



& Diritto Avanzato

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Magistrato della Corte dei Conti) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Contratto autonomo di garanzia, garante, eccezione di nullità della clausola anatocistica, legittimità

Nel contratto autonomo di garanzia, il garante è legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative. Ne consegue che può essere sollevata nei confronti della banca l'eccezione di nullità della clausola anatocistica atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta.

NDR: in tal senso da Cass. 371/2018

Tribunale di Napoli, sentenza del 19.5.2020

...omissis...

Con un primo motivo d'opposizione, si deduce che il documento di sintesi del conto corrente sia stato firmato solo il 19/11/2012, mentre il contratto col quale fu acceso il c/c risale 25/9/2009, per cui per più di 3 anni non sarebbero state regolamentate le condizioni economiche del rapporto; in realtà, come visto, il contratto del 25/9/2009 conteneva tutte le condizioni economiche del rapporto, e il documento di sintesi del 19/11/2012 andava a stabilire nuove condizioni economiche, sostitutive di quelle precedenti.

Secondo motivo: il contratto di conto corrente non venne sottoscritto dalla banca, per cui sarebbe nullo. Invece, come affermato da Cass. 14243/2018 "i contratti bancari soggetti alla disciplina di cui all'art. 117 del D.Lgs. n. 385 del 1993, così come i contratti di intermediazione finanziaria, non esigono ai fini della valida stipula del contratto la sottoscrizione del documento contrattuale da parte della banca, il cui consenso si può desumere alla stregua di atti o comportamenti alla stessa riconducibili, sicché la conclusione del negozio non deve necessariamente farsi risalire al momento in cui la scrittura privata che lo documenta, recante la sottoscrizione del solo cliente, sia prodotta in giudizio da parte della banca stessa, potendo la certezza della data desumersi da uno dei fatti espressamente previsti dall'art. 2704 c.c. o da altro fatto che il giudice reputi significativo a tale fine, nulla impedendo che il negozio venga validamente ad esistenza prima della produzione in giudizio della relativa scrittura ed indipendentemente da tale evenienza"; nel caso in questione è pacifico che il conto corrente sia stato acceso alla data del contratto, quindi la banca manifestò validamente il proprio consenso.

Terzo motivo: nel rapporto di conto corrente la banca "ha contabilizzato commissioni di massimo scoperto trimestrali invalide per assenza della forma prevista e per le quali non erano convenuti i criteri di determinabilità". Contrariamente a quanto asserito dall'opponente, nel contratto di conto corrente era espressamente indicata l'aliquota della commissione di massimo scoperto da applicarsi per ogni periodo di liquidazione, quindi la forma scritta era rispettata; quanto al criterio di liquidazione, per massimo scoperto, in mancanza di altre specificazioni, deve intendersi la massima esposizione passiva raggiunta dal c/c nel periodo di liquidazione, secondo il calcolo contenuto negli estratti conto; nel documento di sintesi del 19/11/2012 la cms non era più prevista. La cms, inoltre, sarebbe "priva di una specifica "ratio" economico - tecnica", ma proprio Cass. 870/2006, citata dalla stessa parte opponente, ha individuato la causa della cms come "remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma.", - e tale giustificazione causale è compatibile con la modalità di calcolo della cms, in quanto il massimo scoperto raggiunto in un trimestre corrisponde alla somma che sicuramente la banca ha messo a disposizione del correntista in quel periodo; d'altronde, come affermato da Cass. 12965/2016 ha spiegato che "La commissione di massimo scoperto (CMS), applicata fino all'entrata in vigore dell'art. 2 bis del d.l. n. 185 del 2008, introdotto con la legge di conversione n. 2 del 2009, è "in thesi" legittima, almeno fino al termine del periodo transitorio, fissato al 31 dicembre 2009, posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il tasso effettivo globale medio (TEGM) - dal 1997 al dicembre del 2009 - sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia, non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario (essendo ciò avvenuto solo dall'1 gennaio 2010)".

Quarto motivo: è stato illegittimo da parte della banca capitalizzare trimestralmente gli interessi passivi. Questo motivo è fondato: né nel contratto dal 2009 col quale venne acceso il conto corrente, né nel documento di sintesi del 2012, venne specificato il tasso effettivo degli interessi a seguito della capitalizzazione trimestrale, per cui non venne rispettata una prescrizione formale imposta dalla Delib. Cicr 9/2/2000; conseguentemente, dal saldo del rapporto va escluso l'effetto della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi dal 6/10/2009 all'ultima data in cui sono stati calcolati gli interessi richiesti dalla banca, il 31/12/2013. Per inciso, anche se la garanzia rilasciata dal Bi. fosse qualificabile come garanzia autonoma piuttosto

che come fideiussione, comunque egli potrebbe eccepire l'illegittimità della clausola anatocistica, come affermato da Cass. 371/2018: "Nel contratto autonomo di garanzia, il garante è legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative. Ne consegue che può essere sollevata nei confronti della banca l'eccezione di nullità della clausola anatocistica atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta"; per inciso, in base a tale principio il garante autonomo può eccepire qualsiasi nullità derivante dalla violazione del Tub, le cui norme poste a tutela del cliente della banca sono senz'altro imperative.

Quinto motivo: la banca ha applicato giorni valuta diversi dalla data delle operazioni, e ciò sarebbe illegittimo. L'art. 120 Tub pone dei limiti all'applicazione dei giorni valuta, e nell'atto di opposizione non si spiega in cosa la disciplina del contratto per cui è causa violerebbe tali limiti normativi.

Sesto motivo: la banca avrebbe "ingiustificatamente addebitato rimborsi forfettari, spese per singole operazioni, spese generali e fisse, spese di istruttoria fidi e di liquidazione trimestrale non concordate per iscritto", così come "spese di gestione fidi", "di gestione e tenuta conto", ed altre; tale deduzione non può essere presa in considerazione poiché troppo generica: nell'atto di opposizione non si specifica quando e in che misura la banca avrebbe addebitato spese e commissioni non concordate per iscritto, laddove il contratto di conto corrente disciplina analiticamente gli addebiti per spese e commissioni - e tra l'altro, esclude le spese di liquidazione, mentre prevede quelle d'istruttoria. Allo stesso modo non si comprende in che senso tali spese costituirebbero "un espediente per aumentare in modo occulto gli effettivi costi sostenuti dal cliente": le spese previste in contratto, come quelle collegate alle pratiche di affidamento, sono giustificate dall'attività prevista, e non sono vietate dalla normativa applicabile.

Settimo motivo: la banca avrebbe "variato le condizioni ed il tasso d'interesse debitore e tutte le altre voci di costo del credito di trimestre in trimestre in peius (ovvero in senso sfavorevole per la comparente) e ad libitum (ovvero senza legare le modificazioni a parametri determinati o oggettivamente determinabili e verificabili da parte del correntista"; anche questa deduzione non può essere presa in considerazione perché genericamente formulata, senza specificare quando e in che modo la banca avrebbe illegittimamente variato le condizioni contrattuali in corso di rapporto, senza rispettare l'iter previsto dall'art. 118 Tub.

Con un ottavo motivo d'opposizione, si deduce che nel corso del rapporto siano stati applicati a carico della correntista interessi usurari; nemmeno tale deduzione può essere presa in considerazione, in quanto nell'atto di opposizione non si specifica quale sarebbe stato il TEG del rapporto in ipotesi usurario, e quale il tasso soglia che sarebbe stato superato - ossia, non sono stati esposti i dati minimi in base ai quali poter valutare se l'usura vi sia stata o meno.

Con un nono motivo d'opposizione, si deduce infine che la fidejussione omnibus a suo tempo prestata dal Bi. sia nulla, non essendo stato specificato l'importo massimo garantito; ed invece, in detta fidejussione l'importo massimo garantito, pari ad Euro 450.000, è stato indicato, come richiesto dall'art. 1938 c.c. Va precisato che il Bi. ha prestato una fideiussione omnibus, e non una garanzia autonoma, pur essendosi obbligato a pagare "immediatamente ... a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore": infatti, come affermato da Cass. 6177/2020 "Con il contratto autonomo di garanzia il garante si impegna a tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento dell'obbligazione - che può avere ad oggetto anche una prestazione infungibile - gravante sul debitore principale, in ciò differenziandosi rispetto al fideiussore, il quale, garantendo l'adempimento dell'obbligazione altrui, è tenuto ad una prestazione identica a quella dovuta dal debitore principale" - ed in questo caso il fidejussore è tenuto ad una prestazione identica a quella dovuta dal debitore principale; in ogni caso, come già si è detto, la

questione è irrilevante, poiché comunque il Bi. avrebbe potuto sollevare tutte le eccezioni sin qui esaminate.

In comparsa conclusionale, l'opponente deduce che la fidejussione prestata dal Bi. sia nulla perché conforme al modulo Abi, predisposto in violazione della L. 287/1990, così come accertato dalla Banca d'Italia in funzione di Autorità Antitrust. Prima di tutto, la circostanza non è stata tempestivamente dedotta: l'opponente non può introdurre una nuova circostanza di fatto (non sopravvenuta in corso di causa), in questo caso la conformità della fideiussione sulla quale si fonda la domanda nei confronti del Bi. al modulo ABI, solo in comparsa conclusionale. In secondo luogo, la circostanza non è provata, non essendo stata prodotta la pronuncia dell'Autorità Antitrust sul punto, e non potendo dedursi la circostanza dalle sentenze di Cassazione citate in comparsa conclusionale, che possono essere utilizzate solo per i principi di diritto in esse espressi, ma non per provare circostanze di fatto non dimostrate in corso di causa. In terzo luogo, anche a voler ritenere validamente dedotta, nonché provata, la circostanza che la fideiussione omnibus per cui è causa sia conforme al modulo Abi realizzato violando la L. 287/1990, non per questo la fideiussione stessa sarebbe nulla: Cass. 24044/2019 spiega che le clausole frutto di intese illecite, favorevoli alla banca, che non incidono sulla struttura e sulla causa del contratto, ovvero non pregiudichino gli interessi in gioco, non possono che comportare una declaratoria di nullità parziale relativa alle dette clausole e giammai una nullità in toto dell'intero contratto; la tutela della posizione dei garanti è solo in ragione della declaratoria di nullità parziale e del risarcimento del danno.

Accogliendo il quarto motivo d'opposizione, nel corso del presente giudizio è stato nominato un CTU che ha ricalcolato il saldo del rapporto di conto corrente per cui è causa, escludendo gli effetti della capitalizzazione trimestrale degli interessi relativamente a tutto il periodo per il quale essa non è stata esclusa dalla stessa banca, giungendo ad accertare un saldo passivo finale di - Euro 63306,32, in luogo di quello di - Euro 69590,86 risultante dagli estratti conto della banca opposta, con una differenza di Euro 6284,04; in realtà, S.p.A. XX ha escluso dalla sua richiesta gli Euro 12199,11 di interessi maturati dal 1/1/2014, ed una parte dell'anatocismo escluso dal CTU si è certamente verificato successivamente a tale data ed è quindi già stato escluso dalla banca nella sua richiesta; in ogni caso, poiché nulla ha osservato la difesa della banca sul punto alla relazione peritale, si ritiene di applicare la differenza evidenziata dal CTU alla somma richiesta dalla banca con il ricorso monitorio quale saldo del c/c, per cui tale voce ora *omissis*. Il decreto ingiuntivo opposto va dunque revocato e l'opponente va condannato a pagare alla banca opposta la somma *omissis*. Le spese del giudizio seguono la complessiva soccombenza dell'opponente e si liquidano come in dispositivo; ma le spese della consulenza tecnica d'ufficio, servita ad accertare il minor credito della banca, restano a carico di ciascuna parte per la metà.

PQM

Il Tribunale di Napoli *omissis* revoca il decreto ingiuntivo opposto e condanna l'opponente a pagare alla banca opposta la somma *omissis*, oltre interessi come richiesti nel ricorso monitorio; pone le spese della consulenza tecnica d'ufficio definitivamente a carico delle parti in solido, e per la metà nei rapporti interni; condanna l'opponente a rimborsare alla banca opposta le spese del giudizio, che liquida in Euro *omissis* per compenso, oltre spese generali, IVA e CPA.

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**L'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Cascella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Shana Del Latte (**Bari**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Ilaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni (**Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Posillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalò (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO



Distribuzione commerciale: **Edizioni DuePuntoZero**

