gli interessi moratori (di recente anche Cass. n. 5598 del 6.03.2017).

Nei finanziamenti con piano di ammortamento prestabilito, infatti, si è posto il problema della rilevanza degli interessi moratori ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, atteso che i decreti trimestrali del Ministero dell'economia che rilevano il TEGM non prendono in considerazione tali interessi. Dal decreto del 25 marzo 2003 essi dichiarano anzi espressamente che i tassi effettivi globali medi non sono comprensivi degli interessi di mora.

Analoga indicazione è fornita dalla Banca d'Italia nelle sue *“Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi”*. Nella propria comunicazione del 3 luglio 2013 la Banca d'Italia ha precisato che l'esclusione degli interessi di mora dal calcolo del TEG evita di considerare nella media operazioni e rapporti con andamento anomalo: infatti gli interessi moratori sono più alti e compensano la banca del mancato adempimento; quindi se inclusi nel TEGM determinerebbero un eccessivo innalzamento delle soglie in danno della clientela in generale; viene aggiunto che questa impostazione è coerente con la disciplina comunitaria del credito al consumo che esclude dal calcolo del tasso globale gli interessi di mora.

Posto che occorre verificare l'usurarietà anche degli interessi di mora, come pattuiti originariamente nel contratto, questo giudice aderisce all'orientamento, peraltro allo stato prevalente nella giurisprudenza di merito, per il quale, pur dovendosi tenere conto del tasso di mora ai fini della verifica del superamento della soglia di usura, in assenza di una previsione

*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

specificata legislativa, il calcolo deve essere effettuato con i criteri dettati dai decreti ministeriali, con la maggiorazione pari a 2,1 punti percentuali rispetto al tasso soglia, conformemente a quanto chiarito dalla Banca d'Italia con la nota di chiarimento in materia di applicazione della legge antiusura del 3 luglio 2013.

Deve evincersi che gli interessi di mora non debbano essere calcolati nel computo del TEG, in quanto non dovuti al momento dell'erogazione del credito, ma solo in seguito ed a fronte di un inadempimento e che siano legittimi qualora pattuiti in modo non superiore al tasso soglia usura maggiorato di 2,1 punti percentuali. Se il tasso di mora stabilito contrattualmente non supera il risultato ottenuto da questa sommatoria, il tasso di mora è da ritenersi legittimo.

Ciò è in linea con il dato per cui è inevitabile che gli interessi di mora debbano essere sottoposti ad un tasso soglia diverso, e più alto, rispetto agli interessi corrispettivi. I primi non sono dovuti fin dall'inizio dell'esecuzione del contratto, ma solo a fronte del mancato tempestivo adempimento, perciò è coerente il fatto che non vengano inclusi nella rilevazione del TEGM.

Tuttavia, in assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, è ragionevole applicare il criterio dettato dalla Banca d'Italia che è il risultato di una precisa rilevazione statistica effettuata dalla stessa sulla media dei tassi di mora previsti nei contratti (conformi, ex plurimis, Tribunale di Lanciano, n. 127, del 16.03.2016 e Tribunale Bergamo del 27.07.2017, nonché di recente in tal senso anche Cass. n. 26286 del 17.10.2019).

Tale criterio appare ragionevole anche in relazione al generale principio di eguaglianza sostanziale costituzionalmente garantito che impone di trattare situazioni differenti in modo differente, non ritenendosi pertanto corretta l'applicazione dello stesso tasso soglia per situazioni diverse ovvero interessi aventi differenti natura e funzione.

Si precisa, altresì, come l'applicazione dello stesso tasso soglia usura sarebbe irragionevole in relazione al principio di simmetria e di raffronto fra entità omogenee. Tale principio è stato peraltro ribadito e valorizzato anche dalla recentissima sentenza a Sezioni Unite n. 16303/2018 in tema di rilevazione usuraria della commissione di massimo scoperto. Infatti, valorizzando le modalità previste della circolare della Banca d'Italia 2.12.2005 e stabilendo che detta commissione deve essere oggetto di rilevazione separata rispetto al TEG, la Cassazione ha rilevato un distinto tasso soglia usura CMS.

In aggiunta, si ricorda come, in ogni caso, deve escludersi che il rispetto del tasso soglia vada verificato sommando gli interessi moratori a quelli corrispettivi.

Tale principio di fatto è stato confermato anche dalla nota pronuncia della Suprema Corte n. 350/2013. I giudici di legittimità si sono limitati a ribadire il principio secondo cui - ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c. e dell'art. 644 c.p. - si considerano usurari gli interessi che superano il limite stabilito nella legge al momento in cui sono promessi o comunque convenuti a qualunque titolo, e quindi anche a titolo di interessi moratori.

Tuttavia, a tale affermazione non consegue affatto che gli interessi corrispettivi e quelli moratori vadano cumulati mediante la sommatoria dei tassi corrispondenti. Infatti, l'interesse moratorio è un accessorio del credito che viene ad esistenza solo ipoteticamente, laddove il mutuatario si renda inadempiente, onde sarebbe erroneo applicarlo all'intero capitale da restituire. Tale interesse incide, piuttosto, sulle singole rate di ammortamento che non siano corrisposte o siano tardivamente corrisposte.

*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

Pertanto, una eventuale verifica del superamento del tasso soglia va effettuata parallelamente e separatamente con riferimento ai due tassi, che assolvono a due funzioni diverse.

A tal proposito, pur nella consapevolezza della recente pronuncia della Cassazione n. 27442/2018 si ritiene di non poter condividere totalmente quando ivi affermato stante, per le ragioni sopra esposte. Si precisa inoltre come tale recente pronuncia, dopo aver fissato in conseguenza di quanto in premessa il principio cui avrebbe dovuto attenersi il giudice di rinvio ("è nullo il patto col quale si convengano interessi convenzionali moratori che, alla data della stipula, eccedano il tasso soglia di cui all'art. 2 della I. 7.3.1996 n. 108, relativo al tipo di operazione cui accede il patto di interessi moratori convenzionali") affronta gli altri profili in forma di meri *obiter dicta*, con il dichiarato "fine di prevenire ulteriore contenzioso", nonché per mere ragioni di correlata "opportunità".

In ultima analisi, si precisa che quanto appena dedotto resta valido ovviamente in attesa di una eventuale pronuncia in senso difforme ad opera delle Sezioni Unite di Cassazione a seguito della recente ordinanza interlocutoria n. 26946 del 22.10.2019, con cui la Prima Sezione Civile è tornata sull'argomento dell'applicabilità o meno della normativa antiusura agli interessi moratori e della conseguente rilevanza dell'avvenuto superamento del tasso soglia, dando conto dell'attuale contrasto e rimettendo gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Tutto ciò premesso ne deriva che il tasso interesse di mora originariamente pattuito all'art. 5 nel contratto di mutuo fondiario del 8.07.2008 ovvero "nella misura del tasso contrattuale corrente, come sopra determinato, aumentato di 3 punti" (cfr. doc. n. 1 parte opposta), dove il tasso contrattuale è stato fissato al momento della stipulazione al 6,04%, sia pienamente legittimo, né abbia determinato l'appropriazione di somme a titolo di indebitato da parte della banca.

In particolare, il tasso di mora ivi pattuito è pari al 9,04% (6,04% + 3%), mentre, alla luce di quanto sopra esposto, il tasso soglia risulta pari all'11,04% (tasso soglia determinato con provvedimento della Banca d'Italia applicabile al terzo trimestre del 2008 per la categoria di operazioni mutui con garanzia reale a tasso variabile (8,94% + 2,1%).

Non si ha, dunque, usurarietà del tasso moratorio pattuito (cfr. consulenza tecnica d'ufficio pag. 12).

In merito alla qualificazione del rapporto contrattuale che lega le odierne parti opponenti alla banca. Fideiussione con clausola a prima richiesta

Innanzitutto, appare opportuno procedere alla corretta qualificazione del rapporto contrattuale che lega le attuali parti opponenti GARANTI alla banca, azionato nel presente giudizio, anche al fine di valutare la legittimazione dei garanti a rispondere dell'inadempimento del debitore principale e i limiti entro cui operano le garanzie prestate. Come noto, infatti, è pacifico in giurisprudenza il principio in base al quale *"l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento a prima richiesta e senza eccezioni vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale"* (cfr. già Cass. S.U. n. 3947 del 18.02.2010 nello stesso senso Cass. n. 22233 del 20.10.2014).

Il contratto autonomo di garanzia si caratterizza rispetto alla fideiussione codicisticamente prevista per l'assenza dell'accessorietà della garanzia, derivante dall'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga all'art. 1945 c.c. (Cass. n. 16213 del 31.07.2015). Nel contratto autonomo di garanzia il

*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

garante si impegna verso il creditore ad effettuare nei suoi confronti una data prestazione nel caso in cui il debitore principale non adempia la propria, contestualmente rinunciando in via preventiva a sollevare eccezioni relative al rapporto principale.

A tal proposito, inoltre, stante l'atipicità che caratterizza nella prassi la materia delle garanzie personali con inserzione di clausole che rafforzano la pretesa creditoria del beneficiario, occorre precisare comunque che l'inserzione della clausola di pagamento a prima richiesta non può essere indice di per sé stessa della volontà delle parti e dell'esatta estensione che le stesse hanno dato al contratto. In ciò, infatti, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che "per distinguere il contratto autonomo di garanzia da un contratto di fideiussione, nello stipulare il quale siano state utilizzate le espressioni a prima richiesta e ogni eccezione rimossa, risulta fondamentale la relazione in cui le parti abbiano inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia, potendosi considerare, ai fini della qualificazione della garanzia, anche il contenuto dell'accordo tra il debitore principale e il garante" (cfr. Cass. n. 23900 del 6.11.2006). Occorre, pertanto, prioritariamente effettuare un'interpretazione del contratto alla luce del tenore letterale di tutte le clausole in esso contenute per ricostruire la volontà effettiva delle parti.

In particolare, si osserva che la fideiussione con sola clausola a prima richiesta e senza eccezioni può essere inquadrata nella figura contrattuale atipica della fideiussione con clausola solve et repete nell'ambito della quale la proposizione delle eccezioni da parte del fideiussore non è esclusa, bensì differita al momento in cui quest'ultimo avrà effettivamente eseguito il pagamento in forza della garanzia prestata, essendo la causa in concreto del contratto pur sempre quella di garantire l'obbligazione del debitore principale, ma rafforzando la garanzia del creditore, maggiormente protetto contro il rischio di eccezioni dilatorie. Tutto ciò è senza dubbio legittimo e valido nella misura in cui la giurisprudenza, peraltro, interpreta la disposizione di cui all'art. 1945 c.c. non già come posta a tutela di un interesse pubblico, bensì di un interesse di natura privata, quindi, derogabile per volontà delle parti.

Pertanto, la presenza della predetta clausola non snatura il contratto fideiussorio, ma comporta la possibilità per il garante di agire in ripetizione nei confronti del beneficiario – facendo valere tutti i diritti spettanti al debitore in base al rapporto principale – soltanto dopo aver provveduto al pagamento. In conclusione, dunque, la clausola a prima richiesta non fa venir meno il rapporto sussidiario tra fideiussione e obbligazione principale, ma determina un'astrazione processuale della causa, risolvendosi in una previsione di solve et repete, considerata legittima manifestazione dell'autonomia contrattuale e, come tale, pienamente valida ed efficace.

In relazione alla ragione più liquida e alla luce dell'interpretazione complessiva del regolamento contrattuale, nonché dei rapporti tra la banca, il debitore principale e i fideiussori, è necessario evidenziare che la garanzia prestata dai garanti, nel caso di specie, rientra nell'ambito della categoria delle fideiussioni con clausola a prima richiesta, che pur non privando del carattere dell'accessorietà la garanzia prestata, antepone l'effettivo pagamento del garante alla proposizione delle eccezioni, salva in ogni caso la possibilità di esperire l'exceptio doli. Nel caso di specie, come emerge dagli atti, in primo luogo, i tre FIDEIUSSORI si sono costituiti personalmente garanti della società debitrice principale con "lettera di fideiussione a garanzia di qualunque operazione (fideiussione omnibus) con limitazione d'importo" recante data certa del 21.09.2010 (cfr. doc. n. 3 parte opposta).

La fideiussione in oggetto, infatti, è stata stipulata dai singoli soci, a garanzia dell'adempimento della SOCIETÀ presenta l'espressa previsione di garanzia "a semplice richiesta scritta", come contenuta all'art. 5 del relativo regolamento contrattuale.



*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

Inoltre, agli artt. 1 e 5 le parti hanno previsto sostanzialmente la deroga agli artt. 1957 e 1941 c.c., avendo il garante rinunciato ad eccepire la validità dell'obbligazione principale, e ciò, anche alla luce dei rapporti in essere tra le parti, induce a qualificare la garanzia prestata dagli opposenti come fideiussione con clausola a prima richiesta ovvero solve et repete.

In particolare, si evidenzia che con la suddetta garanzia i singoli fideiussori si sono obbligati per un importo massimo garantito pari ad euro 2.500.000,00, e, dunque, la somma oggetto di ingiunzione nei loro confronti è certamente ricompresa nel tetto massimo garantito.

Tale circostanza e la sussistenza di una tale pattuizione contrattuale non è mai stata specificamente contestata dagli opposenti ai sensi dell'art. 115 c.p.c.; inoltre, la suddetta fideiussione, regolarmente pattuita per iscritto e sottoscritta da tutti i garanti, non è, peraltro, mai stata disconosciuta nel corso del presente giudizio. In secondo luogo, poi, anche GARANTE si è costituita personalmente garante della SOCIETÀ con lettera di fideiussione specifica con data certa del 16.04.2008, che parimenti presenta l'espressa previsione di garanzia "a semplice richiesta scritta", come contenuta all'art. 5 del relativo regolamento contrattuale (cfr. doc. n. 2 parte opposta).

Sul punto non si condivide la doglianza formulata da parte opponente in merito alla discrepanza temporale tra la garanzia specifica prestata da GARANTE e la stipulazione del negozio principale garantito, in quanto all'atto della sottoscrizione della lettera di fideiussione, il fideiussore era senz'altro consapevole in merito all'atto patrimoniale posto in essere, che riporta testualmente l'indicazione sia nel tipo di operazione garantita nonché il relativo importo, sia la società garantita ovvero puntualmente recita importo "in relazione a mutuo ipotecario fondiario valido fino a scadenza 180 M da voi stessi concessa o che vi siete dichiarati disposti a concedere a SOCIETÀ per l'importo di euro 600.000,00".

L'assunzione dell'obbligazione di garantire (anche pro futuro ovvero in quanto "vi siete dichiarati disposti a") una specifica operazione di finanziamento di mutuo fondiario della durata di 18 mesi e per l'importo di euro 600.000,00 è dunque già adeguatamente determinata nel contratto di fideiussione concluso in data 16.04.2008, in relazione ad una futura erogazione di credito da parte della banca a SOCIETÀ, come poi in effettivamente avvenuto con successivo contratto di mutuo fondiario del 8.07.2008. Invece, certamente fondata è l'ulteriore doglianza formulata dall'opponente GARANTE in relazione al superamento in sede monitoria del tetto massimo dalla stessa garantito in forza della fideiussione, alla luce del dato testuale di cui al decreto ingiuntivo n. OMISSIS datato 30.06.2015 ed emesso in data 2.07.2015. In particolare, il decreto ingiuntivo erroneamente recita: "(...) *INGIUNGE A SOCIETÀ e GARANTI di pagare, in solido, alla parte ricorrente, per le causali di cui al ricorso, il primo immediatamente alla notifica del presente decreto e gli altri entro quaranta giorni: 1. la somma di € 610.592,96*".

Si evidenzia, peraltro, che la pretesa creditoria azionata dalla banca in sede monitoria a pag. 2 del ricorso per decreto ingiuntivo in forza del predetto contratto di fideiussione risulta contenuta nell'importo massimo garantito e conseguentemente, si rende necessario in questa sede revocare il decreto ingiuntivo, al fine di disporre la condanna di GARANTE, in qualità di garante, al pagamento delle somme in solido con gli altri odierni opposenti, nei limiti dell'obbligazione di garanzia prestata ovvero per euro 600.000,00. In merito alla pretesa nullità fideiussione rilasciata da GARANTE per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990 (normativa antitrust).

Inoltre, parimenti infondata e soprattutto sprovvista di idonea prova è l'eccezione riconvenzionale di nullità della fideiussione per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990 in relazione alla normativa antitrust, formulata da parte opponente

*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

nell'ambito della propria comparsa conclusionale (pag. 18), da considerarsi in ogni caso ammissibile in quanto attinente a profili di nullità del contratto.

A tal proposito, si ricorda, da un lato, che stante la natura di eccezione riconvenzionale di tale doglianza e non già di autonoma domanda riconvenzionale, l'attuale competenza funzionale della Sezione Specializzata in materia di Impresa presso il Tribunale di Milano, ai sensi della l. n. 27/2012 e del d. lgs. n. 3/2017 a pronunciarsi in ordine alle azioni di nullità promosse per la violazione della normativa antitrust di cui alla legge n. 287/1990, non incide sulla competenza funzionale di questo giudice a conoscere dell'opposizione a decreto ingiuntivo ex art. 645 c.p.c..

Dall'altro lato, occorre in questa sede rilevare la totale carenza di prova e ancor prima di specifica allegazione del vizio dedotto.

Sul punto, si osserva infatti che la parte non ha offerto in comunicazione il provvedimento n. 55 del 2.05.2005 della Banca d'Italia, con cui è stato disposto che gli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contrastano con l'art. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287/1990 e che tale documento, integrando un provvedimento amministrativo emanato da un ente pubblico indipendente, è soggetto al tempestivo onere di produzione ad opera delle parti, in ogni caso certamente preclusa al momento del deposito della comparsa conclusionale.

In mancanza della puntuale allegazione di parte in merito al parametro in relazione al quale viene dedotta la nullità della fideiussione – il suddetto provvedimento della Banca d'Italia, infatti, al pari dei decreti ministeriali che stabiliscono, trimestralmente, la soglia antiusura, non è assimilabile alla disciplina propriamente di legge, per cui vige il principio *iura novit curia* - peraltro appare in radice preclusa al giudice la possibilità di rilievo officioso della stessa.

In ogni caso, si rileva l'assoluta genericità dell'eccezione formulata dalla parte, che sostanzialmente si è limitata ad evidenziare la coincidenza delle clausole contrattuali con quelle del modello ABI colpite dalla declaratoria di contrarietà alle norme sulla concorrenza, nonché a richiamare la recente pronuncia della Cassazione (cfr. Cass. n. 29810/2017).

Sul punto, si ricorda che recentemente la giurisprudenza di legittimità ha affermato “con riferimento a contratti di fideiussione in cui siano presenti clausole riprodotte nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, deve ritenersi che, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle Norme Bancarie Uniformi (NBU) trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di intese illecite ex art. 2 della legge n.287/1990, ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 e ss. cod. civ. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ. laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite” (cfr. Cass. n. 24044 del 26.09.2019). Nel caso di specie, con riferimento al contratto di fideiussione stipulato in data 16.04.2008, dunque a distanza temporale rispetto al periodo di sospetto per eccellenza rappresentato dal periodo ante 2005, si osserva che lo stesso contratto di fideiussione, contenendo, da un lato, sì tutte e tre le clausole - di reviviscenza, di sopravvivenza e di rinuncia al termine decadenziale previsto dall'art. 1957 c.c. -, ma non essendo totalmente sovrapponibile al modello ABI, in cui le stesse sono contenute agli artt. 2, 6 e 8 del regolamento contrattuale e, dall'altro, comunque trattandosi di fideiussione specifica – “in relazione a mutuo ipotecario fondiario valido fino a scadenza 180 M da voi stessi concessa o che vi siete dichiarati disposti a concedere (...)”; tale circostanza peraltro non pare contestata nemmeno dalla stessa parte opponente (vedi pag. 8 atto di citazione in

*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*

*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

opposizione) -, non rientra nell'ambito applicativo del ritenuto contrasto con il divieto di intese anticoncorrenziali (fideiussione omnibus). In merito all'intervenuta cessione del credito dalla LCA al Fondo di Garanzia.

A tal proposito, ci si limita ad osservare che a seguito della messa in liquidazione coatta amministrativa di Banca, sussiste la legittimazione passiva nel presente giudizio in capo a CESSIONARIO di tutti i crediti a sofferenza.

Con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 15.07.2015, pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 29.08.2015, infatti, la BANCA veniva posta in liquidazione coatta amministrativa ed in data 17.07.2015 attraverso due distinti atti notarili la banca cedeva in blocco i crediti a sofferenza al Fondo di Garanzia, mentre cedeva in blocco i rapporti giuridici a Banca. Inoltre, in data 31.07.2015 il Fondo di Garanzia ha conferito a CESSIONARIA, quale procuratore con rappresentanza, la gestione e il recupero dei predetti crediti a sofferenza. Inoltre, con riferimento all'eccezione di improponibilità della domanda nei confronti del Fondo di Garanzia, per difetto di legittimazione passiva in relazione alla sua qualità di mero cessionario, si osserva quanto segue.

Dalla lettura del contratto di cessione in blocco al Fondo di Garanzia dell'intero portafoglio dei crediti a sofferenza, ai sensi e per gli effetti dell'art. 90 T.U.B. del 17.07.2015 (cfr. doc. n. 15 parte opposta) in effetti emerge che "(...) il Cessionario acquista le sole passività risultanti dallo stato passivo della Banca redatto dal Commissario Liquidatore e dalle modifiche ad esso apportate in esito all'eventuale accoglimento delle opposizioni tempestivamente proposte ai sensi dell'art. 87 T.U.B., restando escluse dalla cessione le passività rinvenienti dall'eventuale accoglimento di istanze di insinuazione tardiva proposte ai sensi dell'art. 89 T.U.B. (...)", nonché che "(...) Resta altresì inteso che tutti i costi e le spese legali (ivi incluse le spese per notai, custodi, consulenti tecnici), nonché eventuali oneri e danni, inerenti alle attività (anche giudiziali) connesse alla gestione dei Crediti sino alla data della Cessione saranno ad integrale ed esclusivo carico della Cedente (...)".

Ciò porta senza dubbio a ritenere l'improcedibilità delle eventuali domande risarcitorie formulate nei confronti del Fondo di Garanzia, ma non pare confliggere astrattamente con la proposizione di domande volte all'accertamento del credito e, dunque, come nel caso di specie, in relazione all'azione volta all'ottenimento del ricalcolo del saldo debitorio del contratto di mutuo fondiario proposta dal cliente.

Infine, stante il subentro nel presente giudizio del cessionario Fondo di Garanzia, occorre in questa sede, altresì dichiarare l'estromissione dal giudizio della LCA, alla luce della specifica disposizione prevista dall'art. 92, comma 9, T.U.B. per cui i commissari liquidatori sono estromessi dai giudizi relativi ai rapporti oggetto di cessione nei quali sia appunto subentrato il cessionario.

In merito alle spese di lite e costi della CTU

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate, come indicato in dispositivo, nei valori medi per ogni fase, in ragione del valore della controversia in base al criterio del *decisum*.

La condanna alle spese processuali, a norma dell'art. 91 c.p.c., ha il suo fondamento nell'esigenza di evitare una diminuzione patrimoniale alla parte che ha dovuto svolgere un'attività processuale per ottenere il riconoscimento e l'attuazione di un suo diritto e l'essenziale criterio rivelatore della soccombenza è l'aver dato causa al giudizio (cfr. Cass. n. 13498 del 29.05.2018).

Nel caso di specie, non vi è dubbio in merito alla soccombenza di parte opponente in relazione al proprio atto introduttivo, come meglio chiarito in motivazione, e le spese del

*Sentenza, Tribunale di Forlì, Giudice Giorgia Sartoni, n. 309 del 24 aprile 2020*

presente giudizio di opposizione, stante l'intervenuta cessione del credito, vengono liquidate integralmente a favore del cessionario Fondo di Garanzia. Ai fini del criterio della sostanziale soccombenza, appare pressoché ininfluyente l'accoglimento parziale dell'opposizione unicamente limitato all'accertamento e alla condanna nei limiti dell'importo massimo garantito del solo fideiussore GARANTE, con una riduzione dell'importo di condanna di circa euro 10.000,00 a fronte di un debito accertato di oltre euro 600.000,00. Diversamente con riferimento agli altri fideiussori e al debitore principale l'importo oggetto di ingiunzione è stato di fatto confermato anche in sede di giudizio di opposizione.

I costi della consulenza tecnica d'ufficio sono definitivamente posti a carico di parte opponente, parimenti in ragione nel criterio della soccombenza.

### P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

1. ACCOGLIE parzialmente l'opposizione, unicamente in relazione al limite massimo della garanzia prestata da GARANTE.
2. REVOCA il decreto ingiuntivo n. OMISSIS.
3. CONDANNA FIDEIUSSORI e la SOCIETÀ in solido al pagamento a favore di CESSIONARIA della somma di euro 610.592,96, oltre interessi legali con decorrenza dal 14.11.2014 fino alla domanda giudiziale e interessi di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. dalla domanda giudiziale all'effettivo saldo.
4. CONDANNA, altresì, GARANTE in solido con gli altri opposenti al pagamento a favore di CESSIONARIA della somma di euro 600.000,00, oltre interessi legali con decorrenza dal 14.11.2014 fino alla domanda giudiziale e interessi di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. dalla domanda giudiziale all'effettivo saldo.
5. CONDANNA FIDEIUSSORE e la società in solido al pagamento a favore di CESSIONARIA – quale procuratore con rappresentanza del Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo delle spese del procedimento monitorio che si liquidano in euro 4.850,00 per compensi; spese generali pari al quindici per cento della somma che immediatamente precede; spese specifiche pari ad euro 870,00; infine, IVA e CPA sulla parte imponibile come per legge.
6. CONDANNA FIDEIUSSORI e la SOCIETÀ in solido tra loro al pagamento delle spese di lite a favore di CESSIONARIA – quale procuratore con rappresentanza del Fondo di Garanzia; spese di lite che si aggiungono a quelle già liquidate per la fase monitoria e che si liquidano in euro 27.804,00 per compensi; spese generali pari al quindici per cento della somma che precede; infine, IVA e CPA sulla parte imponibile.
7. DISPONE che il costo della consulenza tecnica di ufficio sia posto definitivamente a carico di FIDEIUSSORI e la SOCIETÀ in solido tra loro.

Forlì, 15 aprile 2020

Il Giudice  
dott.ssa Giorgia Sartoni

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