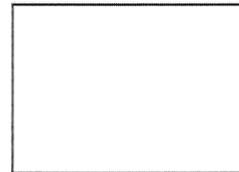


Civile Ord. Sez. 1 Num. 35190 Anno 2022

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: IOFRIDA GIULIA

Data pubblicazione: 30/11/2022



sul ricorso 30622/2018 proposto da:

La [redacted] in liquidazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e T. [redacted]

[redacted] T

[redacted] elettivamente domiciliati Roma, Pi [redacted], presso la Cancelleria civile della Corte di Cassazione, e rappresentati e difesi dall'avvocato ([redacted]), giusta procura speciale in calce al ricorso

- ricorrenti -

contro

Unione di Banche Italiane s.p.a., già Banca Popolare di Ancona s.p.a.,
in persona del legale rappresentante *pro tempore*

-intimata -

avverso la sentenza n. 391/2018 della CORTE D'APPELLO di ANCONA,
pubblicata il 23/03/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
16/11/22 dal cons. Giulia Iofrida.

FATTI DI CAUSA

Il Tribunale di Ancona, sezione distaccata di Jesi, con sentenza del 2
ottobre 2012, n. 283, revocato il decreto ingiuntivo n. 26 del 2009
proposto dalla banca, respinse la domanda riconvenzionale di
pagamento dell'indebitato, con riguardo al contratto di conto corrente
concluso tra le parti, proposta dagli oppositori
in liquidazione, in qualità di debitrice
principale, nonché da Antonic

in
qualità di fideiussori della prima, e condannò gli oppositori in solido al
pagamento della somma di € 160.713,01, a titolo di saldo debitore di
un contratto di mutuo stipulato dalla società (oltre ad interessi
e spese di lite.

La Corte d'appello di Ancona, con sentenza del 23 marzo 2018, n. 391,
ha respinto l'impugnazione proposta dai soccombenti. La Corte
territoriale ha ritenuto, per quanto ancora rileva, che: a) con riguardo
alla domanda di accertamento negativo e ripetizione dell'indebitato,
proposta dagli oppositori, attori in riconvenzionale, in relazione ad un
contratto di conto corrente intercorso tra le parti, è mancata del tutto
la prova dell'assunto, in particolare essendo rimasta indimostrata
l'assenza di conclusione per iscritto del contratto di conto corrente; b)
gli interessi passivi addebitati dalla Banca, nel rapporto di conto
corrente, per il periodo successivo al 31/3/2000 , «l'unico interessato

dal conto corrente in esame», sono risultati conformi alle prescrizioni di cui all'art. 2 della delibera CICR del 9 febbraio 2000, stante l'applicata capitalizzazione, con identica periodicità degli interessi passivi e di quelli attivi, il tutto sulla base degli atti presenti; c) correttamente il consulente tecnico non ha considerato la c.m.s. nel calcolo di raffronto dei tassi soglia usurari, in quanto, sino al termine del 31/12/2009, le istruzioni della Banca d'Italia, recepite dai decreti ministeriali, escludevano tali c.m.s. dal conteggio del tasso soglia usurario, e, in ogni caso, sulla base delle stesse risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, è emerso che, anche tenendo conto della c.m.s., il tasso effettivo applicato è sempre stato inferiore «di gran lunga» al tasso soglia usurario (come da tabelle nn. 1 e 2 allegate alla consulenza tecnica).

Avverso questa decisione ricorrono per cassazione i soccombenti, con ricorso notificato il 22/10/2018, sulla base di sette motivi. Non svolge difese la parte intimata.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo, si deduce la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2, commi 2 e 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., in quanto la sentenza impugnata ha ritenuto valida la fideiussione, mentre essa sarebbe affetta da nullità assoluta rilevabile d'ufficio, rispecchiando appieno le condizioni qualificate illegittime dalla normativa *antitrust*. In particolare, si deduce che il contratto di fideiussione conteneva le clausole relative alla reviviscenza, alla rinuncia ai termini ex art. 1957, cod. civ., alla sopravvivenza della garanzia stessa, dichiarate con delibera n. 55 del 2005 dalla Banca d'Italia contrarie alla normativa *antitrust* perché aventi lo scopo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dalla negligenza della banca o da eventuali vizi dell'obbligazione principale.

Con il secondo motivo, si deduce poi la violazione e la falsa applicazione degli artt. 33, commi 1 e 2, 34, commi 1 e 2, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., in quanto la sentenza impugnata ha ritenuto valida la fideiussione, mentre essa sarebbe affetta da nullità assoluta, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, per violazione delle norme a tutela del consumatore, tale essendo il fideiussore. In particolare, il contratto di fideiussione conterrebbe clausole dal carattere vessatorio.

1.1. I primi due motivi, che, in quanto connessi, possono essere unitariamente trattati, sono inammissibili per genericità.

Con tali censure i ricorrenti si dolgono della mancata declaratoria della nullità del contratto di fideiussione *omnibus*, per violazione della normativa antitrust e delle normative a tutela del consumatore, nullità assoluta rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

Ora, una questione sollevata per la prima volta nel giudizio di cassazione, sebbene abbia ad oggetto una nullità rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, non può essere oggetto di esame allorquando comporti accertamenti di fatto.

In effetti, il ricorrente per cassazione che riproponga una determinata questione giuridica - che implichi un accertamento di fatto - non trattata in alcun modo nella sentenza impugnata né indicata nelle conclusioni ivi epigrafate, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, ha l'onere non solo di allegare l'avvenuta deduzione della questione innanzi al giudice di merito, ma anche di indicare in quale scritto difensivo o atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Corte di cassazione di controllare "*ex actis*" la veridicità di tale asserzione, prima di esaminare nel merito la questione stessa, senza che rilevi che la circostanza integri una nullità rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado, atteso che

essa non può essere oggetto di esame ove comporti accertamenti di fatto (Cass. 7048/2016).

Nella specie, la necessità di specifici accertamenti fattuali discende: a) sia dalla invocata nullità – parziale - delle «condizioni» del contratto di fideiussione, in particolare degli «artt. 2,6,8», unico riferimento specifico presente in ricorso, alla luce anche del principio di diritto applicato da questa Corte a Sezioni Unite nella sentenza n. 41994/2021 (*«I contratti di fideiussione "a valle" di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata - perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza -, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti»*), occorrendo verificare che le clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale standardizzato adottato dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), e dichiarato parzialmente nullo dalla Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990, siano state esattamente riprodotte nel/nei contratto/contratti di fideiussione «a valle» per cui è causa; b) sia dalla eccepita, in questa sede, nullità di protezione dei contratti di fideiussione per violazione delle norme a tutela del consumatore, occorrendo comunque vagliare la qualità di consumatore rivestita dal fideiussore in rapporto al contratto di fideiussione (Corte di giustizia, sentenze 19 novembre 2015, in causa C-74/15, Tarcau, e 14 settembre 2016, in causa C-534/15, Dumitras, secondo cui nel contratto di fideiussione i requisiti soggettivi per l'applicazione della disciplina consumeristica devono essere valutati con riferimento alle parti di esso, senza considerare il contratto

principale; cfr. Cass. 1666/2020: «*In tema di contratti stipulati dal "consumatore", i requisiti soggettivi di applicabilità della disciplina legislativa consumeristica, in relazione ad un contratto di fideiussione stipulato da un socio in favore della società, devono essere valutati con riferimento alle parti dello stesso (e non già del distinto contratto principale), dando rilievo - alla stregua della giurisprudenza comunitaria (CGUE, sentenza 19 novembre 2005, in causa C-74/15 Tarcau) - all'entità della partecipazione al capitale sociale, nonché all'eventuale qualità di amministratore della società garantita assunto dal fideiussore*» ; conf. Cass. 23063/2022).

2. Con il terzo motivo, i ricorrenti deducono la violazione e la falsa applicazione degli artt. 117, commi 1 e 3, t.u.b. e 23, commi 1, 2, 3 e 4, t.u.f., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., in quanto la sentenza impugnata ha ritenuto valido il contratto di conto corrente stipulato con la banca, mentre esso è da considerarsi nullo per difetto di forma – mancando sia la sottoscrizione del cliente, sia la consegna della copia del contratto – con conseguente nullità dell'apertura del credito ad esso connessa.

2.1. La censura, con la quale quindi i ricorrenti lamentano, anche in questa sede, «*la totale mancanza dei contratti di conto corrente e di apertura di credito in conto corrente*», è inammissibile per difetto di specificità.

Invero, in tema di ripetizione di indebito opera il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore il quale, quindi, è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (Cass. 27 novembre 2018, n. 30713; con specifico riguardo alla ripetizione in materia di conto corrente bancario: Cass. 23 ottobre 2017, n. 24948). Il principio trova applicazione anche ove si faccia questione dell'obbligazione restitutoria dipendente dalla (asserita) nullità di singole clausole contrattuali: infatti, chi allega di

avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell'*accipiens* l'azione di indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta (Cass. 14 maggio 2012, n. 7501).

Ciò implica che, ove sia assunta l'esistenza del contratto scritto di conto corrente, l'attore in ripetizione che allegghi, come nel caso in esame, la mancata valida pattuizione, in esso, dell'interesse debitore, sia onerato di dar prova dell'assenza della *causa debendi* attraverso la produzione in giudizio del documento contrattuale: è attraverso tale scritto, infatti, che il correntista dimostra la mancanza, nel contratto, della pattuizione degli interessi o la nullità di essa (nullità che, nel periodo anteriore all'entrata in vigore della l. n. 154/1992, può spesso dipendere dalla non sicura determinabilità della prestazione di interessi alla stregua della genericità dell'elemento estrinseco cui fa rinvio l'accordo negoziale).

Né risulta, dalla sentenza o dal ricorso, che la banca opposta, convenuta in riconvenzionale (in relazione al rapporto di conto corrente introdotto dagli opposenti, avendo essa agito, in sede monitoria, sulla base di distinto contratto di mutuo), non avesse contestato la relativa esistenza dei contratti e avesse allegato la piena legittimità degli addebiti contestati, con relativo onere di produrre la contraria pattuizione scritta del contratto e delle clausole contestate (cfr. Cass. 24051/2019).

I ricorrenti, solo nel corpo del settimo motivo (penultima pagina del ricorso), affermano, del tutto genericamente, che «*il rapporto di conto corrente non è mai stato contestato dalla controparte*».

3. Con il quarto motivo, i ricorrenti deducono la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1283 cod. civ., 120, commi 2 e 3, t.u.b., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., in quanto la sentenza

impugnata ha ritenuto la regolarità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, la cui pattuizione è invece nulla, per la mancanza di un contratto scritto.

3. 1. Anche il quarto motivo è inammissibile, per difetto di specificità. Nella specie, in ordine alla questione della capitalizzazione trimestrale, la Corte d'appello, premesso che l'unico periodo «*interessato*» dal rapporto di conto corrente in esame era quello successivo al 31/3/2000 ed alla Delibera CICR di quell'anno, ha evidenziato la piena legittimità dell'applicato effetto anatocistico *post* CICR 2000, in esito alla previsione della pari reciprocità di applicazione, affermazione questa non pienamente corretta essendo basata sul presupposto della sufficienza della comunicazione al cliente.

Tuttavia, i ricorrenti si limitano a dedurre, in ricorso, che gli interessi anatocistici sono sempre illegittimi e nulli e che, nella specie, «*ogni trimestre gravato da interessi diventa il presupposto per il successivo calcolo trimestrale generando ulteriori interessi*».

Trattasi di doglianza del tutto generica ed inconferente al *decisum*.

4. Con il quinto motivo, i ricorrenti deducono la violazione e la falsa applicazione degli artt. 644 cod. pen., 1 e 4 l. 7 marzo 1996, n. 108, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., in quanto la sentenza impugnata ha ritenuto corretta la formula applicata dal CTU per la verifica dello sfioramento del tasso soglia ai fini dell'usura, che non ha incluso nel calcolo la c.m.s, mentre invece la c.m.s. rientra pienamente nel calcolo del TEG.

4.1. Il motivo, attinente alla eccepita usurarietà del tasso di interesse ed alla erroneità della formula applicata dal consulente tecnico per la verifica del superamento del tasso di usura, è del pari inammissibile, per difetto di specificità ed inconferenza rispetto al *decisum*.

Nella specie, la Corte territoriale ha ritenuto che, da un lato, correttamente il CTU non aveva considerato la c.m.s. nel calcolo di

raffronto dei tassi soglia usurari, in quanto sino al termine del 31/12/2009, le istruzioni della Banca d'Italia, recepite dai decreti ministeriali, escludevano tali c.m.s. dal conteggio del tasso soglia usurario, e che, dall'altro lato, in ogni caso, sulla base sempre delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, era emerso che, anche tenendo conto della c.m.s., il tasso effettivo applicato è sempre stato inferiore «*di gran lunga*» al tasso soglia usurario (come da tabelle nn. 1 e 2 allegate alla consulenza tecnica).

Ora, le sezioni Unite nella sentenza n. 16303/2018, come già chiarito, hanno affermato che, in tema di contratti bancari, con riferimento ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore all'entrata in vigore (il 1° gennaio 2010) delle disposizioni di cui all'art. 2 bis del d.l. n. 185 del 2008, inserito dalla legge di conversione n. 2 del 2009, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta, come determinato in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, si deve effettuare la separata comparazione del tasso effettivo globale (TEG) degli interessi praticati in concreto e della commissione di massimo scoperto (c.m.s.) eventualmente applicata, rispettivamente con il «*tasso soglia*» - ricavato dal tasso effettivo globale medio (TEGM) indicato nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della predetta l. n. 108 del 1996 - e con la «*C.M.S. soglia*» - calcolata aumentando della metà la percentuale della c.m.s. media pure registrata nei ridetti decreti ministeriali -, compensandosi, poi, l'importo dell'eccedenza della c.m.s. applicata, rispetto a quello della c.m.s. rientrante nella soglia, con l'eventuale «*margin*e» residuo degli interessi, risultante dalla differenza tra l'importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati.

Ora, anzitutto, non può ritenersi sufficientemente specifica la censura che denunci solamente e astrattamente la mancata considerazione da parte dei giudici di merito dell'incidenza della commissione di massimo

scoperto ai fini del superamento del tasso soglia e che non sia accompagnata da specifiche deduzioni ed argomentazioni volte a dimostrare l'incapienza, nel caso concreto, del margine di compensazione fra interessi e commissione di massimo scoperto riconosciuto dalla giurisprudenza, da cui dipende il superamento della soglia. Infatti la mancata specificazione delle ragioni del superamento del tasso soglia, secondo il criterio indicato a suo tempo dalle Istruzioni della Banca d'Italia, ritenuto legittimo dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 16303/2018, determina l'inammissibilità della censura per difetto di decisività (cfr. Cass. 24013/2021, in motivazione).

Nella specie, i ricorrenti si limitano, del tutto genericamente, ad affermare la necessità della inclusione delle commissioni di massimo scoperto nel TEG e che la formula utilizzata dal consulente era errata. Inoltre, la seconda autonoma *ratio decidendi*, in ordine al mancato superamento in concreto del tasso soglia, pur tenendo conto delle c.m.s., non viene neppure specificamente censurata.

5. – Con il sesto motivo, i ricorrenti deducono la violazione e la falsa applicazione dell'art. 117-*bis*, commi 1, 2, 3 e 4, t.u.b., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., in quanto la sentenza impugnata ha ritenuto valide le c.m.s. applicate, mentre esse sono nulle per difetto del requisito della determinatezza, oltre che per la mancanza di un valido contratto.

5.1. La censura è inammissibile.

I ricorrenti lamentano la violazione e la falsa applicazione dell'art. 117-*bis*, commi 1, 2, 3 e 4, t.u.b., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., in quanto la Corte d'appello ha ritenuto, nel rapporto di conto corrente, valide le c.m.s. applicate [*«nella misura dello 0,875%, (rilevabile dagli estratti conto attesa la mancanza di contratto)»*], mentre esse dovevano ritenersi nulle per difetto del requisito della determinatezza (in quanto la normativa richiamata *«stabilisce nel*

massimo la CMS nella misura dello 0,50%» ed è sempre necessario verificare «gli altri parametri per il riconoscimento della CMS, ovvero la somma sconfinata ed il periodo»), oltre che per la mancanza di un valido contratto.

Ora, la doglianza in ordine alla nullità per indeterminatezza delle commissioni di massimo scoperto applicate nel rapporto di conto corrente, di cui neppure vi è traccia nella sentenza della Corte d'appello impugnata, non si confronta con la preliminare statuizione di rigetto della domanda di ripetizione di indebitato per mancanza di prova *«della assenza di una valida stipulazione contrattuale al riguardo, come dagli stessi solo affermato»*.

6. Con il settimo motivo i ricorrenti deducono la violazione e la falsa applicazione dell'art. 112, cod. proc. civ., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., in quanto la Corte d'appello si è limitata a ritenere assente la prova della inesistenza o nullità del contratto di conto corrente, mentre invece avrebbe dovuto *«riclassificare»*, come richiesto dai ricorrenti, il contratto stesso mediante un ricalcolo degli interessi e del saldo dovuto. Se lo avesse fatto, ne sarebbe derivato, a seguito del ricalcolo degli interessi e del saldo, un credito anziché un debito. Ne sarebbe emersa, conseguentemente, la non necessità di stipulazione di un mutuo, voluto dalla banca solo per azzerare lo scoperto di conto corrente.

6.1. Anche tale doglianza è inammissibile.

Con essa, i ricorrenti essenzialmente invocano la nullità del mutuo chirografario, il cui credito era stato azionato in via monitoria dalla banca, reiterando la questione della necessaria *«riclassificazione»* del contratto di conto corrente mediante un ricalcolo degli interessi e del saldo dovuto, da cui sarebbe emerso un saldo debitore a credito della correntista e, conseguentemente, la non necessità di stipulazione di un

mutuo, voluto dalla banca solo per azzerare lo scoperto di conto corrente.

Si deduce, nella sostanza, una nullità del mutuo *derivata* dalla nullità del contratto di conto corrente per mancanza di valida stipulazione.

Ma l'inammissibilità delle pregresse censure, rende del tutto inammissibile la doglianza in esame, peraltro neppure esaustivamente sviluppata.

7. Per tutto quanto sopra esposto, va dichiarato inammissibile il ricorso. Non vi è luogo a provvedere sulle spese processuali, non avendo l'intimata svolto attività difensiva.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso.

Ai sensi dell'art.13, comma 1 quater del DPR 115/2002, dà atto della ricorrenza dei presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente dell'importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, ove dovuto, a norma del comma 1 bis dello stesso art.13.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del 16 novembre 2022.