



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Prima civile, composta dai Sigg.:

Dott. Donato Pianta

Presidente rel.

Dott. Giuseppe Magnoli

Consigliere

Dott. Maria Tulumello

Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile n. 810/2018 R.G. promossa con atto di citazione notificato in data 27 aprile 2018 e **posta in decisione all'udienza collegiale del 1° dicembre 2021**

d a

TOGNOLA PAOLINA, rappresentata e difesa dall'avv. **BISTOLFI RICCARDO** del Foro di Alessandria, procuratore domiciliatario come da procura in calce all'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo

APPELLANTE

c o n t r o

UNICREDIT S.P.A. con sede in Milano ed in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.

Sent. N.

Cron. N.

Rep. N.

R. Gen. N. 810/18

Camp. Civ. N.

OGGETTO:

Bancari (deposito

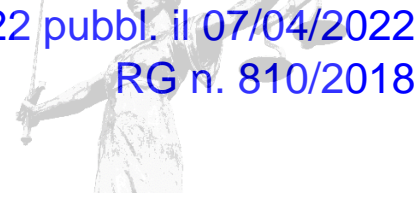
bancario, cassetta di

sicurezza, apertura di

credito bancario)

140041





DALMARTELLO PAOLO del Foro di Milano, procuratore domiciliatario
come da procura generale alle liti allegata alla comparsa di costituzione e
risposta nel primo grado del giudizio

APPELLATO

In punto: appello a sentenza del Tribunale di Bergamo in data 23-27 ottobre
2017, n. 2732.

CONCLUSIONI

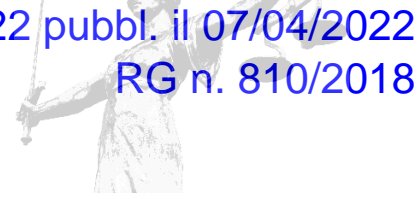
Dell'appellante

contrariis rejectis, riservata l'ammissione dei mezzi di prova che si renderanno
necessari ad esito delle eventuali difese avversarie ad integrazione di quelli
documentali già offerti, in integrale riforma della sentenza nr. 2732/2017,
pubblicata in data 27 ottobre 2017 dal Tribunale di Bergamo, voglia l'Ecc.ma
Corte di Appello di Brescia:

in via principale e nel merito, in accoglimento del primo motivo di
impugnazione, voglia accertare e dichiarare, per i motivi meglio esposti in atti,
la piena legittimazione attiva di Paolina Tognola a coltivare le domande nel
presente giudizio;

in via principale e nel merito, in accoglimento del secondo motivo di
impugnazione, voglia accertare e dichiarare, per i motivi meglio esposti in atti,
la nullità per mancanza di causa, ovvero per contrarietà alla previsione di cui
all'art. 1322 cod. civ., non essendo tali negozi finalizzati alla realizzazione di





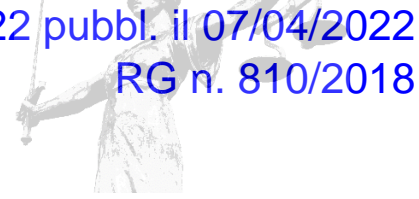
interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" e che "la condotta tenuta dalla UniCredit S.p.A. nella proposizione, strutturazione e gestione delle operazioni finanziarie intercorse con la Fin.Se.Ta. di Tognola Paolina & C. S.n.c. ha violato i precetti di cui all'art. 21 T.U.F.;

in via principale e nel merito, in accoglimento del terzo motivo di impugnazione, voglia accertare e dichiarare, per i motivi meglio esposti in atti, la nullità ex art. 117 T.U.B., ovvero ed in ogni caso, l'inefficacia delle obbligazioni determinanti la corresponsione di interessi passivi nella misura ultralegale in quanto mai pattuiti contrattualmente, e comunque successivamente variati in senso sfavorevole alla Fin.Se.Ta S.n.c.. di Tognola Paolina & C. senza pattuizione sottoscritta dal legale rappresentante di quest'ultima e senza alcuna preventiva comunicazione;

in via principale e nel merito, in accoglimento del quarto motivo di impugnazione, voglia accertare e dichiarare, per i motivi meglio esposti in atti, illegittime e dunque non dovute le somme corrisposte a titolo di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi delle commissioni e delle spese;

in via principale e nel merito, in accoglimento del quinto motivo di impugnazione, voglia accertare e dichiarare, per i motivi meglio esposti in atti, non dovute, per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto, ed in ogni caso perché prestazione senza causa, le somme addebitate per commissione di





massimo scoperto, commissioni sull'accordato, commissioni oltre fido e commissioni istruttoria veloce in aggiunta agli interessi passivi;

in via principale e nel merito, in accoglimento del sesto motivo di impugnazione, voglia accertare e dichiarare, per i motivi meglio esposti in atti, la nullità non dovute, per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto, ed in ogni caso perché prestazione senza causa, le somme addebitate a titolo di spese di chiusura, di penale di sconfinò, di diritti di segreteria e di spese liquidazione interessi debitori;

in via principale e nel merito, in accoglimento del settimo motivo di impugnazione, voglia accertare e dichiarare, per i motivi meglio esposti in atti, la nullità e l'inefficacia di ogni e qualsivoglia pretesa della convenuta banca, in relazione all'indicato rapporto di apertura di credito, per interessi, spese, commissioni, e competenze per contrarietà al disposto di cui alla legge 7 marzo 1996 n. 108, perché eccedente il cosiddetto tasso soglia nel periodo trimestrale di riferimento;

in via principale e nel merito, in accoglimento dell'ottavo motivo di impugnazione, voglia accertare e dichiarare, per i motivi meglio esposti in atti, non ha considerato il mancato assolvimento dell'onere probatoria da parte della Banca e la necessità di partire dal cosiddetto "saldo zero";

in via principale e nel merito, in accoglimento del nono motivo di impugnazione, voglia accertare e dichiarare, per i motivi meglio esposti in atti,





revocare il provvedimento monitorio nr. 2210/2014 Ingiunzioni, nr. 3583/2014 R.G. reso in data 9 aprile 2014 dal Tribunale di Bergamo, in composizione monocratica, in quanto, per i motivi esposti in atti è infondato in fatto e diritto; in ogni caso, con vittoria di spese e di compenso professionale, maggiorato del rimborso professionale, accessori fiscali e previdenziali come per legge di entrambi i gradi di giudizio.

In via istruttoria, avuto riguardo ai seguenti rapporti di conto corrente:

numero 2133445335 acceso presso la Filiale di Bergamo dell'allora Cassa di Risparmio di Torino;

numero 11738/00 (successivamente rinumerato con il 300/4215090 acceso con la Filiale nr. 314 di Seriate, dell'allora Credito Italiano;

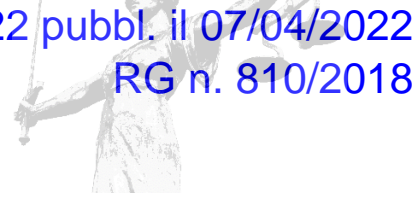
chiede che venga dato ingresso alla consulenza tecnica d'ufficio, con il seguente mandato:

Quesito nr.1): effettui ogni conteggio con verifica giorno per giorno e con decorrenza dalla data di apertura del conto, ovvero dal saldo risultante alla data dell'estratto di conto corrente più risalente prodotto in atti, in questo caso azzerandolo;

Quesito nr.2): espunga dal conteggio le commissioni di massimo scoperto, le nuove commissioni sull'affido, ovvero similari, e spese non concordate;

Quesito nr.3): espunga dal conteggio la capitalizzazione trimestrale degli





interessi passivi, senza procedere ad alcuna capitalizzazione;

Quesito nr.4): espunga dal conteggio le somme addebitate ed accreditate sul conto corrente a titolo di flussi finanziari e di mark to market in esecuzione dei contratti swap;

Quesito nr.5): calcoli gli interessi passivi applicando agli scoperti di conto:

a) il tasso sostitutivo di cui all'art.117 TUB determinato in relazione al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto ovvero, se più favorevoli al cliente, nei 12 mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione;

b) il tasso convenzionale pattuito, limitatamente alle operazioni riconducibili agli affidamenti per i quali risulta pattuizione scritta di un saggio ultralegale;

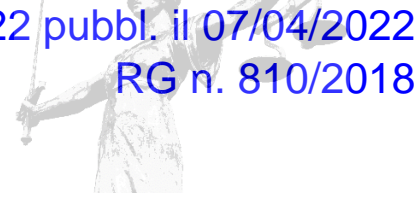
Quesito nr.6): ove emergano (anche in base al ricalcolo richiesto) saldi attivi, calcoli gli interessi creditori:

a) il tasso sostitutivo di cui all'art.117 TUB determinato in relazione al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto ovvero, se più favorevoli al cliente, nei 12 mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione;

b) il tasso convenzionale pattuito;

Quesito nr.7): precisi se gli interessi contrattualmente previsti (con esclusione dell'anatocismo), commissioni di massimo scoperto, nuove





commissioni sull'affido, ovvero similari, e spese concretamente applicate superino complessivamente i limiti stabiliti dalla L. 108/1996, indicando in caso affermativo l'importo da decurtare.

A sostegno delle svolte domande, la signora Paolina Tognola, nella sua qualità di garante fideiussore della Fin.Se.Ta. S.n.c. di Tognola Paolina & C., avuto riguardo ai seguenti contratti finanziari in derivati:

con il Credito Italiano S.p.a.:

- Interest Rate Swap, stipulato in data 2 luglio 1999, con nozionale di euro 1.032.913,80;
- Convertible Swap, stipulato in data 8 giugno 2000, con nozionale di euro 1.291.142,25;
- Convertible Swap CMS, stipulato in data 3 luglio 2000, con nozionale di euro 1.291.142,25;
- Q 3D Zeta Swap stipulato in data 10 gennaio 2001, con nozionale di euro 2.582.284,50;
- Atlantic Swap, stipulato in data 13 luglio 2001, con nozionale di euro 2.582.284,50;
- Atlantic Swap CMS, stipulato in data 18 ottobre 2001, con nozionale di euro 2.582.284,50;
- Extra Swap, stipulato in data 15 maggio 2002, con nozionale di euro





2.600.000,00; con la Cassa di Risparmio di Torino S.p.a.:

interest rate swap stipulato in data 2 marzo 2000, con nozionale di euro 1.032.913,80;

MIB 30 Depo Swap stipulato in data 13 ottobre 2000, con nozionale di euro 516.457,00;

Q 3D Zeta Swap stipulato in data 10 gennaio 2001, con nozionale di euro 2.582.284,50;

Q 3D Zeta Swap + CMS, stipulato in data 11 febbraio 2002, con nozionale di euro 2.065.827,60;

Extra Swap, stipulato in data 11 giugno 2002, con nozionale di euro 2.065.000,00; con la UniCredit Banca D'Impresa S.p.a.:

Extra 2 Swap, stipulato in data 14 marzo 2003, con nozionale di euro 5.200.000,00;

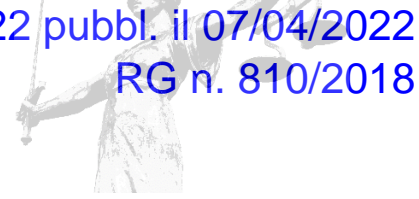
Inflazione Swap, stipulato in data 7 aprile 2004, con nozionale di euro 5.200.000,00;

Inflazione Swap, stipulato in data 18 ottobre 2004, con nozionale di euro 5.200.000,00;

IRS Variabile Protetto, stipulato in data 10 giugno 2005, con nozionale di euro 4.500.000,00;

Interest Rate Swap, stipulato in data 7 settembre 2006, con un nozionale di





euro 6.000.000,00;

chiede che venga dato ingresso alla consulenza tecnica d'ufficio, conferendo al nominando C.T.U. il seguente mandato: "Il Consulente Tecnico d'Ufficio, acquisita

la documentazione presente agli atti del giudizio e – soltanto con il consenso delle Parti – l'eventuale ulteriore documentazione ritenuta utile, predisponga una relazione scritta attenendosi ai criteri di seguito indicati:

- a) descriva le caratteristiche dei singoli contratti conclusi tra le parti;
- b) con riferimento ai contratti sopra descritti, accerti il valore di mercato del medesimo alla data di stipula e lo confronti con l'up front versato dall'intermediaria".

Dell'appellato

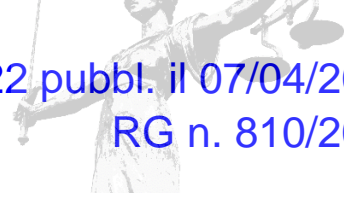
Si chiede che la Corte d'Appello Ill.ma

- emesse tutte le più opportune pronunce, condanne e declaratorie del caso;
- respinta ogni contraria domanda, eccezione e deduzione;

in via preliminare:

- dichiarare la carenza di legittimazione attiva della Sig.ra Paolina Tognola con riguardo alle domande tutte proposte nell'atto di appello stante la sua qualifica di garante autonomo, privo della facoltà di opporre eccezioni relative al rapporto di base;





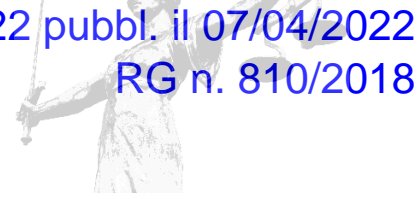
nel merito:

- confermando la sentenza n. 2732/2017 pubbl. il 27/10/2017 nella causa RG n. 8068/2014, rigetti l'appello proposto dalla sig.ra Paolina Tognola in quanto infondato in fatto e diritto e, comunque, fondato su diritti prescritti, rigettando nel miglior modo tutte le domande proposta dalla sig.ra Paolina Tognola nei confronti di UniCredit S.p.A. e condannando la Sig.ra Paolina Tognola, nata a Rogno (BG) il 3.8.48 (C.F. TGNPLN48M43H492S), residente in Costa Volpino (BG), via Benedetto Croce n. 10, 24062, a pagare ad UniCredit S.p.A. la somma dovuta - di € 2.449.734,17 oltre interessi legali dal 12.3.2014 al saldo - nel limite posto dalla garanzia da essa prestata, pari a 1.800.000,00 euro;

in via subordinata:

- nella denegata ipotesi di accoglimento del primo motivo di appello ex adverso proposto, dichiarare la propria incompetenza a giudicare il rapporto in derivati, in virtù della clausola compromissoria di cui all'art. 15 del contratto quadro del 14 marzo 2003 ("Ogni disputa, contestazione o controversia fra le parti derivante dal presente contratto normativo o da ciascun contratto specifico, oppure ai medesimi inerente, verrà deferita ad un collegio di tre arbitri il quale giudicherà in via rituale, procedendo ai sensi degli artt. 816 e segg. cod. proc. civ."), competente essendo il Collegio arbitrale da nominarsi secondo pattuizione;





in via subordinata riconvenzionale:

- nella denegata ipotesi di accoglimento delle domande ex adverso proposte condanni la Sig.ra Paolina Tognola a restituire ad UniCredit S.p.A. tutti gli accrediti a qualunque titolo ricevuti dalla Società in esecuzione dei contratti tutti, oggetto della presente causa, oltre ad interessi legali, frutti civili e rivalutazione monetaria dalla data di accredito al saldo, e in denegato caso di accoglimento della domanda di risarcimento del danno ponga in compensazione gli accrediti tutti ricevuti dalla Sig.ra Paolina Tognola in esecuzione dei contratti tutti oggetto della presente causa oltre ad interessi legali, frutti civili e rivalutazione monetaria dalla data di accredito al saldo, anche per effetto della compensatio lucri cum danno;

in via istruttoria:

Non ammetta la CTU richiesta dall'appellante in quanto insuscettibile di portare ad un risultato utile, attesa l'infondatezza dell'impugnazione;

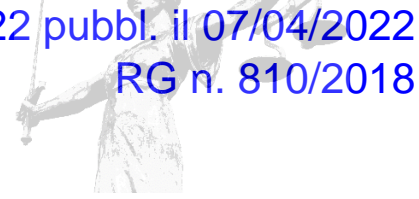
in ogni caso:

- condanni l'opponente al pagamento di spese, onorari, rimborso forfettario, oneri e accessori per tutte le fasi e gradi di giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 16 giugno 2014 la società FIN.SE.TA di Paolina Tognola & C. S.n.c. e Paolina Tognola avevano proposto



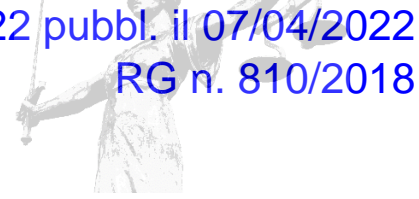


opposizione al decreto ingiuntivo nr. 2210/2014 del 9 aprile 2014 con il quale il Tribunale di Bergamo aveva loro ingiunto di pagare, in via solidale, a UniCredit Credit Management Bank S.p.A. (oggi doBank S.p.A.), nella sua qualità di mandataria della UniCredit S.p.A., la capital somma di euro 2.449.734,17, quanto alla debitrice principale FIN.SE.TA S.n.c., e fino alla concorrenza di 1.800.000,00, quanto alla garante sig.ra Paolina Tognola, di cui euro 2.445.138,61, a titolo di saldo debitore portato dal conto corrente contraddistinto con il numero 4215090 (già numero 11738-00), in essere a decorrere dal 7 dicembre 1998, presso la Filiale di Seriate dell'allora Credito Italiano S.p.A., ed euro 4.595,56, a titolo di interessi debitori maturati sul predetto conto corrente.

Definita con sentenza la causa riguardante l'opposizione della debitrice principale FIN.SE.TA., che aveva eccepito l'incompetenza del Tribunale adito in ragione di clausola compromissoria, il processo era proseguito in relazione alle questioni poste dall'opposizione della garante Tognola.

In fatto, nell'atto di opposizione era stato premesso che nel corso degli anni la società Fin.Se.Ta. aveva intrattenuto con banche, ora tutte incorporate in Unicredit S.p.A., i seguenti rapporti di conto corrente: n. 2133445335 presso la Ca.Ri.To., estinto il 21 gennaio 2004 ed il cui saldo era confluito nel conto n. 4215090, n. 15270 presso Ca.Ri.P.Lo., estinto il 20 maggio 2005 e n. 11738/00, rinumerato come 300/4215090, presso l'allora Credito Italiano





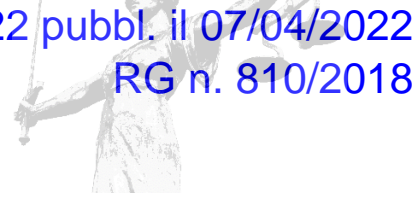
S.p.a., oggi Unicredit S.p.a, estinto in data 30 aprile 2012.

Era stato, dipoi, esposto che nei suddetti conti erano confluiti gli effetti anche delle linee di credito erogate dalla banca alla società, garantite da fidejussioni prestate da Paolina Tognola e che a decorrere dal 2 luglio 1999 la società Fin.Se.Ta. aveva stipulato una serie di contratti finanziari in derivati che avevano prodotto in capo alla società ingenti perdite, addebitate sul conto corrente n. 4215090.

Tanto premesso, il credito vantato dalla banca ingiungente era stato sottoposto a drastica revisione sul rilievo di plurime criticità riguardanti:

- quanto ai rapporti di conto corrente, l'illegittima pattuizione di interessi passivi ultralegali, l'illegittima applicazione degli stessi con capitalizzazione trimestrale, l'addebito di commissioni di massimo scoperto (comprese quelle ad esse succedute) e spese non pattuite; applicazione di condizioni complessivamente usuarie in ragione dell'inclusione delle CMS e di altre voci nel raffronto con il tasso soglia; la necessità di fissare come uguale a zero il saldo iniziale del primo estratto conto prodotto dalla banca;
- quanto ad altre voci passive, la stipulazione di vari contratti *swap* dai quali sono derivate perdite ingenti manifesta aspetti di criticità: per un verso, profili di inadempimento agli obblighi d'informazione, anche in ordine all'esistenza di conflitto d'interesse, sanciti dall'art. 21 TUF; per l'altro, profili di nullità per non rispondenza della causa ai requisiti di cui all'art. 1322 c.c., per illegittimità





della clausola *up front* e, comunque, per indeterminabilità dell'oggetto contrattuale, l'opponente lamentando di non aver potuto conoscere *ex ante* con certezza *“gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi”*.

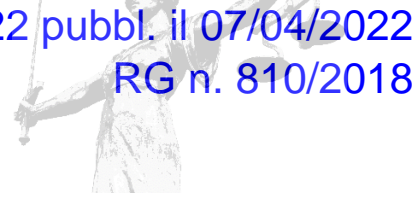
Infine, veniva reclamato il diritto al risarcimento del danno derivante dall'illegittima segnalazione alla Centrale Rischi.

Nel contraddittorio con la banca opposta, senza dare accesso ad alcun incombenza istruttorio, con la sentenza ora impugnata (in data 23-27 ottobre 2017, n. 2732), il Giudice di primo grado ha rigettato l'opposizione di Paolina Tognola, confermando, di conseguenza, il decreto ingiuntivo opposto e condannando l'opponente alla rifusione delle spese di lite.

Il Giudice adito in prima istanza, in particolare, ha evidenziato come in base al tenore letterale dei contratti di garanzia allegati in sede monitoria – secondo quanto riportato, in particolare, all'art. 7 dei summenzionati contratti - il fideiussore opponente fosse tenuto a pagare *“immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta, quanto dovute per capitale ed accessori”*, il rapporto tra le parti configurandosi alla stregua di contratto c.d. autonomo di garanzia, per mezzo dell'operatività di una clausola c.d. *solve et repete*.

In sostanza, il primo Giudice ha ritenuto che la garante Paolina Tognola fosse tenuta a pagare *“senza poter sollevare – nella fase che subito succede alla richiesta scritta del garantito – eccezioni attinenti all'obbligazione*





principale”, non potendo le eccezioni e le contestazioni dedotte dall’opponente, di conseguenza, “*validamente contrastare il diritto dell’opposta ad esigere il pagamento della garante fino alla concorrenza della somma garantita*”.

Avverso detta sentenza ha proposto appello Paolina Tognola con atto di citazione notificato alla controparte il giorno 24 aprile 2018. Si è costituita in giudizio Unicredit S.p.A., chiedendo respingersi l’appello.

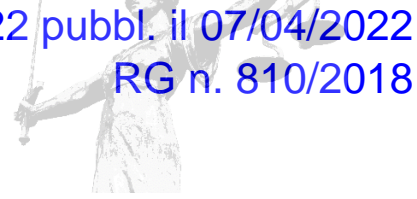
Così radicatosi il contraddittorio, senza lo svolgimento di specifiche attività processuali, all’udienza collegiale del 19 maggio 2021 la Corte aveva trattenuto la causa in decisione, concedendo i termini di cui all’art. 190 c.p.c. Successivamente, con ordinanza in data 15-17 settembre 2021 la Corte aveva rimesso la causa sul ruolo richiedendo alla parte appellata il deposito di alcuni documenti già in atti ma difficilmente leggibili. Datosi corso a tale adempimento, all’udienza collegiale del 1° dicembre 2021 la Corte ha trattenuto la causa in decisione, concedendo i termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica; quindi, scaduti i termini di cui all’art. 190 c.p.c., ha deliberato la presente sentenza nella camera di consiglio del 23 marzo 2022.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L’appellante affida l’odierna impugnazione a **nove motivi** di doglianza.

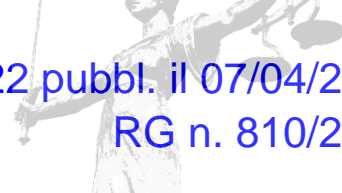
Con il **primo motivo** di impugnazione la sentenza gravata viene censurata





nella sua interezza per avere il primo Giudice ritenuto preclusa alla garante Paolina Tognola, in quanto parte di un rapporto qualificato alla stregua di un c.d. contratto autonomo di garanzia, la facoltà di coltivare eccezioni concernenti l'obbligazione principale, laddove secondo l'appellante non dovrebbe considerarsi decisiva ai fini della qualificazione del negozio come contratto autonomo di garanzia la mera esistenza di una clausola c.d. *solve et repete*, poiché ad assumere rilevanza sarebbero, invero, non soltanto l'espressa qualificazione dell'appellante quale "fideiussore" nei contratti di garanzia prodotti in giudizio, ma anche – e soprattutto – *“la stretta correlazione tra l'obbligazione assunta dalla garante fideiussore ed i contratti garantiti”*, di modo che la causa dei suddetti negozi andrebbe individuata *“nell'allargamento dei soggetti da cui è possibile esigere adempimento dell'obbligazione”*. L'appellante deduce, quindi, che, anche qualora si qualificasse quale garanzia autonoma quella per cui è causa, l'accessorietà dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio principale non verrebbe comunque mai del tutto a mancare l'impermeabilità del contratto autonomo di garanzia alle eccezioni di merito del garante trovando un limite *“oltre che nel caso in cui sia proponibile la cosiddetta exceptio doli generalis seu praesentis [...] quando le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia; quando esse ineriscano al rapporto tra garante e beneficiario; quando il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito; quando, infine, la nullità del contratto-base dipenda da*





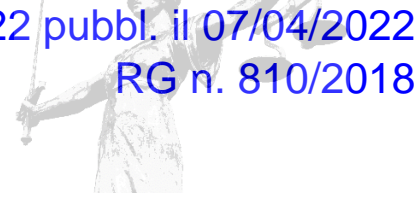
contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta"; da ciò derivando la piena legittimazione di Paolina Tognola all'allegazione delle eccezioni dedotte in giudizio, queste ultime concernendo profili di nullità del contratto-base.

Va, anzitutto, premesso che la configurazione del rapporto negoziale alla stregua del contratto autonomo di garanzia anziché di fideiussione per obbligazione futura con clausola "*solve et repete*", ai sensi dell'art.1462 c.c., non è priva di conseguenze.

Non lo è con riferimento al rapporto principale garantito, perché nel primo caso il garante può opporre soltanto l'*exceptio doli generalis seu praesentis*, oltre s'intende all'eccezione di nullità dell'obbligazione principale, o di clausole ad essa afferenti¹, mentre nel secondo caso, egli "*può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità*" (art.1945 c.c.), essendo soltanto tenuto ad

¹ **Cass. Sez. 1 - , Sez. 1 - , Ordinanza n. 20397 del 25/08/2017:** <<Nel contratto autonomo di garanzia, improntandosi il rapporto tra il garante e il creditore beneficiario a piena autonomia, il garante non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che essa dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento; tuttavia si deve escludere che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunichi sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione - eccezion fatta per la previsione di interessi usurari - non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto finanche l'anatocismo, così come si ricava dagli artt. 1283 c.c. e 120 del d.lgs. n. 385 del 1993. >> **Cass. sez. 1 - , Ordinanza n. 371 del 10/01/2018:** << 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.>>; in senso conforme di recente **Cass. Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 3873 del 16/02/2021**





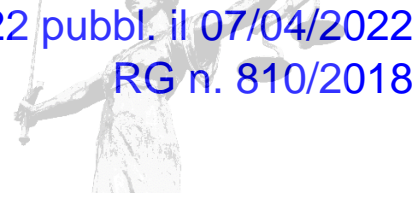
adempiere immediatamente, a richiesta del creditore, in quanto non gli è consentito “*opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta*”, se non per far valere “*eccezioni di nullità, di annullabilità, di rescissione del contratto*” (art.1462, primo comma, c.c.), e sempre ferma la facoltà per il giudice, ricorrendo gravi motivi, di “*sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione*” (art.1462, secondo comma, c.c.).

Non lo è, soprattutto, nel rapporto di garanzia, perché al fideiussore – e non all’obbligato in forza di garanzia autonoma – sono riservati nel rapporto con il creditore principale i diritti di cui agli articoli 1955 c.c. (liberazione per fatto del creditore), 1956 c.c. (liberazione del fideiussore per obbligazione futura correlata alla concessione di nuova finanza in presenza di un aggravamento delle condizioni patrimoniali del debitore principale), 1957 c.c. (decadenza dalla garanzia per mancato esercizio nel termine di sei mesi dalla scadenza dell’obbligazione principale).

E dunque prioritario appare l’accertamento in ordine alla configurazione della garanzia come autonoma oppure come fideiussoria.

Va premesso che l’inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento “a prima richiesta” (quale quella di cui all’art.7 del contratto di garanzia, *infra*) generalmente è idonea a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessoriarietà che caratterizza il contratto di fideiussione; tuttavia, è orientamento della





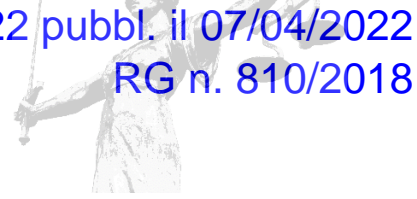
Suprema Corte quello per cui allorquando vi sia un'evidente discrasia tra una clausola di tal guisa e l'intero contenuto della convenzione negoziale, *“ai fini dell'interpretazione della volontà delle parti, pur in presenza della clausola predetta, il giudice è sempre tenuto a valutarla alla luce della lettura dell'intero contratto”* (Cass., 19.02.2019, n. 4717).

Si riportano, quindi, le disposizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9 della fideiussione, che recitano: Art. 7. *“Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla banca, a semplice richiesta scritta, anche in caso di opposizione del debitore, quanto dovutole per capitale, interessi, spese, tasse ed ogni altro accessorio. In caso di suo ritardo nel pagamento, il fideiussore è tenuto a corrispondere alla banca gli interessi moratori nella stessa misura ed alle stesse condizioni previste a carico del debitore. L'eventuale decadenza del debitore dal beneficio del termine si intenderà automaticamente estesa al fideiussore. Il fideiussore riconosce alla banca il diritto di stabilire a quali delle obbligazioni del debitore debbono imputarsi i pagamenti da lui fatti.”*

Art. 8. *“Nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende fin d'ora estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate.”*

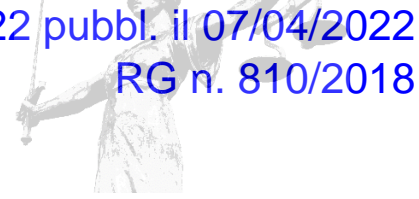
Art. 9. *“Nessuna eccezione può essere opposta dal fideiussore riguardo al momento in cui la banca esercita la sua facoltà di recedere dai rapporti con il debitore”.*





Va rilevato che la distinzione tra contratto autonomo e fideiussione non va operata attribuendosi prioritaria rilevanza alla locuzione adottata dalle parti. Non è vero, infatti, che la previsione del pagamento a prima richiesta, ancorché eventualmente accompagnata alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione ex art.1944 c.c., comporti sempre, quale automatica conseguenza, quella della configurazione del rapporto come di garanzia autonoma: l'affermazione che in tal senso appare espressa dalle SS.UU. della Suprema Corte (Cass. 3947/2010) va, infatti, correlata ad un altro, ben più pregnante, principio, espresso nella medesima sentenza, quello secondo cui *“il contratto autonomo di garanzia (c.d. Garantievertrag), espressione dell'autonomia negoziale ex art.1322 cod.civ., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale e prestazione dovuta dal garante; inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un*

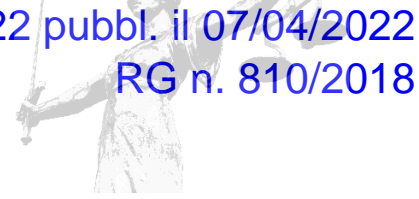




“vicario” del debitore, l’obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all’obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all’adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore”.

La distinzione, in base al predetto criterio, opera perciò non già in relazione alle parole impiegate, bensì sulla base del confronto tra la prestazione dedotta in garanzia e quella da essa appunto garantita; laddove quest’ultima ne risulti “vicariata” dall’obbligazione di garanzia, si sarà in presenza di fideiussione; nel caso in cui, invece, l’obbligazione di garanzia svolga funzione compensativa del danno determinatosi in ragione dell’inadempimento dell’obbligato principale, e si sostanzia in una prestazione *“qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all’adempimento del debito principale”*, dovrà ravvisarsi il contratto autonomo di garanzia: ciò che differenzia le due fattispecie è dunque la causa, che nel caso di fideiussione si sostanzia nella richiesta di adempimento, rivolta al garante anziché all’obbligato principale (con ciò manifestandosi il carattere di accessorietà rispetto all’obbligazione principale), mentre nel caso di garanzia autonoma si realizza nella richiesta di una prestazione diversa, di regola costituita da un indennizzo predeterminato (in

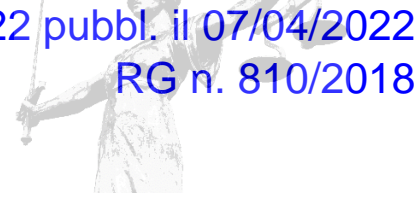




buona sostanza una penale non riducibile), svincolato dalla prestazione oggetto del rapporto fondamentale così come dalla stessa commisurazione della natura dell'inadempimento (ritardo, inesattezza, incompletezza) e dalla sua maggiore o minore gravità. Nella logica della pura e semplice traslazione del rischio economico dell'affare.

Ciò posto, si è qui in presenza di documenti, quelli prodotti in monitorio, certamente riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 1938 c.c., il cui oggetto è individuato dalle seguenti locuzioni: *“con la presente Vi comunichiamo di costituirci fideiussori del Fin.Se.Ta s.r.l. corrente in via 4 novembre 3 Lovere (BG) e dei suoi successori o aventi causa, sino alla concorrenza dell'importo di euro 799.135,00 per l'adempimento delle obbligazioni verso Unicredit Banca S.p.A., dipendenti da operazioni bancarie di qualunque natura, già consentite o che venissero in seguito consentite al predetto nominativo o a chi gli fosse subentrato, quali, ad esempio: finanziamenti sotto qualsiasi forma concessi, aperture di credito, aperture di crediti documentari, anticipazioni su titoli, su crediti o su merci, sconto o negoziazione di titoli cambiari o documenti, rilascio di garanzie a terzi, depositi cauzionali, rapporti, compravendita di titoli e cambi, operazioni di intermediazione o prestazioni di servizi [...] La fideiussione garantisce inoltre qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovasse in qualunque momento ad avere verso codesta banca in relazione a garanzie già prestate o che venissero prestate dallo stesso debitore a favore di codesta banca nell'interesse di terzi, per le*





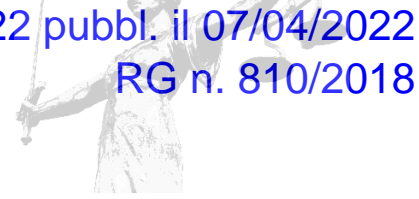
quali dichiariamo sin d'ora di considerarci solidalmente obbligati nei confronti di codesta banca e ciò indipendentemente dalla sussistenza delle condizioni stabilite dall'art.1948 cod.civ. [...] La fideiussione garantisce tutto quanto dovuto dal debitore per capitale, interessi, anche se moratori, ed ogni altro accessorio nonché per ogni spesa, anche se di carattere giudiziario, spese di iscrizione ipotecaria comprese, ed ogni onere tributario². [...] Il fideiussore risponde, oltre che delle obbligazioni del debitore in essere al momento in cui la banca ha preso conoscenza del recesso, di ogni altra obbligazione che venisse a sorgere o a maturare successivamente in dipendenza dei rapporti esistenti al momento suindicato”³.

Nel caso in esame non è, quindi, dato ravvisare alcuna effettiva distinzione dell'oggetto tra le due obbligazioni (quella del rapporto fondamentale e quella del rapporto di garanzia), né della causa dei due rapporti (tale per cui l'oggetto della garanzia, avente finalità di mera copertura del rischio economico, si presenti come del tutto distinto rispetto a quello dell'obbligazione oggetto del rapporto fondamentale), che sola potrebbe giustificare la qualificazione della garanzia contrattualmente assunta come autonoma: la garanzia è al contrario strutturata proprio mediante l'assunzione, da parte del garante, sia pure entro un predeterminato limite quantitativo, delle medesime obbligazioni che verso la banca ha assunto la debitrice principale.

² Art.1

³ Art.4, comma 2





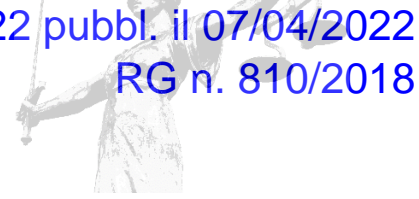
Conclusione quest'ultima non smentita bensì confermata dalla previsione per la quale *“nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione si intende estesa altresì a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate”*⁴: se infatti il finanziamento è ritenuto invalido compete al finanziatore il credito alla restituzione della somma erogata, non maggiorata degli accessori pattuiti; la previsione contrattuale null'altro stabilisce, quindi, se non che anche in tal caso all'obbligato principale, e cioè il soggetto finanziato, se ne aggiunge un altro, e cioè il garante, con funzione vicariante, propria quindi del rapporto di fideiussione e non della garanzia autonoma. Si rileva, infine, che nella lettera di fideiussione non è compresa alcuna rinuncia generale del fideiussore a proporre eccezioni che spetterebbero al debitore principale (art. 1945 c.c.), ma soltanto quella ad opporre eccezioni riguardo al momento in cui la banca intenda esercitare la sua facoltà di recedere dai rapporti col debitore ⁵. La deroga alla disciplina di cui all'art.1957 c.c.⁶ non può costituire argomento a favore della qualificazione del rapporto come garanzia autonoma, perché, se tale fosse, non vi sarebbe bisogno di prevederla, trattandosi di contratto atipico per il quale non opera la disciplina legislativa relativa alla fideiussione.

⁴ Art.8

⁵ Art.9. *Nessuna eccezione può essere opposta dal fideiussore riguardo al momento in cui la banca esercita la sua facoltà di recedere dai rapporti col debitore*

⁶ Art.6. *I diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i termini previsti dall'art.1957 cod.civ., che si intende derogato*



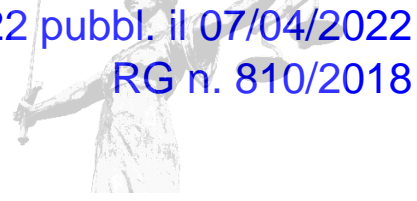


La fattispecie va quindi ricondotta alla fideiussione a prima richiesta, non a quella del contratto autonomo di garanzia.

Sussunta la fattispecie negoziale *de qua* sotto lo schema giuridico della fideiussione a prima richiesta, si passa, dunque, all'esame del **secondo motivo** di impugnazione, per mezzo del quale l'appellante ripropone la domanda di accertamento, non accolta dal Giudice di primo grado, circa la nullità, "*per mancanza di causa, ovvero per contrarietà alla previsione di cui all'art. 1322 c.c., non essendo tali negozi finalizzati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico [...]*" – e poiché – "*la condotta tenuta dalla Unicredit ha violato i precetti di cui all'art. 21 T.U.F.*", dei seguenti contratti *swap* sottoscritti dalla società Fin.Se.Ta.:

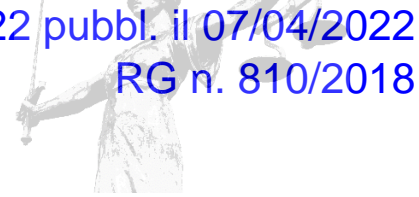
- Interest Rate Swap, stipulato in data 2 luglio 1999, con nozionale di euro 1.032.913,80;
- Convertible Swap, stipulato in data 8 giugno 2000, con nozionale di euro 1.291.142,25;
- Convertible Swap CMS, stipulato in data 3 luglio 2000, con nozionale di euro 1.291.142,25;
- Q 3D Zeta Swap stipulato in data 10 gennaio 2001, con nozionale di euro 2.582.284,50;





- Atlantic Swap, stipulato in data 13 luglio 2001, con nozionale di euro 2.582.284,50;
- Atlantic Swap CMS, stipulato in data 18 ottobre 2001, con nozionale di euro 2.582.284,50;
- Extra Swap, stipulato in data 15 maggio 2002, con nozionale di euro 2.600.000,00; con la Cassa di Risparmio di Torino S.p.a.:
- Interest rate swap stipulato in data 2 marzo 2000, con nozionale di euro 1.032.913,80;
- MIB 30 Depo Swap stipulato in data 13 ottobre 2000, con nozionale di euro 516.457,00;
- Q 3D Zeta Swap stipulato in data 10 gennaio 2001, con nozionale di euro 2.582.284,50;
- Q 3D Zeta Swap + CMS, stipulato in data 11 febbraio 2002, con nozionale di euro 2.065.827,60;
- Extra Swap, stipulato in data 11 giugno 2002, con nozionale di euro 2.065.000,00; con la UniCredit Banca D'Impresa S.p.a.:
- Extra 2 Swap, stipulato in data 14 marzo 2003, con nozionale di euro 5.200.000,00;
- Inflazione Swap, stipulato in data 7 aprile 2004, con nozionale di euro 5.200.000,00;



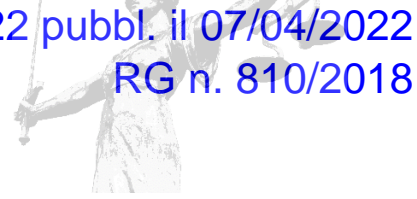


- Inflazione Swap, stipulato in data 18 ottobre 2004, con nozionale di euro 5.200.000,00;
- IRS Variabile Protetto, stipulato in data 10 giugno 2005, con nozionale di euro 4.500.000,00;
- Interest Rate Swap, stipulato in data 7 settembre 2006, con un nozionale di euro 6.000.000,00.

L'appellante lamenta, invero, che in conseguenza di reticenze informative della Banca, contrarie agli obblighi di correttezza, trasparenza e informazione e tali da non rendere determinabile la *“formula matematica alla quale le parti intendono fare riferimento per procedere all’attualizzazione dei flussi finanziari futuri attendibili in forza dello scenario esistente”* (c.d. *mark to market*) – ritenuto dall’appellante un elemento essenziale del contratto derivato, costituendo *“l’oggetto stesso del contratto”* – la società Fin.Se.Ta. non sarebbe stata posta nella condizione di comprendere *“gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi e, quindi, ex ante la reale portata dell’alea assunta”*; da ciò derivando la nullità per indeterminabilità dell’oggetto dei suddetti contratti.

Va premessa, in primo luogo, l’inammissibilità dell’eccezione sollevata dall’odierna appellata circa l’incompetenza dell’adita Corte a decidere sui contratti derivati *de quibus*, fondata sull’esistenza di una clausola compromissoria, posto che tale questione avrebbe dovuto essere eccepita nella

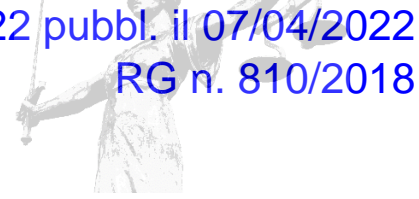




comparsa di risposta nel primo grado del giudizio, in conformità all'orientamento della Suprema Corte, secondo cui *“in considerazione della natura giurisdizionale dell'arbitrato e della sua funzione sostitutiva della giurisdizione ordinaria [...] l'eccezione di compromesso ha carattere processuale ed integra una questione di competenza, che deve essere eccepita dalla parte interessata, a pena di decadenza e conseguente radicamento presso il giudice adito del potere di decidere in ordine alla domanda proposta, nella comparsa di risposta e nel termine fissato dall'art. 166 c.p.c. Né la competenza arbitrale [...] può essere assimilata alla competenza funzionale, così da giustificare il rilievo officioso ex art. 38, comma 3, c.p.c., atteso che essa si fonda unicamente sulla volontà delle parti”* (Cass., Sez. VI-I, 06.11.2015, n. 22748). Va rilevato, peraltro, che proprio la parte appellata, la quale eccepisce nel presente grado la sussistenza della clausola *de qua*, ne aveva contestato l'operatività nel corso del primo grado del giudizio, sull'assunto che le controversie compromettibili in base alla suddetta clausola fossero solamente quelle “derivanti” o “inerenti” i contratti derivati, laddove nel caso di specie la contesa sarebbe derivata dal contratto di conto corrente.

Va premesso, in secondo luogo, da un lato, che nell'elenco dei contratti derivati impugnati per asserita nullità da parte dell'appellante non vi è traccia, né nell'ambito della parte espositiva (pp. 24-26 dell'atto d'appello), né in sede di conclusioni, del contratto derivato stipulato in data 11 ottobre 2006 n. 06101100030, che ha generato l'addebito della somma di euro 1.198.870,59,

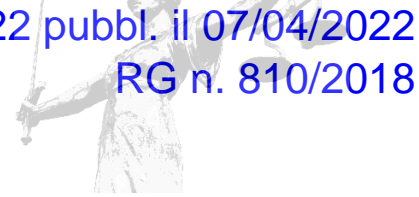




con la conseguenza che il suddetto contratto deve considerarsi non contestato; da un altro lato, che la società Fin.Se.Ta, allorquando ha sottoscritto i suddetti contratti, rivestiva la forma giuridica della S.r.l., cosicché va ritenuto pacifico che essa avesse sottoscritto i contratti *de quibus* nella qualità di operatore qualificato ai sensi dell'art. 31 Regolamento Consob n. 11522/98.

Dal pacifico *status* di operatore qualificato della società discendono, quindi, conseguenze quali la disapplicazione degli obblighi - anche informativi - di cui agli articoli 27, 28, 29, 30, comma 1, fatta eccezione per il servizio di gestione, e commi 2 e 3, 32, commi 3, 4 e 5, 37, fatta eccezione per il comma 1, lettera d), 38, 39, 40, 41, 42, 43, comma 5, lettera b), comma 6, primo periodo, e comma 7, lettere b) e c), 44, 45, 47, comma 1, 60, 61 e 62. In particolare, il regolamento Consob 11522/98 prevedeva la disapplicazione, nei confronti degli operatori qualificati, del disposto di cui all'art. 28 del medesimo regolamento, di modo che non poteva dirsi sussistente in capo alla Banca l'obbligo di consegnare alla società Fin.Se.Ta. il "*Documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari*", né quello di fornire "*informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento*", la condizione di operatore qualificato determinando "*il contenimento degli evocati obblighi in misura proporzionale al ridursi, per il possesso dei requisiti di professionalità che quella condizione postula, della c.d. asimmetria*





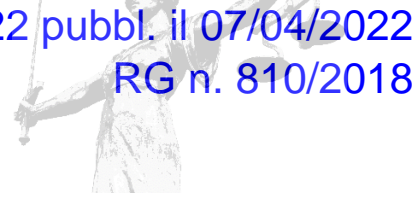
informativa tra intermediario e investitore, il cui citato art. 21 è destinato a porre rimedio” (App. Milano, 15.01.2015).

Va premesso, in terzo luogo, che la società Fin.Se.Ta. aveva approvato specificamente la clausola di cui all’art. 4 “*Aleatorietà dei singoli contratti*” delle norme relative alle operazioni di *Interest Rate Swap* (doc. 40-42 del fascicolo di parte appellante), ove si prevede espressamente che “*il cliente prende atto che il valore dei contratti oggetto del presente accordo è soggetto a notevoli variazioni e che, pertanto, l’investimento effettuato su tali strumenti comporta l’assunzione di un elevato rischio di perdite, preventivamente non quantificabili, non sussistendo, dunque, alcuna garanzia di mantenere invariato il valore di detto investimento*”.

Passando all’esame delle singole questioni sottoposte alla cognizione di questo Collegio per mezzo del secondo motivo di doglianza, va dichiarata, da una parte, l’inammissibilità dell’eccezione dell’appellante circa la nullità per mancanza di causa dei contratti derivati *de quibus*, attesa l’assenza di alcuna allegazione atta ad illustrare la suddetta questione, e, dall’altra, l’infondatezza dell’eccezione di nullità per indeterminabilità dell’oggetto contrattuale dei suddetti rapporti, per le ragioni che seguono.

La Suprema Corte a Sezioni Unite ha, invero, definito l’*Interest Rate Swap* come “*il contratto derivato che prevede l’impegno reciproco delle parti di pagare l’una all’altra, a date prestabilite, gli interessi prodotti da una stessa*

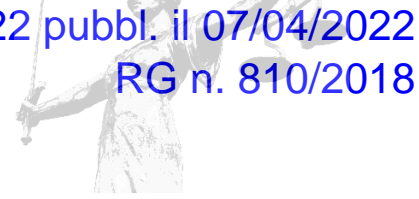




somma di denaro, presa quale astratto riferimento e denominato nozionale, per un dato periodo di tempo” (Cass., Sez. Un., 15.05.2020, n. 8770), gli elementi essenziali del contratto *de quo* essendo stati individuati dai Giudici di legittimità ne: a) la data di stipulazione del contratto (*trade date*); b) il capitale di riferimento, detto nozionale (*notional principal amount*), che non viene scambiato tra le parti, e serve unicamente per il calcolo degli interessi; c) la data di inizio (*effective date*), dalla quale cominciano a maturare gli interessi (normalmente due giorni lavorativi dopo la *trade date*); d) la data di scadenza (*maturity date* o *termination date*) del contratto; e) le date di pagamento (*payment dates*), cioè quelle in cui sono scambiati i flussi di interessi; f) i diversi tassi di interesse (*interest rate*) da applicare al detto capitale.

Questi essendo gli elementi essenziali, va rilevato che il c.d. *mark to market*, definito dalla medesima Corte come la “*stima del valore effettivo del contratto ad una certa data (anche se, in astratto, il mark to market non esprime un valore concreto ed attuale, ma una proiezione finanziaria). Il mark to market è, dunque, tecnicamente un valore e non un prezzo, una grandezza monetaria teorica calcolata per l’ipotesi di cessazione del contratto prima del termine naturale. Più precisamente è un metodo di valutazione delle attività finanziarie che si contrappone a quello storico o di acquisizione attualizzato mediante indici di aggiornamento monetario, che consiste nel conferire a dette attività il valore che esse avrebbero in caso di rinegoziazione del contratto o di scioglimento del rapporto prima della scadenza naturale*” (v. in





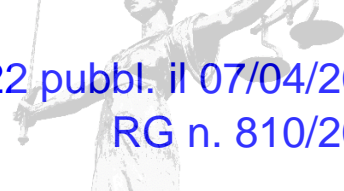
motivazione Cass., Sez. Un., 15.05.2020, n. 8770), non costituisce l'oggetto del contratto di *Interest Rate Swap*, né può essere considerato un elemento essenziale dello stesso.

Oggetto del contratto *de quo* sono, infatti, le reciproche obbligazioni delle due parti di pagare l'una all'altra, a scadenze prestabilite, il differenziale sussistente tra le due somme, calcolate su un medesimo capitale di riferimento, con applicazione di due determinati parametri differenti per le due parti, laddove il *mark to market* esprime, invece, il valore che, in ciascun momento della sua esistenza, assume il contratto di IRS, inteso quale costo che un terzo estraneo al contratto è disposto a pagare o chiede di ricevere, a seconda dei casi, per subentrare nel contratto, ovvero quale costo che una delle due parti è tenuta a pagare all'altra o pretende di ricevere da questa per chiudere anticipatamente il contratto.

La circostanza per cui nei contratti derivati contestati non sia evidenziato il criterio per la determinazione del valore del *mark to market* non assume rilevanza ai fini dell'accertamento della nullità dei suddetti contratti, posto che tale valore può essere calcolato, in qualunque momento, determinando l'ammontare attualizzato dei flussi monetari, che, da quel momento, ci si aspetta che dovranno essere complessivamente pagati da ciascuna delle due parti all'altra ed è pari alla differenza tra i due flussi suddetti.

Gli elementi per il calcolo dell'entità dei flussi necessari per la sua





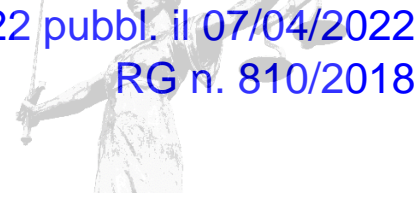
determinazione – cioè durata del contratto, date di pagamento, capitale di riferimento, tasso fisso pattuito, regola di computo degli interessi – sono esplicitamente indicati nei contratti di IRS oggetto di contestazione, o, comunque, reperibili con gli applicativi pubblicamente disponibili⁷, fermo restando che “*il modello per effettuare la valutazione concreta di tale istituto è standard, cioè l’unico di uso comune per la valutazione degli strumenti finanziari oggetto di causa (cioè Interest Rate Swap del tipo Plan vanilla), non essendovi, quindi, alcuna necessità di un suo richiamo nel contratto*” (App. Milano, 28.07.2020, n. 2003).

Va evidenziato, inoltre, che alla data di conclusione dei suddetti contratti derivati non era ancora vigente la Comunicazione Consob n. 90109104 del 2 marzo 2009, che ha raccomandato di esplicitare nel contratto il valore del *fair value*, la mancata esplicita indicazione di tale valore certamente non potendo comportare alcuna nullità dei contratti IRS conclusi tra la società e la Banca in data antecedente l’entrata in vigore della suddetta Comunicazione.

In sostanza, benché l’elemento del *mark to market* non consista nell’oggetto contrattuale degli *Interest Rate Swap*, esso risulta, ad ogni modo, pienamente determinabile in via oggettiva nei contratti derivati per cui è causa, come confermato, del resto, dal fatto che il consulente di parte appellante sia stato perfettamente in grado di calcolare tale valore per ciascuno dei contratti

⁷ I dati di mercato a cui occorre far riferimento per effettuare il calcolo del *mark to market* sono pubblicamente disponibili per mezzo di applicativi, quale l’applicativo Bloomberg.





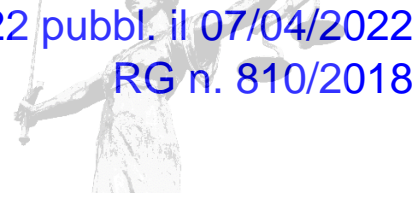
derivati presi in esame nella perizia prodotta in giudizio, con la conseguenza che, in definitiva, il secondo motivo di doglianza non può trovare accoglimento in alcuna delle sue declinazioni.

Con il **terzo**, il **quarto**, il **quinto**, il **sesto**, il **settimo**, l'**ottavo** ed il **nono** motivo di doglianza l'appellante censura presunte patologie concernenti i rapporti di conto corrente intrattenuti dalla società Fin.Se.Ta. s.n.c. con istituti di credito in oggi tutti confluiti nella Unicredit S.p.a.:

- a) con la filiale di Bergamo dell'allora Cassa di Risparmio di Torino S.p.a. il rapporto di conto corrente contraddistinto con il numero 2133445335, estinto in data 20 gennaio 2004 ed il cui relativo saldo è stato accreditato sul conto corrente contraddistinto con il numero 4215090 acceso presso Unicredit Banca d'Impresa S.p.a.;
- b) con la Filiale di Costa Volpino (BG) della allora Cassa di Risparmio delle Province Lombarde- Bipop Carire S.p.a. il rapporto di conto corrente contraddistinto con il numero 15270, estinto in data 20 maggio 2005;
- c) a decorrere dal 7 dicembre 1998, con la Filiale di Seriate dell'allora Credito Italiano S.p.a. il rapporto di conto corrente contraddistinto con il numero 11738/00 (successivamente rinumerato con il n. 300/4215090).

Va premessa, anzitutto, l'inammissibilità ai sensi dell'art. 345, comma 2 c.p.c. del **sesto** motivo di impugnazione, per mezzo del quale l'appellante chiede a





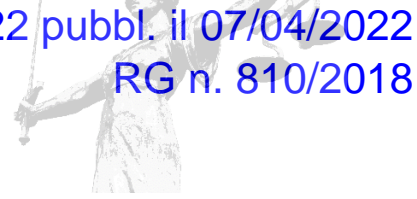
questa Corte di accertare e dichiarare “*non dovute, per indeterminatezza e indeterminabilità dell’oggetto, ed in ogni caso perché prestazione senza causa, le somme addebitate a titolo di spese di chiusura, di penale di sconfinò, di diritti di segreteria e di spese liquidazione interessi debitori*”, atteso che nell’atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, così come nella memoria di cui all’art. 183, comma 6, n.1 c.p.c., l’odierna appellante aveva dedotto la suddetta questione in modo del tutto generico, senza alcuna illustrazione analitica di ciascuna spesa contestata, allegando per la prima volta nell’atto d’appello la precisa indicazione delle singole spese. (Della medesima questione, peraltro, non vi è alcun riferimento in comparsa conclusionale nel primo grado del giudizio).

Va rilevata, dipoi, la manifesta infondatezza del **terzo** e dell’**ottavo motivo** di doglianza, che per l’intima connessione delle censure con essi formulate verranno analizzati congiuntamente.

Per mezzo del **terzo motivo**, in particolare, parte appellante sostiene che mancherebbe qualsivoglia pattuizione scritta circa le condizioni economiche applicabili al contratto di conto corrente 11738/00, poi rinumerato 300/4215090, declinando tale doglianza sotto il profilo dell’“*illegittima applicazione del tasso di interesse passivo ultralegale determinato senza alcuna pattuizione scritta*”.

Per mezzo del **quinto motivo**, l’odierna appellante deduce il mancato





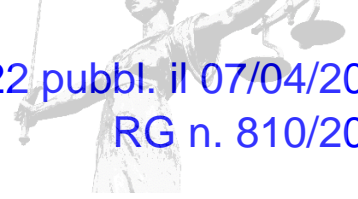
assolvimento da parte della Banca del proprio onere probatorio, sull'assunto che quest'ultima non avrebbe prodotto in giudizio la sequenza completa degli estratti conto a partire dalla data di apertura del conto corrente n. 11738/00, con la consequenziale necessità di partire dal c.d. "saldo zero".

Entrambe le doglianze sono smentite dall'esame della documentazione prodotta in giudizio, da questa emergendo *ictu oculi* non soltanto la pattuizione scritta delle condizioni economiche relative al conto corrente n. 11738/00 (doc. 6 fascicolo monitorio), ma altresì l'esatto assolvimento del proprio onere probatorio da parte della Banca, avendo quest'ultima prodotto la sequenza completa degli estratti conto a partire dal 7 dicembre 1998, data di apertura del suddetto conto, che correttamente era iniziato con saldo pari a zero (doc. 15 del fascicolo monitorio).

Parimenti infondata è la censura affidata al **settimo motivo** di impugnazione, per mezzo del quale l'appellante chiede a questo Collegio di accertare e dichiarare la *"nullità e l'inefficacia di ogni e qualsivoglia pretesa della convenuta banca, in relazione all'indicato rapporto di apertura di credito, per interessi, spese, commissioni, e competenze per contrarietà al disposto di cui alla legge 7 marzo 1996 n. 108, perché eccedente il cosiddetto tasso soglia nel periodo trimestrale di riferimento"*.

Fermo restando che questa Corte intende porsi in continuità con l'orientamento della Suprema Corte, secondo cui *"in materia di contratto di*

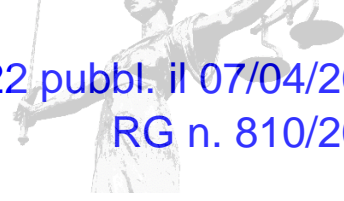




conto corrente bancario, ed in riferimento ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore al primo gennaio 2010 – data di entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 2 bis del d.l. n. 185 del 2008, inserito dalla legge di conversione n. 2 del 2009 – al fine di verificare se sia intervenuto il superamento del tasso soglia dell'usura presunta, come determinato in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, occorre effettuare la separata comparazione del tasso effettivo globale (TEG) dell'interesse praticato in concreto con il "tasso soglia", nonché della commissione di massimo scoperto (CMS) applicata, con la "CMS soglia" (Cass., Sez. I, 18.01.19, n. 1464; V. Cass., Sez. Un., 20.06.2018, n. 16303), non essendo, pertanto, condivisibile la tesi di parte appellante secondo cui nel computo del T.E.G. andrebbero inserite anche le commissioni di massimo scoperto, il motivo non può trovare accoglimento.

L'appellante lamenta, invero, come *“in numerosi trimestri”* le competenze abbiano generato un T.E.G. superiore al tasso soglia usurario di riferimento *ex lege*, con ciò prospettando un'ipotesi di usura c.d. sopravvenuta, che, tuttavia, non può assumere alcuna rilevanza, in linea con l'orientamento della Suprema Corte a Sezioni Unite, secondo cui *“allorché il tasso degli interessi concordato [...] superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura, come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in*





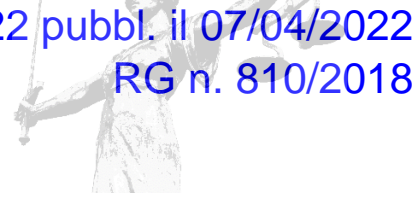
vigore della predetta legge o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula” (Cass., Sez. Un., 19.10.2017, n. 24675).

In sostanza, pacifico essendo il principio giurisprudenziale secondo cui solamente l’usura c.d. originaria, ossia conseguente a specifiche pattuizioni, assume rilevanza ai fini della caducazione delle clausole contrattuali che prevedano un tasso di interessi superiore al tasso soglia, il settimo motivo di doglianza non può trovare accoglimento, attesa l’assenza di qualsivoglia allegazione circa la sussistenza di specifiche pattuizioni dalla natura usuraria e del loro eventuale porsi in rapporto di causalità con i lamentati superamenti.

Va rilevata, d’altra parte, la fondatezza del **quarto motivo** di doglianza, per mezzo del quale l’appellante chiede a questa Corte di accertare la “*nullità della previsione contrattuale inerente la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi*” e, conseguentemente, di dichiarare non dovute le somme corrisposte a titolo di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi.

Deve, invero, considerarsi nulla la pattuizione di cui all’art. 7 del contratto di apertura del conto corrente n. 11738/100 del 1998, ove si prevede che “*i conti che risultino, anche saltuariamente, debitori vengono invece chiusi contabilmente, di norma, trimestralmente e cioè a fine marzo, giugno, settembre e dicembre, applicando agli interessi dovuti dal Correntista e alle competenze di chiusura valuta data di regolamento del conto*”, tosto che prima



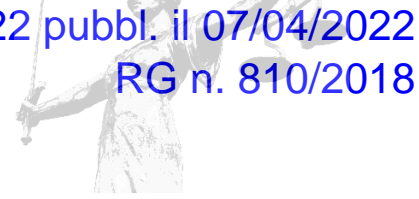


dell'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000 tale previsione poteva basarsi solamente su un uso negoziale (*ex art. 1340 c.c.*), in violazione dell'art. 1283 c.c., che allorquando prevede che l'anatocismo non possa ammettersi "*in mancanza di usi contrari*" esige un uso normativo (v. Cass., Sez. I, 11.11.1999, n. 12507. Cfr. Cass., Sez. I, 04.05.2001, n. 6263; Cass., Sez. III, 13.06.2002, n. 8442).

Nulla la pattuizione anatocistica intervenuta fra le parti anteriormente all'entrata in vigore della soprarichiamata delibera CICR, risulta pacifico che in data 27 gennaio 2003, allorquando il conto n. 11738/00 è stato rinumerato in 300/4215090, è intervenuta fra la società correntista e l'istituto di credito una nuova pattuizione concernente la capitalizzazione degli interessi passivi conforme al dettato di cui alla delibera CICR 9 febbraio 2000 e sottoposta alla specifica approvazione da parte della correntista (doc. 12 fascicolo monitorio).

Parimenti fondata è la doglianza incorporata nel **quinto motivo** di impugnazione, per mezzo del quale l'appellante censura il comportamento della Banca, sull'assunto secondo cui quest'ultima prima del d.l. 185/2008 non avrebbe reso determinabili né l'ammontare né le modalità con cui veniva computata la commissione di massimo scoperto, mentre a partire dal 1° luglio 2009 avrebbe introdotto la "*commissione utilizzi oltre disponibilità su fondi*", avvalendosi del meccanismo dello *ius variandi* di cui all'art. 118 T.U.B., "*pur rappresentando, non una mera modifica delle clausole contrattuali, ma bensì*





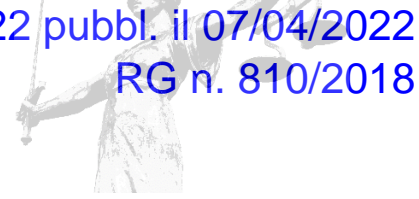
integrazione ed introduzione di nuovi contenuti contrattuali”.

Quanto alla commissione di massimo scoperto va rilevato, da una parte, che la commissione prevista nel contratto di apertura di conto corrente del 7 dicembre 1998 è nulla per indeterminatezza, non essendo ivi state esplicitate le modalità per il suo calcolo, ma essendo stata prevista meramente la misura percentuale applicabile, mentre, dall'altra, che la commissione di massimo scoperto pattuita in data 27 gennaio 2003 è valida, risultando determinabile sia nella misura che nelle modalità per il suo calcolo (doc. 12 fascicolo monitorio, v. documento di sintesi).

Quanto alla commissione utilizzi oltre disponibilità su fondi, di questa va dichiarata la nullità, per le ragioni che si illustrano di seguito.

Va rilevato, invero, che l'art. 2 *bis*, comma 3 della l. 2/2009 prevedeva esplicitamente che i contratti in corso *“alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'art.118, comma 1 T.U.B.”*, con la conseguenza che l'introduzione di una *commissione utilizzi oltre disponibilità su fondi* in sostituzione di una precedentemente esistente CMS, che avvenisse mediante il meccanismo di modifica unilaterale del contratto di cui all'art. 118 T.U.B., disciplinato nella fattispecie *de qua* dall'art. 13 delle condizioni generali del conto corrente di corrispondenza

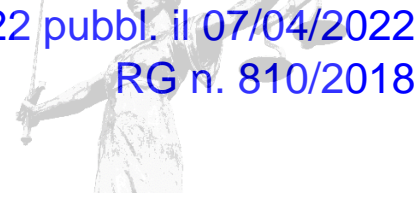




(documento n.12 del fascicolo monitorio), doveva ritenersi perfettamente legittima. Sennonché, la Banca ha introdotto la suddetta commissione in difformità non solo rispetto al disposto di cui all'art. 118 T.U.B., ove si prevede che *“qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente”*, mancando in atti qualsivoglia comunicazione alla società correntista della suddetta modifica contrattuale, ma anche rispetto al soprarichiamato art. 2 bis, comma 3 della l. 2/2009, che prescriveva l'adeguamento alle disposizioni della medesima legge entro centocinquanta giorni, laddove nel caso di specie la Banca ha introdotto la suddetta commissione a partire dal 1° luglio 2009, quando oramai era spirato il termine di centocinquanta giorni decorrente dal 29 gennaio 2009, data di entrata in vigore della l. 2/2009.

In accoglimento del quarto e del quinto motivo, risulta, pertanto, necessario l'espletamento di una CTU avente ad oggetto il conto corrente numero 11738/00 (successivamente rinumerato con il 300/4215090), volta all'epurazione del suddetto conto dagli effetti dell'illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi per il periodo compreso fra il 7 dicembre 1998 e il 27 gennaio 2003 e, parimenti, all'esclusione della commissione di massimo scoperto per il periodo dal 7 dicembre 1998 al 27 gennaio 2003 e della commissione utilizzi oltre disponibilità su fondi dal 1° luglio 2009 al 30 aprile 2012, data di estinzione del conto corrente per cui è causa.





La causa va, pertanto, rimessa in istruttoria con separata ordinanza.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Brescia – Prima Sezione Civile, non definitivamente pronunciando, giudicando sull'appello proposto dalla Sig.ra Paolina Tognola avverso la sentenza del Tribunale di Bergamo in data 23-27 ottobre 2017, n. 2732/2017:

- accoglie il primo motivo di appello;
- rigetta i motivi secondo, terzo, sesto, settimo e ottavo;
- in accoglimento del quarto motivo, dichiara la nullità della previsione contrattuale inerente la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi in essere dal 7 dicembre 1998 al 27 gennaio 2003;
- in accoglimento del quinto motivo, dichiara la nullità della previsione contrattuale inerente la commissione di massimo scoperto in essere dal 7 dicembre 1998 al 27 gennaio 2003 e della commissione utilizzi oltre disponibilità fondi, introdotta a partire dal 1° luglio 2009.

Rimette la causa in istruttoria con separata ordinanza.

Le spese al definitivo.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del 23 marzo 2022.

IL PRESIDENTE EST.

Donato Pianta

