



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI
SEZIONE DISTACCATA DI SASSARI

composta dai magistrati

dott. M.Teresa Spanu Presidente rel.

dott. Cinzia Caleffi Consigliere

dott. Cristina Fois Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento iscritto al n. 7 del Ruolo Affari Contenziosi per l'anno 2021 promosso da

ANGELO CADELANO (C.F.: CDLNGL70R24I452K) e **MARIA PAOLA SCARPA** (C.F.: SCRMPL69D61I452I), elettivamente domiciliati in Cagliari, presso lo studio dell'avv. Andrea Sorgentone, che la rappresenta e difende per procura speciale allegata all'atto di citazione di primo grado,

appellanti

CONTRO

BPER BANCA s.p.a. (C.F.: 01153230360), in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Bologna, presso lo studio dell'avv. Matteo Tassi, che la rappresenta e difende per procura speciale allegata alla comparsa di costituzione,

appellato

All'udienza dell'11-11-2022 la causa è stata tenuta a decisione sulle seguenti

CONCLUSIONI

Nell'interesse degli appellanti: voglia la Corte

- 1) in via principale, accertare e dichiarare la nullità delle quotazioni inviate dalle banche sanzionate dalla CE con le decisioni del 4-12-2013 e del 7-12-2016 per contrarietà all'art. 101 TFUE nonché il difetto di oggettività, affidabilità e determinatezza del tasso Euribor preso a riferimento nel contratto per cui è causa ed in ogni caso la nullità, erroneità ed iniquità della quotazione dell'Euribor così come pubblicata dagli organi deputati al suo calcolo e riportata sui quotidiani economici/fiscali quali ad esempio "Il sole 24 ore", "Milano Finanza" e "Italia Oggi" e similari dal 29 settembre 2005 al 30-05-2008 così come accertato e affermato nelle decisioni e comunicato stampa del 4-12-2013 relativi al caso AT.39914 e del 7-12-2016 della Antitrust della CE, nonché la nullità ex artt. 1346 e 1418 c.c. dell'atto di mutuo per cui è causa, non potendosi calcolare per le nullità predette il tasso di interesse debitore per le rate che facciano riferimento a valori Euribor nulli;
- 2) per l'effetto provvedere al ricalcolo degli interessi come di giustizia e, in ogni caso, per le rate che facciano riferimento ai tassi Euribor compresi dal 26-05-05 al 31-03-2009 (o in subordine fino al 30-05-2008) sempre secondo giustizia e quindi in via principale al tasso legale e solo in subordine ex art. 117 Tub ed in ulteriore subordine applicando quale interesse il solo spread;
- 3) in via subordinata, rideterminare ex art. 1349 c.c., anche facendo ricorso all'equità, il tasso Euribor dal 26-05-05 al 31-03-2009 (o in subordine fino al 30-05-2008) e, per l'effetto, provvedere al ricalcolo degli interessi delle rate che si riferiscono a tale intervallo temporale sommando al tasso Euribor ricostruito lo spread previsto nel contratto;
- 4) accertare e dichiarare nulla la clausola che prevede il calcolo degli interessi in base all'anno civile (365 gg.)/l'anno commerciale (360 gg.), per contrasto con l'art. 821 c.c.;
- 5) accertare e dichiarare nulla la clausola floor di cui all'art. 4 del contratto in atti ove prevede un tasso minimo del 2,5%;
- 6) in accoglimento delle domande che precedono, condannare la convenuta al pagamento delle somme indebitamente pagate dal mutuatario fino alla domanda;

- 7) in via residuale, condannare la banca convenuta alla restituzione delle somme delle quali si è arricchita senza causa in ragione dell'aumento del tasso Euribor dal 26-09-2005 al 31-03-2009;
- 8) con condanna della convenuta alle spese di lite da distrarsi a favore dell'avv. Andrea Sorgentone, che si dichiara antistatario ex art. 93 c.p.c.

Nell'interesse dell'appellato: voglia la Corte

- 1) dichiarare inammissibile e/o comunque infondato in fatto e in diritto l'appello proposto dai sig.ri Cadelano Angelo e Scarpa Maria Paola avverso la sentenza del Tribunale di Sassari n. 506/2020 nella causa civile n. 1140/2018, pubblicata in data 4-06-2020 e non notificata e per l'effetto rigettarlo;
- 2) in vittoria di spese e di competenze di lite del doppio grado del giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 506/2020 il Tribunale di Sassari rigettava la domanda proposta da Cadelano Angelo e Scarpa Maria Paola nei confronti di Unipol Banca s.p.a. e volta alla rettifica del tasso corrispettivo da applicare al mutuo stipulato tra le parti in data 7-12-04, previa declaratoria di illegittimità dei tassi Euribor previsti in contratto quantomeno per il periodo 26-09-2005/30-03-2008, della clausola c.d. floor nonché del calcolo degli interessi ad anno commerciale in luogo dell'anno civile; le spese processuali erano regolate secondo soccombenza.

Gli attori deducevano la indeterminatezza del parametro Euribor richiamato nell'art. 4 del contratto e la sua artificiosa manipolazione - essendo provata la condotta illecita di alcune banche costituite in cartello diretta ad alterarne il valore, come accertato dalla Commissione Europea nelle decisioni del 4-12-2013 e del 7-12-2016 - e chiedevano fosse dichiarata la nullità del tasso complessivo applicato al mutuo, da ricalcolare al tasso legale o al tasso sostitutivo ex art. 117 Tub o ancora facendo ricorso al dettato dell'art. 1349 c.c.; in subordine, invocavano la fattispecie dell'illecito arricchimento. Contestavano altresì la validità della clausola floor prevista nell'art. 4 del contratto, in quanto diretta a procurare un ingiusto vantaggio alla banca laddove riceveva un tasso minimo

garantito ben più alto di quello BCE in danno del cliente consumatore, al quale non era, di contro, garantito un limite massimo di innalzamento del tasso variabile. Ulteriore elemento di indeterminatezza del tasso corrispettivo si rinveniva, secondo gli attori, nella previsione di calcolo ad anno commerciale (360 gg.) in luogo degli ordinari 365 gg. ex art. 821 c.c. Formulavano quindi domanda di ripetizione delle somme pagate in virtù dei titoli dichiarati nulli.

Riconosciuta la determinabilità dell'oggetto anche nell'ipotesi di rinvio ad elementi esterni al contratto purchè prestabiliti e obiettivamente individuabili, il tribunale osservava che le modalità della determinazione del tasso del mutuo erano sottratte alla discrezionalità dell'istituto mutuante ed erano stabilite a priori cosicchè l'eventuale alterazione dei dati confluenti nel procedimento di rilevazione dell'Euribor avrebbe concretato semmai un'ipotesi di responsabilità contrattuale e/o extracontrattuale ma non di nullità dell'art. 4 del contratto.

Il primo giudice escludeva altresì che la clausola floor avesse natura vessatoria e che configurasse un prodotto derivato sottoposto ai clienti in assenza di previa adeguata informativa ex art. 21 Tuf. In particolare, osservava che l'individuazione di tasso minimo in misura superiore a quello fissato dalla Banca Centrale Europea non faceva assumere alla clausola natura vessatoria; inoltre, la formulazione letterale appariva chiara - come ammesso dagli stessi attori - e il peso economico non era ipotizzabile a priori neppure dalla banca, essendo dipendente da variabili esterne. La natura creditizia della dazione a mutuo non risultava snaturata, secondo il giudicante, dall'apposizione di un limite minimo del tasso corrispettivo, immutata la funzione del contratto di mutuo.

Era, infine, riconosciuta la validità del sistema di calcolo ad anno commerciale, da ricondurre ad una scelta di mero carattere matematico immune dalle censure di indeterminatezza mosse dagli attori.

Avverso tale decisione hanno proposto appello Angelo Cadelano e Maria Paola Scarpa, deducendo: (i) l'omessa pronuncia in ordine alla questione di nullità (n. 1 conclusioni) sollevata con riferimento alla illecita manipolazione dei parametri Euribor accertata dalla Commissione Europea, che rendeva inutilizzabile il relativo valore nell'applicazione al rapporto dedotto in giudizio trattandosi di

quotazioni formulate in violazione dell'art. 101 TFUE, peraltro rilevabile d'ufficio; (ii) l'errata applicazione dell'art. 1346 c.c. laddove il primo giudice non considerava che, stante la natura fittizia del parametro Euribor, detto tasso non poteva essere ritenuto determinabile ed affidabile e dell'art. 1439 c.c. nella parte in cui il primo giudice non pronunciava l'annullamento del contratto per vizio del consenso cagionato da dolo della banca, la quale era perfettamente in grado di rendersi conto della manipolazione dell'Euribor e nondimeno se ne avvaleva nella concessione del mutuo, o, in subordine, per errore bilaterale; (iii) la violazione e/o errata applicazione dell'art. 821 c.c. nella parte in cui il tribunale non considerava che l'applicazione dell'anno commerciale aumentava artificiosamente l'ammontare degli interessi corrispettivi; (iv) l'erronea valutazione della clausola floor laddove il tribunale ne escludeva la vessatorietà a fronte dell'evidente squilibrio negoziale dalla stessa introdotto a favore della banca, non compensato dalla fissazione di un cap per il caso di innalzamento dei tassi, senza fornire adeguata informativa al cliente consumatore; inoltre, la errata valutazione della natura dell'operazione, giudicata meramente creditizia mentre era ravvisabile anche una componente finanziaria da trattare ai sensi dell'art. 21 Tuf.

Si è costituita Bper Banca s.p.a. (incorporante Unipol Banca s.p.a.), eccependo preliminarmente l'inammissibilità della domanda come modificata con la terza memoria ex art. 183 c.p.c. e cioè con l'estensione del periodo di ricalcolo dell'ammortamento in luogo di quello originariamente richiesto (dal settembre 2005 al marzo 2009), tanto più che il rapporto di mutuo era stato estinto anticipatamente nel 2015. Nel merito, ha obiettato che il rilievo di nullità era impedito dalla mancata tempestiva allegazione dei relativi fatti ed ha ribadito di essere rimasta estranea alla dedotta manipolazione dei tassi e di non aver posto in essere alcuna condotta per trarre in inganno la parte mutuataria né che fosse riconoscibile un errore nella formazione del consenso; ha chiesto quindi la conferma della sentenza di primo grado.

La causa, previo espletamento di consulenza tecnica d'ufficio, è stata quindi tenuta a decisione sulle conclusioni sopra trascritte.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente si deve rilevare come, fin dall'atto introduttivo del primo grado, gli attori deducevano, oltre al difetto di oggettività, affidabilità e determinatezza del tasso Euribor, in ogni caso la nullità della quotazione Euribor pubblicata nel periodo dal 29-09-2005 al 30-05-2008, come accertato nelle decisioni della Commissione Europea del 4-12-2013 e del 7-12-2016 (v. punto 1 delle conclusioni rassegnate in citazione). Della illegittimità di tali quotazioni era offerta diffusa argomentazione nell'atto di citazione e nella prima memoria ex art. 183 c.p.c., con precisa indicazione delle condotte finalizzate alla manipolazione in violazione dell'art. 101 TFUE. La qualificazione giuridica delle conseguenze di tale violazione sul rapporto dedotto in giudizio ha costituito oggetto di ampio dibattito tra le parti avanti il tribunale, rispetto al quale l'appellante non ha introdotto allegazioni e/o fatti nuovi.

Non corrisponde dunque agli atti di causa che parte attrice, come sostenuto dall'appellato, non facesse valere l'invalidità della clausola contrattuale sugli interessi per derivazione dalla nullità del parametro Euribor manipolato e quindi la questione della violazione di norme imperative nel procedimento di determinazione dell'Euribor nel periodo denunciato atteneva *ab origine* ai fatti costitutivi della domanda (v. conclusioni riportate nella sentenza gravata) e andava esaminata dal primo giudice, essendo comunque rilevabile d'ufficio all'atto di decidere sulla domanda volta ad ottenere il nuovo calcolo dei tassi corrispettivi applicati.

Ciò posto, il primo motivo di impugnazione deve trovare accoglimento nei termini che seguono.

Come è noto, l'Euribor (acronimo di Euro Inter Bank Offered Rate) è il tasso elaborato sulla media delle quotazioni segnalate per operazioni interbancarie da un gruppo di banche europee appartenente alla EBF (oggi EMMI). Si tratta cioè di un tasso medio ricavato dalle stime ritenute applicabili in impieghi a breve termine da un primario istituto europeo nei confronti di soggetto solvibile, privo di riferimento a specifiche rilevazioni di transazioni. Ricevute le quotazioni, la Thomson Reuters, cui è affidata la procedura di calcolo, provvede ad elaborare l'Euribor.

Il richiamo di tale parametro per stabilire *per relationem* le condizioni regolanti il contratto bancario è astrattamente ammissibile, non essendo vietato in modo assoluto dall'art. 117 TUB il rinvio ad

elementi esterni al documento contrattuale obiettivamente identificabili bensì il rinvio ad usi o comunque a parametri non determinabili preventivamente da parte del cliente in quanto rimessi alla decisione unilaterale (e arbitraria) della banca (cfr. Cass. Civ. n. 17110/19).

Il profilo di nullità dedotto in giudizio si fonda invece sulla illegittimità a monte della fissazione del tasso Euribor nel periodo settembre 2005-maggio 2008 (questo è il periodo indicato nella citazione di primo grado e nella memoria n. 1 ex art. 183 c.p.c.), in quanto oggetto di manipolazione da parte di un gruppo di banche all'atto della comunicazione dei dati, come accertato dalla Commissione Antitrust Europea con decisione del 4-12-2013.

In particolare, la Commissione aveva sanzionato la condotta delle banche che avevano costituito un cartello allo scopo di alterare il procedimento di fissazione del prezzo di alcuni componenti dei derivati e quindi il rendimento medio Euribor, condotta consistita nell'aver comunicato e/o ricevuto preferenze per un settaggio a valore costante in dipendenza delle proprie posizioni commerciali o esposizioni, nell'essersi scambiate informazioni non di dominio pubblico sulle intenzioni per l'invio di futuri dati per l'Euribor, nell'aver allineato i dati da comunicare alle informazioni confidenziali ricevute, nell'essersi uniformati ad un livello specifico nella comunicazione dei dati, nell'aver comunicato alle altre banche la quotazione appena inoltrata all'EBF o ancora prima di inviarla.

L'autorità antitrust concludeva che la manipolazione dei tassi Euribor aveva inciso sul normale andamento del mercato degli EIRD attraverso un innalzamento dell'Euribor per favorire la circolazione dei prodotti derivati ad un prezzo falsato e ridurre anticipatamente il fattore di incertezza che sarebbe altrimenti stato presente nel mercato circa il comportamento futuro degli altri competitor, lucrandone un forte guadagno una volta tornato l'Euribor a valori più bassi e così attuando una violazione del principio di libera concorrenza sancito dall'art. 101 TFUE laddove dispone che *“Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra stati membri e che abbiano per oggetto o per l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o*

indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni della transazione ... Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto”.

Trattasi di disposizione di ordine pubblico vincolante per gli stati dell'Unione Europea (v. Direttiva 2014/104/UE), che trova riscontro nel diritto interno italiano all'art. 2 della Legge n. 287/90 ove è statuito: *“Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel a) fissare direttamente di prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”*, norma evidentemente finalizzata a perseguire l'obiettivo di tutelare il libero svolgimento del mercato proibendo qualsiasi distorsione della concorrenza anche mediante comportamenti non negoziali.

La decisione della Commissione Europea - peraltro liberamente consultabile e ormai patrimonio della conoscenza giuridica globale - è prova idonea a supportare la domanda volta alla declaratoria di nullità dei tassi “manipolati” ed alla rideterminazione degli interessi nel periodo coinvolto dalla manipolazione (sulla vincolatività delle decisioni della Commissione v. art. 16 Reg. CE n. 1/03), in quanto emerge inequivocabilmente la prova dell'intesa sulla trasmissione di dati alterati.

In particolare, nell'identificare le condotte vietate la Commissione faceva riferimento: **a)** allo scambio di preferenze per un settaggio a valore costante, basso o alto di certi valori Euribor; queste preferenze andavano a dipendere dalle proprie posizioni commerciali o esposizioni; **b)** allo scambio di informazioni dettagliate non di dominio pubblico sulle posizioni commerciali o sulle intenzioni per futuri invii di dati per l'Euribor; **c)** all'accordo per allineare le proprie posizioni sui derivati sulla base delle condotte sopra descritte; **d)** all'accordo per allineare alcuno uno degli invii futuri di dati per l'Euribor sulla base delle informazioni ottenute attraverso le condotte precedenti; **e)** all'invio di dati Euribor che seguisse una determinata direzione o un livello specifico; **f)**

all'anticipata diffusione tra i traders dei dati da comunicare all'agente calcolatore dell'Euribor. L'autorità Antitrust concludeva poi che *“i valori di riferimento che vengono riflessi nei pressi EIRD si applicano a tutti i partecipanti a quel mercato e che i tassi pregiudizievoli hanno un'importanza fondamentale per l'armonizzazione delle condizioni finanziarie del mercato comune e per le attività bancarie degli stati membri”*.

In questi termini la condotta accertata non consiste in un mero scambio di informazioni, essendo proveniente dai soggetti appositamente intervistati sui valori delle quotazioni utilizzate per confezionare il parametro Euribor.

La diretta incidenza della comunicazione dei dati da parte dalle banche del panel sul procedimento di determinazione dell'Euribor è innegabile e la manipolazione non è certamente superata dalla successiva operazione di eliminazione del 15% delle quotazioni più basse e del 15% delle quotazioni più alte da parte della Reuters, poiché comunque l'effetto dell'alterazione si è comunque ripercosso su tutti i dati.

Non può pertanto convenirsi con l'affermazione del primo giudice laddove riteneva che la determinabilità del tasso esaurisse ogni profilo di validità del tasso Euribor e quindi del tasso contrattuale e che la manipolazione dei dati potesse al più integrare violazione di norme di comportamento rimediabili con l'azione risarcitoria.

La nullità del tasso Euribor nel periodo settembre 2005/maggio 2008 per violazione dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 legge antitrust è invece utilmente invocabile da parte del cliente di un finanziamento bancario indicizzato sull'Euribor, legittimato ad ottenere il ripristino delle condizioni legali anche se il soggetto mutuante non abbia preso parte all'intesa vietata. Invero, la nullità dell'intesa antitrust a monte - recepita per determinare il tasso nel contratto a valle - comporta la nullità per violazione di norme imperative ex art. 1418 c.c. della convenzione di interessi e la conseguente applicazione del tasso legale in luogo del tasso contrattuale parametrato all'Euribor.

Il primo comma dell'art. 1418 c.c. ha concepito un sistema aperto di nullità per violazione di norme imperative, in cui rientra qualsiasi assetto contrattuale che si ponga in contrasto con precetti inderogabili, quale certamente la disciplina posta a tutela della libera concorrenza.

Al rilievo di nullità per violazione di norma imperativa non osta la circostanza che il contratto *de quo* era stato stipulato nel 2004 cioè in data precedente alla accertata condotta anticoncorrenziale e che la Unipol Banca s.p.a. non aveva preso parte al cartello sanzionato dall'autorità antitrust.

Vanno al riguardo sviluppate alcune considerazioni di fondo.

Certamente la verifica della validità del contratto va condotta con riferimento al momento genetico del vincolo negoziale, rispetto al quale, secondo la dottrina tradizionale, sarebbero irrilevanti gli eventi sopravvenuti relativi ad uno degli elementi essenziali, tranne l'ipotesi delle nuove norme a carattere retroattivo, che inciderebbero sugli effetti del rapporto e non sulla validità dell'atto.

La questione merita però ulteriori riflessioni non già sulla ovvia considerazione che il giudizio di validità del contratto espresso al momento del suo perfezionamento non può essere rimosso alla luce di fattori sopravvenuti bensì in ordine alla sorte di quello stesso atto nel corso della sua durata ed alla sua perdurante validità e/o efficacia, in senso diacronico, a seguito dell'insorgenza di nuovi eventi.

Una delle fattispecie che ha dato origine a tale discussione è quella relativa ai contratti di mutuo ed all'incidenza del superamento delle soglie stabilite dalla legge antiusura durante lo svolgimento del rapporto.

In quanto contratto reale, il mutuo si perfeziona con la dazione della *res* cui corrisponde l'obbligo dell'*accipiens* di restituire il *tantundem eiusdem generis*, realizzando così la funzione economico sociale tipica di questo contratto; nondimeno è caratterizzato dalla durata del rapporto quale effetto della programmazione negoziale voluta dalle parti. Ed è proprio con riguardo alla durata che la Suprema Corte è intervenuta per risolvere il contrasto formatosi sulla applicabilità della L. 108/96 ai contratti di mutuo stipulati prima della sua entrata in vigore ed anche a quelli stipulati successivamente e recanti tassi inferiori alla soglia dell'usura, superata poi nel corso del rapporto

(S.U. n. 24675/17: “... più precisamente nel chiarire quale sia la sorte della pattuizione di un tasso d’interesse che, a seguito dell’operatività del meccanismo previsto dalla stessa legge per la determinazione della soglia oltre la quale un tasso è da qualificare usurario, si riveli superiore a detta soglia”), assumendo che le disposizioni normative antiusura, alla luce della norma di interpretazione autentica di cui all’art. 1 c. 1 d.l. n. 394/2000, attribuiscono rilevanza - ai fini della qualificazione del tasso convenzionale come usurario - al momento della pattuizione dello stesso e non al momento del pagamento degli interessi, “valorizzando in tal modo il profilo della volontà e dunque della responsabilità dell’agente”.

L’elaborazione dei diversi orientamenti formatisi sulla materia è ricondotta dalle Sezioni Unite nel solco dell’interpretazione autentica dei precetti di cui agli artt. 644 c.p. e 1815 c. c.c. fornita dalla legge 108/96 come interpretata dall’art. 1 d.l. n. 394/2000, così preservando la clausola originariamente pattuita da qualsiasi censura di invalidità e/o inefficacia sopravvenuta per contrasto con la legge antiusura.

Gli orientamenti contrari appuntavano invece l’attenzione sulla inderogabilità delle disposizioni imperative e sui relativi effetti. Secondo Cass. Civ. Sez. I n. 4092/05 (conf. n. 4093/05, 2140/06, 6550/13), la nullità dei patti determinativi degli interessi con rinvio agli usi o in misura tale da raggiungere la soglia dell’usura, stabilita da norme entrate in vigore successivamente, in difetto di previsione di retroattività, non determina l’invalidità delle clausole originariamente pattuite, ma ne implica l’inefficacia *ex nunc*, traducendosi l’inefficacia sopraggiunta di un accordo di durata in ragione in tutto o in parte estintiva dei diritti con esso costituiti. A sua volta, Cass. Sez. I n. 9405/17 ribadiva il principio adottato nella sentenza n. 17150/16 laddove è sancita l’inefficacia *ex nunc* delle clausole dei contratti in corso divenute contrastanti con le disposizioni della legge 108/96 e la loro conseguente sostituzione con la disciplina legale, osservando che “la norma d’interpretazione autentica contenuta nel citato art. 1 del d.l. n. 394 del 2000, secondo la quale la valutazione dell’usurarietà del tasso d’interesse deve essere svolta sulla base di quello pattuito originariamente, non elimina l’efficacia del rilievo dell’illiceità dovuta al sopravvenuto

superamento del tasso soglia ma esclude che possano essere applicate le sanzioni civili e penali (come specificamente indicato da Corte Cost. n. 29 del 2002) stabilite all'art. 644 cod. pen. e 1815 cod. civ. Questa costituisce l'unica opzione ermeneutica compatibile con la natura inderogabile ed imperativa della determinazione normativa periodica dei tassi soglia per ciascuna tipologia contrattuale ivi prevista".

L'argomentazione posta a fondamento della pronuncia delle Sezioni Unite inerisce invece la portata interpretativa della disposizione inderogabile esaminata, impegnativa per i contraenti soltanto nel momento della formazione dell'accordo anche sul piano della buona fede, pur con qualche "difficoltà" applicativa sul piano dell'esecuzione del contratto (v. pag. 13 sentenza); tuttavia non esclude in radice, ma anzi sembra presupporre, l'interferenza dei fattori sopravvenuti sulla validità ed efficacia dei contratti in corso, ammessa da quell'orientamento che riconosceva la sensibilità dei rapporti pendenti alla normativa sopravvenuta non retroattiva (sulla nullità sopravvenuta cfr. Cass. Civ. n. 827/99, che distingue la disciplina del fatto generatore del rapporto, che resta soggetta alla legge del suo tempo, da quella sul rapporto in corso, "*... la legge (n. 287/90) laddove stabilisce la nullità dell'intesa non chiede di far rilevare l'eventuale negozio che può costituire origine dell'effetto da evitare, ma piuttosto quella situazione, anche ulteriore all'eventuale negozio, che in quanto tale realizza un ostacolo al gioco della concorrenza ... La legge, stabilendone la nullità ad ogni effetto, ha voluto anche togliere l'efficacia di legge tra le parti che un eventuale negozio possiede per sua natura, se validamente costituito*").

In questi termini si propone la questione della ripercussione della nullità delle intese restrittive realizzate per la determinazione dei parametri Euribor sui contratti di mutuo a tasso variabile in corso nel periodo interessato dalla manipolazione.

Anche in questo caso non si discute della nullità della clausola sugli interessi al momento del perfezionamento del contratto bensì della perdurante validità/efficacia o inefficacia in senso stretto della determinazione convenzionale degli interessi che si accerti divenuta in contrasto con la norma imperativa in materia di tutela della libertà del mercato e della concorrenza. Se nella fase dinamica

del rapporto le condizioni stabilite in contratto vengono a porsi in contrasto con una disposizione inderogabile, deve quantomeno riconoscersi un'inefficacia in senso stretto della relativa clausola se non addirittura l'inefficacia derivante da nullità sopravvenuta, intesa quale contrarietà (parziale) del contratto prodottasi durante il suo svolgimento per effetto di un fatto sopraggiunto che impone la verifica della tenuta di validità delle condizioni originariamente pattuite proprio in considerazione della prestazione periodica del pagamento degli interessi (come nell'ipotesi del mutuo a tasso variabile, stipulato dopo l'entrata in vigore della legge 108/96, in cui – per effetto del meccanismo convenzionale di determinazione della misura – venga oltrepassata la soglia usuraria in corso in esecuzione, che soltanto nella prospettiva consegnata dalle S.U. n. 24675/17 rimane irrilevante, mentre comporterebbe nullità sopravvenuta della clausola qualora si privilegiasse il momento del pagamento).

Nella specie, la contrarietà alla norma imperativa non si è concretata al momento della stipulazione del contratto, risalente al 2002, ma nel momento in cui il *tradens* aveva ricevuto interessi frutto di un'intesa nulla sopraggiunta che aveva reso invalida la clausola di determinazione del tasso corrispettivo anche agli effetti di cui all'art. 1284 c. 3 c.c.; in senso contrario si dovrebbe ammettere una deroga al principio *quod nullum est nullum producit effectum* e fare salvo il tasso privo di valido titolo nei rapporti con i destinatari finali della manipolazione, così limitando la tutela dei singoli debitori al solo piano risarcitorio nei confronti degli autori della violazione.

Non è fuor d'opera richiamare la decisione resa dalla Suprema Corte a sezioni unite (n. 41994/21) in materia di fidejussioni *omnibus* conformi al modello ABI dichiarato *in parte qua* anticoncorrenziale dal provvedimento n. 55/05 della Banca d'Italia. Per quel che qui interessa e tenendo conto che in quel caso la pratica anticoncorrenziale aveva comportato l'adozione di clausole standard nei contratti a valle, geneticamente viziati (cfr. Corte d'Appello Milano 29-09-21, Trib. Milano n. 9708/21, Trib. Torino n.3225/20 ove è evidenziato che il parametro Euribor incide invece sulla determinazione dell'entità del corrispettivo dovuto sul finanziamento concesso), il principio di diritto adottato dalle Sezioni Unite spiega che la destinazione ad una pluralità di

operatori di condizioni contrattuali in violazione della legge n. 287/90 altera la libertà del mercato non solo per l'attività imprenditoriale, ma anche per i consumatori, in quanto abbassa il livello qualitativo delle offerte rinvenibili erodendo la libera scelta; la tutela accordata dall'ordinamento - ha proseguito la Corte - non può essere limitata all'azione risarcitoria posto che *“la nullità dell'intesa a monte si riverbera sul contratto stipulato a valle, che ne costituisce un conseguenziale effetto, tanto da legittimare anche un'azione di ripetizione di indebito fondata sulla nullità del contratto medesimo”*.

Se così è, anche nella fattispecie di causa risulta riduttivo sul piano della tutela accordare al consumatore finale esclusivamente l'azione risarcitoria contro i partecipanti al cartello, mentre fare riferimento soltanto alla genesi del rapporto di durata significa confinare la portata della disposizione imperativa alla conclusione del contratto (che, ricordiamo, le S.U. n. 24675/17 hanno preferito in virtù dell'interpretazione autentica della normativa e non per un fatto ontologico) e sterilizzarla durante lo svolgimento del rapporto allorchè la fonte delle prestazioni eseguite dovrebbe invece continuare a mantenersi conforme al precetto.

Di contro, deve ritenersi che il cliente del contratto bancario indicizzato ad un tasso Euribor nullo a monte ha diritto di ottenere la declaratoria di nullità di una clausola che, per effetto della prevista variazione, recepisce in corso di svolgimento del rapporto un parametro nullo, frutto di una condotta in violazione della normativa antitrust, nonchè la ripetizione di quanto pagato senza titolo.

La nullità parziale del contratto di mutuo non travolge l'intero contratto, secondo il principio *utile per inutile non vitiatur*, non essendo dedotta in causa la volontà negoziale di stipulare il mutuo soltanto a quelle condizioni, e prescinde dall'elemento psicologico in capo al mutuante all'atto della stipulazione del contratto.

In applicazione della regola generale di cui all'art. 1284 c.c., gli interessi corrispettivi del mutuo andranno dunque sostituiti dal tasso legale nel periodo in cui il tasso contrattuale è affetto da nullità. Nella specie, il tasso di interesse variabile determinato nell'art. 4 del contratto di mutuo 7-12-2004 con riferimento alla maggiorazione di 1,60 della media aritmetica mensile dell'Euribor a sei mesi

pubblicato sul quotidiano “Il Sole 24 ore” nel mese precedente a quello di applicazione, deve essere sostituito dal tasso legale vigente nel periodo 29-09-05/30-05-08, con una differenza di euro 13.605,00 rispetto all’ammontare degli interessi pacificamente pagati dai mutuatari (v. l’elaborazione dei dati svolta dal c.t.u. nominato nel presente grado).

La sostituzione del tasso deve essere integrale, seppure il tasso Euribor rappresenti la quota variabile cui si aggiunge una quota fissa, posto che il tasso contrattuale non è frazionabile arbitrariamente dall’interprete salvando la quota fissa, verosimilmente determinata anche in ragione della quota variabile.

In accoglimento dell’appello, deve essere dichiarata la nullità del tasso corrispettivo variabile applicato nel periodo 29-09-05/30-05-08 al contratto di mutuo stipulato il 7-12-04 tra Cadelano Angelo e Scarpa Maria Paola e la Unipol Banca s.p.a. e l’appellata deve essere condannata alla restituzione dell’indebita pari ad euro 13.605,00.

Il secondo motivo rimane assorbito dall’accoglimento del primo.

Con il terzo motivo gli appellanti hanno censurato il capo della sentenza di primo grado ove è esclusa un’indebita maggiorazione di interessi calcolati con la formula $365/360$ sul presupposto che la scelta di utilizzare questo metodo matematico non renderebbe di per sé indeterminabile il tasso applicato.

In disparte che la censura sul punto è limitata al richiamo del meccanismo di maturazione giorno per giorno previsto dall’art. 821 c.c., va detto che in linea generale la maturazione degli interessi corrispettivi ad anno commerciale (360 giorni) è compatibile con la libertà contrattuale, essendo l’art. 821 c. 3 c.c. derogabile da una diversa volontà negoziale purchè rappresentata con trasparenza nel documento contrattuale e oggettivamente individuabile. Nella specie, oltre ad essere chiara la determinazione del calcolo degli interessi su 360 gg., non è allegata - e non è immediatamente ricavabile dagli atti - la violazione dell’art. 1322 c.c. in punto di meritevolezza di tutela della scelta negoziale.

Il quarto motivo è parimenti infondato.

L'art. 4 del contratto di mutuo prevede un tasso minimo pari al 2,5% anche a fronte della variabilità derivante dalle quotazioni Euribor.

Gli attori denunciavano il carattere vessatorio di tale previsione, c.d. floor, in quanto assicurava alla mutuante un tasso più alto di quello stabilito dalla BCE e non rendeva edotto il cliente (consumatore) del peso economico che gli veniva così addossato; inoltre, la funzione di stabilizzazione dell'alea conferita alla clausola floor qualificava il contratto quale prodotto finanziario soggetto quindi alle regole informative stabilite dal Tuf.

Il tribunale non ravvisava elementi di vessatorietà nello scostamento dai valori adottati dalla BCE in seno alla politica monetaria, finalizzati a diversi obiettivi macroeconomici e non alla libera contrattazione di mercato in materia creditizia; escludeva anche il prodursi di un vantaggio ingiustificato a favore della banca - la quale non poteva prevedere quale sarebbe stato l'andamento dei tassi (in discesa o in salita) - e la qualificazione del contratto in termini di prodotto finanziario, atteso il permanere della funzione creditizia del mutuo.

Gli appellanti hanno richiamato i principi sanciti dalla Direttiva 93/14/CEE in materia di clausola abusiva nei confronti dei consumatori, il cui contenuto è stato recepito dal Codice del Consumo (artt. 33 e 34). Viene considerata abusiva la clausola che genera uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi delle parti, sempre che non riguardi la definizione dell'oggetto principale del contratto né l'adeguatezza del corrispettivo rispetto al bene o servizio che siano chiaramente individuati.

In questi termini la clausola floor inserita in un contratto di mutuo, che valga a garantire un tasso minimo per la determinazione dell'obbligazione restitutoria, afferisce la prestazione essenziale del mutuatario ex artt. 1813-1815 c.c. nel senso che quantifica la remunerazione del godimento del denaro consegnato, che non potrebbe assumere valore negativo vista la natura naturalmente onerosa del mutuo. Anche a volerla considerare un elemento accessorio che non caratterizza la struttura del contratto (cfr. Corte d'Appello di Milano n. 22836/2022), l'allegato peso economico sperequato si risolve nella specie nel mantenimento di una soglia minima di tasso (2,50%) nell'ambito della libera

contrattazione, chiaramente formulata nei suoi risvolti economici (*“Il tasso minimo contrattuale è stabilito nella misura del 2,50% nominale annuo”*) e accettata dalla parte mutuataria mediante lo strumento dell’atto pubblico. Il vantaggio ritraibile dalla banca mutuante è meramente ipotetico, non potendosi prognosticare l’oscillazione dei tassi e non concretandosi dunque all’atto della inclusione della clausola nel regolamento contrattuale; neppure incide sulla funzione creditizia del mutuo che risulta concesso per un tasso minimo ritenuto congruo evidentemente da entrambe le parti, senza trasferimento di rischio da investimento in capo al mutuatario come nell’ipotesi di sottoscrizione di collegati contratti di swap.

Gli appellanti hanno sostenuto al riguardo che la componente floor costituisca un derivato implicito, con conseguente applicabilità delle disposizioni del Tuf in materia di acquisto di prodotti finanziari. Di contro, va osservato che la previsione di una soglia minima rigida e impermeabile alle oscillazioni del tasso di riferimento non introduce elementi di alea sui flussi economici scambiati tra le parti essendo certa e predeterminata l’oscillazione minima, bensì entra e rimane assorbita nella causa tipica del mutuo a tasso variabile laddove regola la controprestazione degli interessi in modo che non assuma valori negativi o sotto il limite ritenuto remunerativo compreso lo spread così modificando il piano finanziario di restituzione.

E’ stata in dottrina ipotizzata la qualificazione in termini di derivato - e la conseguente assunzione di autonoma individualità anche funzionale rispetto al mutuo - nel caso la clausola venga strutturata in termini di opzione che la banca può esercitare in casi determinati (per es. al momento della chiusura del finanziamento o dell’estinzione anticipata), dovendosi in quel caso regolare i rispettivi flussi economici ad un valore che era incerto al momento della conclusione del contratto, fattispecie che non ricorre nel caso in esame.

Neppure dalla circolare della Banca d’Italia menzionata dagli appellanti (v. anche provvedimento del 30-09-2016) si ricava una interpretazione secca e univoca della clausola floor, ivi analizzata sotto il profilo dell’opzione che si traduce in una serie di posizioni distinte sul tasso fisso e sul tasso variabile.

La censura si rivela dunque infondata.

Le spese processuali di entrambi i gradi vanno compensate tra le parti in considerazione della novità delle questioni trattate e della reciproca soccombenza parziale.

Le spese di consulenza tecnica, già liquidate, vanno poste a carico delle parti metà ciascuno.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria domanda ed eccezione:

- 1) in parziale accoglimento dell'appello proposto da Cadelano Angelo e Scarpa Maria Paola avverso la sentenza n. 506/20 del Tribunale di Sassari, che nel resto si conferma, dichiara la nullità dei tassi applicati al rapporto di mutuo stipulato tra le parti in data 7-12-04 nel periodo 29-09-05/30-05-08 e condanna Bper Banca s.p.a. alla restituzione in favore degli appellanti della somma di euro 13.605,00; rigetta nel resto;
- 2) compensa tra le parti le spese processuali;
- 3) pone a carico delle parti per metà ciascuno le spese di consulenza tecnica, già liquidate.

Così deciso in Sassari il 16-02-2023

Il Presidente rel.

Dott. Maria Teresa Spanu