

N. R.G. 5195/2016



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO**

Sezione prima

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Domenico Bonaretti	Presidente
dr. Maria Iole Fontanella	Consigliere
dr. Rossella Milone	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. **5195/2016** promossa in grado d'appello

DA

FRANCESCO RAFFAELE (C.F. RFFFNC57D02G306J), elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. SALOMONE MARCO BENITO, che lo rappresenta e difende come da delega in atti

APPELLANTE

CONTRO

BANCO BPM S.P.A. elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. LAZZATI MARCELLO, che la rappresenta e difende come da delega in atti

APPELLATA

pagina 1 di 14



sulle seguenti conclusioni.

Per FRANCESCO RAFFAELE

Voglia la Ecc.ma Corte di Appello di Milano, contrariis reiectis, previa ogni declaratoria del caso e di legge, ogni diversa domanda ed eccezione disattesa, a riforma integrale della sentenza del Tribunale di Milano n. 4560/2016, depositata il 12 aprile 2016 nel procedimento con R.G. n. 9462/2013, per tutti i motivi indicati in Atti, così giudicare:

a.) prima di ogni altra cosa,

sospendere la provvisoria esecutorietà della sentenza impugnata, perché sussistono i presupposti di cui all'art. 283 c.p.c.: quanto al fumus boni iuris, basti considerare che i) la Sentenza impugnata ha fatto sorgere dal nulla un documento contrattuale (: apertura di credito), considerandolo implicito in un altro documento contrattuale, e ciò addirittura superando le allegazioni dell'odierna appellata, che non ha mai sostenuto una tale tesi; ii) come se non bastasse, la Sentenza si fonda sulla lievitazione di un credito (ammesso, solo per ipotesi di scuola, e non concesso che esista) anch'esso creazione della Sentenza, e ottenuto recependo criticamente gli accertamenti del consulente tecnico, che ha in proposito esercitato la sua fantasia; quanto al periculum, con riserva di ulteriormente dedurre, si rileva soltanto che l'appellante è un privato cui sono state fatte firmare garanzie con l'assicurazione che si trattava di mere formalità e che è indubbio che l'inerzia della Banca - che conferma che essa stessa non ha mai considerato sul serio le garanzie fatte firmare al dottore Raffaele -, a prescindere dalle considerazioni giuridiche di cui si è detto, dimostra che la stessa ben può attendere la decisione prima di procedere a esecuzione forzata;

b.) in linea principale,

b.1.) riformare in toto le statuizioni tutte della sentenza n. 4560/2016 del Tribunale di Milano;



b.2.) e quindi, per tutti i motivi indicati negli Atti di entrambi i gradi di giudizio, dichiarare inefficace e/o nullo o comunque revocare il decreto ingiuntivo opposto, anche in punto di liquidazione delle spese, pure respingendo ogni domanda e istanza avversaria;

c.) in linea di estremo subordine,

in riforma parziale delle statuizioni tutte della sentenza del Tribunale di Milano n. 4560/2016, come depositata il 12 aprile 2016, per tutti motivi indicati negli scritti difensivi dell'esponente, ridurre l'importo richiesto in via monitoria;

d.) in via istruttoria, per il caso occorrente, disporre apposita CTU contabile volta alla depurazione, dal saldo di conto corrente, di tutte le poste illegittimamente addebitate, con conseguente corretto ricalcolo dei rapporti di dare e avere;

e.) in ogni caso, con compiuta vittoria di spese e competenza per entrambi i gradi di giudizio.

Per BANCO BPM S.P.A.

Voglia l'Ecc.ma Corte così giudicare

in via principale: respingere l'appello per la sua infondatezza, così come ogni eccezione e domanda ivi contenuta, e per l'effetto, confermare integralmente la sentenza n. 4560/2016 del Tribunale di Milano.

Con vittoria delle spese di lite.

In via istruttoria: respingere l'istanza avversaria di ammissione di nuova CTU contabile perché irrituale e del tutto ingiustificata nel merito.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

SGC BP S.C.P.A., in qualità di mandataria di Credito Bergamasco S.p.A., assumendo di essere creditrice di Pronto Assistenza Cooperativa Sociale (dichiarata fallita), per lo



scoperto del conto corrente n. 790, pari ad Euro 371.377,34, ha richiesto e ottenuto dal Tribunale di Milano un decreto ingiuntivo di pagamento per Euro 227.500,00 oltre interessi, nei confronti di Francesco Raffaele, nella qualità di fideiussore (sino alla concorrenza dell'importo ingiunto) della società correntista.

Francesco Raffaele ha proposto opposizione al decreto eccependo la nullità per incompetenza del giudice, l'estinzione della fideiussione ai sensi degli artt. 1955 e 1957 c.c. e l'erroneità dell'importo ingiunto.

Nel giudizio di primo grado si è costituita Banco Popolare Soc. Coop. quale incorporante SGC BP S.C.P.A., sempre nella veste di mandataria di Credito Bergamasco S.p.A., ed ha resistito all'opposizione.

Il Tribunale, previo espletamento di una ctu contabile, ha respinto l'opposizione, ritenendo, nel merito, dovuto l'importo ingiunto posto che, seppure il saldo a debito del correntista risultava pari ad Euro 311.349,46 e quindi inferiore alla somma di Euro 371.777,34 indicata dalla Banca, purtuttavia l'ingiunzione era stata contenuta in Euro 227.500,00, essendo stata determinata correttamente nei limiti della prestata fideiussione.

Francesco Raffaele ha appellato la sentenza lamentando:

l'erronea decisione sulla competenza;

l'erronea decisione sul rigetto dell'eccezione di estinzione ex artt. 1955 e 1957 c.c.;

l'erronea decisione sull'ammontare dell'asserito credito;

l'erronea decisione sull'applicazione dell'art. 117 Tub e sugli interessi convenzionali.

Si è costituita in grado d'appello Banco BPM S.p.A., già Banco Popolare Soc. Coop. quale incorporante sia SGC BP S.C.P.A. che Credito Bergamasco S.p.A., chiedendo il rigetto dell'appello.



Dopo una prima precisazione delle conclusioni la causa è stata rimessa in istruttoria a seguito della pronuncia di Cass. S.U. 16303/18 per consentire alle parti di interloquire sull'eventuale rilevanza della suddetta pronuncia ai fini della decisione.

La causa è stata infine posta in decisione sulle conclusioni di cui in epigrafe, con assegnazione di termini per gli scritti conclusivi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il **primo motivo di appello** viene censurata la sentenza impugnata per aver respinto l'eccezione di nullità del decreto per essere stato emesso da giudice incompetente.

Il Tribunale ha ritenuto che il Foro di Milano fosse competente ad emettere il decreto in base alla clausola di deroga contenuta nell'art. 15 delle Condizioni contrattuali della fideiussione (v. doc. 7 fascicolo monitorio), che attribuisce la competenza, per quanto qui interessa, al “ *giudice nel cui ambito territoriale di competenza è ubicata una qualsiasi delle dipendenze della Banca, semprechè nell'ambito della regione in cui è la residenza o la sede del fideiussore stesso...* ”.

L'appellante ritiene che la suddetta clausola di deroga sia nulla per violazione dell'art. 1346 c.c. e dell'art. 1322 co. 2 c.c.

L'art. 1346 c.c. risulterebbe violato poiché nella regione Lombardia vi sarebbero “ben 11 dipendenze”, se intese in senso restrittivo, del Credito Bergamasco e poiché il termine dipendenza nella prassi sarebbe comunque incerto.

L'art. 1322 co. 2 c.c. risulterebbe violato poiché la clausola esprimerebbe un “prepotere” della Banca predisponente, gravando il fideiussore, che sarebbe disincentivato a difendere i propri diritti.

L'appellante aggiunge inoltre che, in considerazione della sua qualità di consumatore, che il Tribunale gli avrebbe ingiustamente negato, il foro inderogabile sarebbe quello della sua residenza (Tribunale di Lodi) ai sensi dell'art. 33 co. 2 lett. u) d. lgs. 206/05.



Con il **secondo motivo di appello** viene censurata la sentenza per aver respinto l'eccezione di estinzione della fideiussione, ritenendo valida la clausola n. 6 del contratto di fideiussione, che contiene la deroga alla previsione di cui all'art. 1957 c.c. e la rinuncia del garante ad avvalersi delle eccezioni che gli spetterebbero ai sensi dell'art. 1955 c.c.

Secondo l'appellante le norme poste dagli artt. 1955 e 1957 c.c. sarebbero espressione del generale principio di buona fede e in quanto tali inderogabili.

Con la memoria depositata il 5.9.2018 l'appellante ha richiamato, ad ulteriore riprova della fondatezza dell'eccezione di nullità della clausola, l'elaborazione giurisprudenziale in tema di nullità delle fideiussioni bancarie per violazione della normativa antitrust.

Con il **terzo motivo di appello** vengono svolte plurime censure in ordine alla quantificazione del credito della Banca verso l'obbligata principale, che il Tribunale ha effettuato in base alle conclusioni della ctu contabile.

In particolare l'appellante ritiene che le conclusioni della ctu, recepite nella sentenza impugnata, siano erronee poiché:

- a) non si è fatto ricorso al “saldo zero” pur in mancanza di una parte degli estratti conto;
- b) non sono stati esclusi dal computo tutti gli interessi convenzionali e, comunque, non è stato correttamente applicato l'art. 117 co. 7 Tub;
- c) sono stati applicati criteri erronei per la verifica dell'usurarietà del tasso;
- d) sono state illegittimamente applicate la CMS e l'indennità di sconfinamento;
- e) sono stati illegittimamente applicati interessi anatocistici;



f) sono state illegittimamente addebitate spese, imposte e commissioni.

In sintesi i motivi dell'impugnazione possono essere riepilogati come di seguito.

In relazione alla censura sub a) si deve rilevare che la Banca ha prodotto in giudizio gli estratti conto analitici dall'inizio del rapporto di conto corrente (ottobre 2006) sino al 31.1.2009 (doc. 12 fascicolo primo grado appellata) e poi dal 30.4.2009 al 31.5.2011 (doc. 10 fascicolo appellata) e dal 31.5.2011 al 30.11.2011 (doc. 6 fascicolo monitorio): risultano, pertanto, mancanti gli estratti relativi al periodo 1.2.2009/30.4.2009.

Dai documenti suindicati si evince che il saldo alla data di inizio del rapporto (25.10.2006) era "0" (v. estratto conto al 31.12.2006 doc. 12 cit.) e che alla data del 31.1.2009 il saldo era a debito della correntista per Euro 22.109,65 (v. doc. 12 cit.).

Non si conoscono le operazioni effettuate tra il 1.2.2009 e il 30.4.2009, ma emerge alla data del 31.5.2009 un saldo a debito della correntista di Euro 62.116,71 (v. estratto conto al 31.5.2009 doc. 10 cit.).

In considerazione di tale lacuna nella produzione di estratti "intermedi" il giudice di primo grado ha richiesto al ctu di ricostruire il saldo dall'inizio del rapporto sino al 31.1.2009 e di ricongiungere il saldo così ricostruito all'estratto conto al 31.5.2009 se più favorevole al cliente rispetto al saldo a debito – 61.849,71- annotato dalla banca nell'estratto conto al 31.5.2009.

Il ctu ha effettuato tale "ricongiunzione", come evidenzia lo stesso appellante, sottraendo all'importo annotato alla data del 31.5.2009 la somma di Euro 39.740,06 che corrisponde alla differenza tra il saldo (negativo per Euro 61.849,71) al 31.5.2009 e il saldo (negativo per Euro 22.109,65) al 31.1.2009: l'operazione ha quindi tenuto conto della disposizione del quesito che imponeva di effettuare il raccordo utilizzando il saldo più favorevole al debitore.



L'appellante si duole, tuttavia, che il calcolo complessivo non sia stato effettuato riportando il saldo a zero al maggio 2009.

In relazione alla censura sub b) si deve rilevare che il contratto stipulato fra l'odierna appellata e la debitrice principale Pronto Assistenza Cooperativa Sociale era un contratto di conto corrente di corrispondenza bancario che conteneva nella disciplina generale, oltre alle norme generali sulle operazioni in conto, una sezione dedicata agli "affidamenti in conto corrente" con clausole relative ad "apertura di credito", "maturazione degli interessi", "recesso", "recesso, compensazione e pagamento di assegni" e "apertura di credito utilizzabile mediante presentazione di titoli o ricevute"; nella sezione contenente le condizioni economiche vi erano la previsione di una "percentuale spese di fido" e di un importo minimo e un importo massimo di "spese di fido" (v. doc. 5 fascicolo monitorio).

Negli estratti conto prodotti sono indicati interessi addebitati per operazioni "entro fido" e "fuori fido".

Il Tribunale, respingendo i rilievi della parte opponente che aveva eccepito la nullità dell'affidamento per difetto di forma scritta, ha ritenuto che non si sia in presenza di un contratto di apertura di credito nullo, bensì che difetti la previsione scritta dell'interesse "a debito entro fido" e che a tale omissione debba porsi rimedio con l'applicazione del tasso sostitutivo ex art. 117 Tub.

L'appellante ritiene che tale soluzione non sia corretta, dovendosi affermare la nullità del contratto di apertura di credito e di conseguenza la non debenza di interessi.

In relazione alla censura sub c) si deve rilevare che l'appellante ritiene non essere stata correttamente rilevata la usurarietà degli interessi applicati per non essere stati



considerati tutti gli oneri addebitati, rilevanti ai fini della verifica dell'usurarietà del tasso, ed in particolare per non essere stata considerata la commissione di massimo scoperto, che secondo l'appellante dovrebbe essere computata, anche per il periodo precedente al 1.1.2010, nonostante le contrarie Istruzioni della Banca d'Italia, che non avrebbero portata precettiva.

In relazione alla censura sub d) l'appellante contesta la ritenuta legittimità della CMS concretamente applicata, ritenendo che la clausola che la prevede sia nulla per indeterminatezza e che abbia errato il giudice di primo grado a ritenerla valida.

In relazione alla censura sub e) l'appellante lamenta l'illegittimità della clausola anatocistica che il Tribunale ha ritenuto valida, ignorando che la stessa, pur prevedendo l'omogeneità per gli interessi attivi e passivi, omette di indicare il periodo di capitalizzazione.

In relazione alla censura sub f) l'appellante censura la sentenza del Tribunale nella parte in cui avrebbe trascurato il ricalcolo delle valute reali e la richiesta di eliminazione delle spese addebitate in conto.

Con il **quarto motivo di appello** viene censurata la “mancata depurazione, dalle asserite pretese creditorie della Banca, degli interessi convenzionali” e la violazione del principio della domanda in relazione all'applicazione dell'art. 117 Tub.



Ai fini della decisione del gravame ritiene la Corte che possa essere esaminato con priorità il secondo motivo di appello il quale, per le ragioni che si diranno, risulta fondato e assorbe ogni altra questione prospettata con i motivi di impugnazione.

L'appellante censura la sentenza per non aver rilevato la nullità della clausola n. 6 del contratto di fideiussione (v. doc. 7 fascicolo monitorio) nella parte in cui deroga alla previsione dell'art. 1957 c.c.

L'art. 1957 c.c. stabilisce che *“Il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate”*.

La clausola 6 cit. deroga a tale previsione, esonerando il creditore dall'obbligo di escutere il debitore o il fideiussore entro i termini previsti dalla norma.

Il Tribunale ha ritenuto tale clausola validamente apposta, ritenendo suscettibile di rinuncia l'eccezione di estinzione della fideiussione per l'inerzia del creditore ex art. 1957 c.c. (v. pag. 5 sentenza appellata).

La difesa dell'appellante ha censurato la decisione ritenendo che la regola posta dall'art. 1957 c.c. sia espressione del principio generale di buona fede e, pertanto, che non sia derogabile pattiziamente, pena l'invalidità della clausola.

Si è già accennato che con la memoria depositata il 5.9.2018 l'appellante ha richiamato, a conforto dell'eccepita invalidità della clausola, l'elaborazione giurisprudenziale in tema di nullità delle fideiussioni *omnibus* redatte, come quella di specie, sulla base di modelli elaborati dall'ABI.

Su tali argomenti in punto di diritto la difesa della Banca appellata non ha replicato, ma la Corte può prendere in esame la doglianza anche sotto questo profilo, essendo stata eccepita *ab initio* la nullità e potendo comunque le nullità, in quanto afferenti ai fatti costitutivi della domanda, essere rilevate in appello anche *ex officio* (v. Cass. 7294/17);



per completezza va poi precisato che è stato comunque garantito il contraddittorio nella fase successiva al deposito della suddetta memoria del 5.9.2018 (fase che ha visto riaperta l'istruttoria – seppure per motivi diversi – e nella quale la difesa dell'appellata ha avuto la possibilità di interloquire sia oralmente in udienza che con difese scritte).

Fatte queste premesse, ritiene la Corte che la clausola 6 cit. risulti affetta da nullità.

In punto di fatto va rilevato che la fideiussione sottoscritta dall'appellante il 26.10.2006 è disciplinata da condizioni generali unilateralmente predisposte dalla parte creditrice, alle quali il garante ha aderito.

Tali condizioni riproducono uno schema concordato tra l'ABI e alcune organizzazioni di tutela dei consumatori.

La Banca d'Italia, quale autorità di vigilanza preposta sino all'11.1.2006 all'applicazione della disciplina relativa alle intese restrittive della libertà di concorrenza nei confronti delle aziende e istituti di credito (v. artt. 2 e 20 l. 287/90 e art. 19 co. 11 l. 262/05), ha adottato in data 2.5.2005, su conforme parere dell'AGCM, un provvedimento a carico di ABI, relativo a tale schema.

Il suddetto provvedimento ha ritenuto che le condizioni generali di contratto di cui allo schema rientrassero nella nozione di “deliberazioni di un'associazione di imprese” ai fini di cui all'art. 2 della l. 287/90 (che disciplina le intese restrittive della libertà di concorrenza) ed ha reputato le clausole 2, 6 e 8 in contrasto con l'art. 2 co. 2 lett. a) l. 287 /90, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme.

Per quanto qui interessa la clausola 6 dello schema ha il medesimo contenuto della clausola 6 della lettera di fideiussione sottoscritta dall'appellante.

Il provvedimento della Banca d'Italia, ritenendo che la suddetta clausola (unitamente alle clausole 2 e 8 che qui non rilevano) non risulti necessaria alla funzione della garanzia bancaria, ha evidenziato che *“la ... diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei*



comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela” (§ 80).

La Banca d'Italia ha, quindi, ritenuto che tali clausole, di cui è stata accertata nel corso dell'istruttoria l'utilizzazione “standardizzata” nell'ambito di una prassi bancaria preesistente (v. § 93), *“hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa” (§ 96).*

La giurisprudenza di merito che si è formata dopo la pronuncia del suddetto provvedimento risulta divisa in ordine alle conseguenze sul contratto “a valle” dell'accertamento della nullità dell'intesa anticoncorrenziale “a monte”.

La S.C. con la recente sentenza n. 13846/19, che questa Corte condivide, ha ritenuto che il citato provvedimento della Banca d'Italia possieda un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale e che il giudice di merito non può attribuire rilievo decisivo all'attuazione o non attuazione della prescrizione impartita da Banca d'Italia ad ABI (di estromettere le clausole vietate dallo schema diffuso presso il sistema bancario), essendo, invece, tenuto a verificare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni dell'intesa restrittiva.

Tale verifica, come si è detto, nel caso di specie ha esito positivo, essendo la clausola 6 (al pari delle altre due oggetto del provvedimento) riprodotta nella lettera di fideiussione sottoscritta dall'appellante.

La conseguenza di tale accertamento è il rilievo della nullità delle clausole che si pongono in contrasto con il divieto di intese anticoncorrenziali (v. Cass. 29810/17).



La nullità della clausola di deroga all'art. 1957 c.c. implica l'applicazione del precetto posto dalla norma ed impone, pertanto, di verificare se nel termine semestrale dalla scadenza dell'obbligazione siano state proposte le istanze contro il debitore.

Il debitore principale è stato dichiarato fallito il 25.11.2011 (doc. 11 appellata) e, pertanto, da tale data l'obbligazione deve considerarsi scaduta e decorre il suddetto termine semestrale (v. Cass. 24296/17).

La Banca appellata ha dichiarato di aver depositato istanza di insinuazione al passivo del fallimento ed ha depositato copia di un documento (doc. 13) che reca sulla prima pagina un timbro illeggibile che dovrebbe attestare il deposito dell'istanza.

L'appellante ha contestato che l'istanza sia stata depositata e il timbro non consente di verificare se e in quale data il deposito sia avvenuto: purtuttavia si può rilevare che l'istanza reca la data del 13.9.2012 e, pertanto, si può ragionevolmente presumere che il deposito, se avvenuto, sia contestuale o successivo a tale data.

Si può altresì rilevare che la Banca creditrice era certamente a conoscenza dell'intervenuto fallimento della debitrice principale sin dal 16.1.2012, avendo in tale data inviato una richiesta di pagamento al fideiussore, nella quale si dava atto del fallimento (doc. 8 appellata).

Si deve, infine, rilevare che sino alla data del 14.1.2013 la Banca non risultava insinuata al passivo del fallimento (v. comunicazione del Curatore doc. 3 appellante).

Non risulta, pertanto, provato che la Banca abbia proposto le sue istanze e le abbia diligentemente continuate nel termine previsto dall'art. 1957 c.c., con la conseguenza che il fideiussore deve ritenersi liberato dall'obbligazione.

La sentenza deve essere, quindi, riformata e il decreto ingiuntivo revocato.

Le ragioni della decisione e il contrasto di giurisprudenza sulla questione della nullità delle fideiussioni bancarie per violazione della normativa antitrust giustificano l'integrale compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.



P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando, così dispone:

1. accoglie l'appello e, in riforma della sentenza del Tribunale di Milano n. 4560/16, revoca il decreto ingiuntivo n. 40810/12 emesso dallo stesso Tribunale nei confronti di Francesco Raffaele;
2. compensa interamente le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Così deciso in Milano il 18.7.2019

Il Consigliere est.

Rossella Milone

Il Presidente

Domenico Bonaretti

