N. R.G. 3990/2018

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO di COSENZA

Seconda Sezione Civile

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Pietro Sommella
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **3990/2018** promossa da:

[redacted]E C. S.A.S., assistito dall'avv. [redacted], ed elettivamente domiciliato in CORSO [redacted]

ATTORI OPPONENTI

contro

[redacted]S.P.A., assistito dall'avv. [redacted], ed elettivamente domiciliato in VIA [redacted] COSENZA;

CONVENUTA OPPOSTA

OGGETTO: Bancari (deposito bancario, cassetta di sicurezza, apertura di credito bancario)

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni del 22.12.2022

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

0. Si premette che la presente motivazione viene redatta in forma sintetica, in conformità alla riforma degli artt. 132 c.p.c./118 disp Att. c.p.c. di cui alla legge n. 69/2009, direttamente applicabile alla fattispecie.

Con atto di citazione notificato il 02.10.2018, [redacted]E C. S.A.S. ha proposto opposizione al decreto ingiuntivo n. 922/2018 che ha intimato lei il pagamento, in solido con [redacted] anche essa opponente in proprio, e al sig. [redacted] della somma di € 46.586,51, oltre interessi nonché spese del monitorio, in forza del mancato pagamento di rinveniente dal saldo debitorio di un rapporto di conto corrente, il 36906, stipulato presso la Filiale di Cosenza della [redacted]

A fondamento della richiesta di revoca del monitorio, l'opponente ha dedotto: la inidoneità della certificazione ex art. 50 TUB, la inefficacia, illegittimità e nullità delle fideiussioni personali, anche in ragione della conformità delle stesse allo schema di contratto predisposto dall'ABI, la inesistenza del rapporto di conto corrente in ragione della assenza di un contratto sottoscritto dal correntista, la illegittimità delle somme addebitate a titolo di interessi ultralegali e anatocistici, di CMS e spese privi di giustificazioni causali.

Firmato Da: SOMMELLA PIETRO Emesso Da: INFOCAMERE QUALIFIED ELECTRONIC SIGNATURE CA Serial#: 1bcf3

2. Si costituiva in giudizio la Banca contestando la opposizione, rilevando l'infondatezza delle eccezioni proposte.

3. A seguito di rilievo officioso, cui le parti aderivano, veniva dichiarata la incompetenza funzionale della domanda di nullità della fideiussione per violazione dell'art. 2 Co. II lett. a) L. 287/1990 in favore del Tribunale di Catanzaro e la sospensione necessaria ex art. 295 Cpc della opposizione proposta dal fideiussore [redacted] Concessi i termini di cui all'art. 183, comma 6, nn. 1, 2 e 3 c.p.c.,, ritenuta la causa matura per la decisione la causa veniva trattenuta a sentenza per poi essere rimessa sul ruolo data la rilevata necessità di espletare CTU contabile; conferito l'incarico alla dott.ssa [redacted] e depositato l'elaborato, veniva disposto rinvio per la precisazione delle conclusioni. Delegata la decisione allo scrivente, veniva poi trattenuta in decisione alla udienza del 22.12.2022, con concessione dei termini di cui all'art. 190 cpc.

4. L'opposizione è parzialmente fondata, per i motivi di seguito riportati.

Venendo al merito va ribadito, brevemente, che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, l'onere della prova – di seguito meglio specificato - spetta all'opposto in quanto attore in senso sostanziale al quale, assumendosi creditore, spetta la dimostrazione circa il fatto costitutivo del credito azionato secondo i criteri di distribuzione dell'onere della prova contenuti nell'art. 2697 c.c., bisogna distinguere le posizioni dei diversi rapporti contrattuali.

4.1 Con riferimento al presunto debito rinveniente dal rapporto di conto corrente, deve rilevarsi, in proposito, che contrariamente a quanto eccepito dalla opponente, parte opposta ha prodotto in giudizio la serie completa degli estratti conto del rapporto e la documentazione contrattuale relativa all'apertura del rapporto.

Come già accennato, il decreto ingiuntivo è un accertamento anticipatorio con attitudine al giudicato e che, instauratosi il contraddittorio a seguito dell'opposizione, si apre un giudizio a cognizione piena caratterizzato dalle ordinarie regole processuali (art. 645, 2 comma, c.p.c.), anche in relazione al regime degli oneri allegatori e probatori (v. Cassazione, n. 17371/03 e n. 6421/03), con la conseguenza che oggetto del giudizio di opposizione non è tanto la valutazione di legittimità e di validità del decreto ingiuntivo opposto, quanto la fondatezza o meno della pretesa creditoria, originariamente azionata in via monitoria, con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia della sentenza (v. Cassazione, n. 15026/05; n. 15186/03 e n. 6663/02); quindi, il diritto del preteso creditore (formalmente convenuto, ma sostanzialmente attore) deve essere adeguatamente provato, indipendentemente dall'esistenza - ovvero, persistenza - dei presupposti di legge richiesti per l'emissione del decreto ingiuntivo (v. Cassazione, n. 20613/11).

Va, poi, ricordato, applicando i principi generali in materia di adempimento contrattuale e di riparto dei relativi oneri allegatori e probatori, che nell'azione di adempimento - come nel caso di domanda di condanna contenuta in un ricorso monitorio - il creditore (ovvero, l'opposto, già ingiungente) è tenuto a provare soltanto l'esistenza della fonte (negoziale o legale) del suo diritto e la scadenza del termine per l'adempimento, ma non anche l'inadempimento da parte dell'obbligato, che va meramente allegato, dovendo, infatti, essere quest'ultimo, cioè il debitore convenuto (ovvero l'opponente, nel caso di specie), a provare il fatto modificativo, impeditivo o estintivo dell'altrui pretesa (v., tra le ultime, Cassazione, n. 8901/13).

Venendo allo specifico dei rapporti bancari, principio consolidato della giurisprudenza di legittimità, in ossequio al corretto riparto dell'onere probatorio è quello secondo cui la Banca che assume essere creditrice di un saldo finale di conto corrente bancario, tra l'altro contestato nel suo ammontare con

Firmato Da: SOMMELLA PIETRO Emesso Da: INFOCAMERE QUALIFIED ELECTRONIC SIGNATURE CA Serial#: 1bcf3

prova documentale, come nel caso di specie, deve produrre tutti gli estratti conto relativi all'intera durata del rapporto contrattuale.

Anche tutte le pronunce più recenti confermano tale orientamento. Recentissima pronuncia della S.C., infatti, testualmente recita: "La banca non può sottrarsi all'onere di provare il preciso ammontare del credito vantato nei confronti di un cliente, e da quest'ultimo contestato in giudizio, invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre i dieci anni dall'ultima registrazione. D'altro canto, il comportamento della banca che si disfa della documentazione afferente a un credito di cui non ha ancora ottenuto soddisfacimento integra una negligenza grave, che viola apertamente il dovere di sana e prudente gestione di cui all'art. 5 del T.U.B. (Cassazione civile, sez. I, 20 Febbraio 2018, n. 4102. Est. Dolmetta).

Dello stesso tenore l'Ordinanza 31 maggio – 30 novembre 2017, n. 28819, nonché la sentenza n. 9365 depositata il 16 aprile 2018 affermante che "Come questa Corte ha ripetutamente sottolineato, a tale onere la banca non può sottrarsi neppure invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre i dieci anni (v. Cass. n. 13258-17; Cass. n. 7972-16; Cass. n. 1842-11). In altre parole la banca che si dica creditrice deve produrre gli estratti a partire dall'inizio del rapporto, dando così integrale dimostrazione del credito vantato con riguardo alle afferenti risultanze, esattamente come accade a parti invertite per il correntista ove si tratti di azione di ripetizione da questi avanzata per effetto della dedotta nullità di alcune clausole del contratto di conto (v. da ultimo Cass. n. 28945-17, Cass. 20693-16)".

Ed ancora la medesima pronuncia, proprio con riferimento alla erronea pretesa della Banca in merito all'azzeramento del saldo "La banca non può pretendere, sol perché non in grado di produrlo, l'azzeramento di eventuali risultanze del primo degli estratti conto utilizzabili per la ricostruzione del rapporto di dare e avere tra le parti, in quanto ciò comporterebbe l'alterazione sostanziale del rapporto di conto corrente bancario.

Del resto, altra recente pronuncia afferma che: "Nei rapporti bancari in conto corrente – ontologicamente caratterizzati dall'esplicazione di un servizio di cassa, in relazione alle operazioni di pagamento o di riscossione di somme da effettuarsi, a qualsiasi titolo, per conto del cliente – una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione a carico del correntista di interessi ultralegali, ovvero anatocistici, la banca ha l'onere di produrre gli estratti conto a partire dall'apertura. L'intermediario creditizio non può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'inesistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni. Infatti, non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di provare il credito vantato nei confronti del cliente. Pertanto, una volta accertata l'illegittimità della contabilizzazione di interessi anatocistici – laddove la produzione degli estratti conto non sia completa – il giudice non potrà fondarsi sul saldo debitore di apertura del primo degli estratti conto prodotti, dal momento che la ricostruzione dell'andamento contabile risulterebbe inficiata dal computo di interessi che non spettavano alla banca. (Cassazione civile, sez. I 20 gennaio 2017)

Sebbene, come visto la più recente giurisprudenza di legittimità (Cassazione civile, sez. I, 20 Febbraio 2018), ancori il principio sopra descritto alla "contestazione del credito", parimenti soddisfatto può e deve ritenersi il requisito della "prova dell'illegittimità del saldo azionato", potendosi ritenere che anche tale eventuale presupposto sia sussistente, atteso che la documentazione prodotta, in realtà, poteva ritenersi inidonea, con riferimento appunto al rapporto di conto corrente, inidonea anche alla emissione del decreto ingiuntivo.

Firmato Da: SOMMELLA PIETRO Emesso Da: INFOCAMERE QUALIFIED ELECTRONIC SIGNATURE CA Serial#: 1bcf3

La Banca, come detto, ha prodotto un contratto di apertura del rapporto n. 36906 datato 10.01.2001 il quale, sebbene validi certamente la esistenza del rapporto e la applicazione dell'anatocismo bancario, essendo validamente sottoscritta la clausola di applicazione degli interessi attivi e passivi con pari reciprocità (da cui il rigetto della relativa eccezione di nullità), non reca alcuna indicazione del tasso di intesse debitore.

Essendo necessario che "i contratti indichino il tasso d'interesse e ogni albo prezzo e condizione praticati", alla stregua del disposto dell'art. 117 del T.U., oltre che condizionata la validità della pattuizione contenente la determinazione degli interessi anche al rispetto del requisito della forma scritta ed alla fissazione di un saggio di interesse determinabile e controllabile in base a criteri oggettivamente indicati.

Qualora la clausola sia nulla, i tassi debitori applicabili, sono nulli laddove abbiano superato la misura legale.

Quanto, in particolare, alla validità della clausola di determinazione del tasso d'interesse con riferimento alle condizioni praticate usualmente dalla banca, va richiamato il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la clausola in parola è nulla in quanto, perché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284 c.c., comma 3, che è norma imperativa, la stessa deve avere un contenuto assolutamente univoco e contenere la puntuale specificazione del tasso di interesse; ove il tasso convenuto sia variabile, è idoneo, ai fini della sua precisa individuazione, il riferimento a parametri fissati su scala nazionale alla stregua di accordi interbancari, mentre non sono sufficienti generici riferimenti, dai quali non emerga con sufficiente chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione (cfr. ex multis Cass. n. 17679/2009; Cass. n. 2317/2007; Cass. n. 4095/2005).

Nella fattispecie in esame, non si registra alcuna pattuizione relativa al computo degli interessi in misura superiore a quella legale.

Va altresì osservato che la mancata contestazione degli estratti conto, non vale a superare la nullità della clausola relativa agli interessi, perché l'unilaterale comunicazione del tasso d'interesse non può supplire al difetto originario di valido accordo scritto richiesto dall'art. 1284 c.c. (Cass. n. 17679/2009) né può essere considerata equipollente ad un nuovo accordo in ordine alla determinazione degli interessi.

Al riguardo, non può neppure essere valorizzato l'omesso esercizio da parte del cliente del diritto di recesso previsto dall'alt 118 T.U. n. 385/1993, da intendersi quale accettazione tacita del tasso debitore, considerato, peraltro, che una nuova pattuizione sugli interessi dovrebbe rivestire la forma prescritta dall'art. 117 T.U. n. 385/1993.

È noto, altresì, il generale principio normativo per cui "il contratto nullo non può essere convalidato se la legge non dispone diversamente" (art. 1423 c.c.), onde giammai una variazione unilaterale di una originaria clausola nulla (quella in ipotesi priva di forma scritta ovvero di rinvio all'uso piazza per la determinazione degli interessi ultralegali passivi) avrebbe potuto sanare quella invalidità originaria, così come è parimenti noto che l'esecuzione spontanea del contratto da parte dei contraenti non ne sana la nullità (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 8993 del 05/06/2003; Cass. N. 11156 del 1994). Inoltre è opportuno ricordare come in tutti i suesposti casi di nullità del tasso di interesse, la conoscenza successiva del saggio applicato (nella specie, attraverso l'invio degli estratti conto) non varrebbe a sanare l'originario vizio di nullità della pattuizione, per carenza del requisito della determinabilità, la cui esistenza l'art. 1346 cod. civ. esige "a priori", al punto che non può essere individuato successivamente, tanto più

Firmato Da: SOMMELLA PIETRO Emesso Da: INFOCAMERE QUALIFIED ELECTRONIC SIGNATURE CA Serial#: 1bcf3

quando il saggio non sia determinato da entrambe le parti ma da una di esse, che l'abbia portato a conoscenza dell'altra, attraverso documenti che abbiano il fine esclusivo di fornire l'informazione delle operazioni periodicamente contabilizzate e non anche di contenere proposte contrattuali, capaci di assumere dignità di patto in difetto di espresso dissenso (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 14684 del 02/10/2003; Cass. 1 febbraio 2002 n. 1287).

In ragione di quanto sopra va dichiarata la nullità delle somme addebitate a titolo di interessi ultralegali e validata, come si vedrà, l'applicazione del ricalcolo ai sensi dell'art. 117 TUB, fino alla data del 27.03.2012, allorquando veniva sottoscritta una variazione contrattuale indicante la misura percentuale del tasso debitore per le somme oggetto dell'affidamento di € 36.000.

4.2 Quanto poi alla CMS, attesa la assenza di pattuizione scritta e data la non determinabilità delle modalità di calcolo della stessa per come emergenti dal contratto di conto corrente e dagli estratti conto, si deve escludere sia che la stessa abbia giustificazione causale e che, soprattutto, abbia i requisiti della determinatezza necessaria. Da cui discende in ogni caso la nullità ex art. 1418 II comma c.c.

Negli estratti conto in atti la CMS veniva indicata con una generica percentuale.

Giova innanzitutto osservare che il rapporto di conto corrente oggetto di causa è sorto prima delle modifiche normative apportate dal decreto legge del 29 novembre 2008, n. 185, convertito in legge 28 gennaio 2009, n. 2 e che la commissione di massimo scoperto prima del predetto intervento normativo non aveva una definizione legislativa né, comunque, era ben delineata nei contratti e nelle norme uniformi bancarie che la prevedevano.

Nell'ambito del dibattito dottrinale e delle diverse interpretazioni della giurisprudenza di merito relative alla natura e determinabilità della CMS è intervenuta la Suprema Corte, chiarendo che tali commissioni possono essere assimilate, per un verso, ad un onere accessorio che si aggiunge agli interessi passivi (come potrebbe inferirsi dall'essere conteggiate, nella prassi bancaria, in una percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta e, quindi, sulle somme effettivamente utilizzate nel periodo considerato, solitamente trimestrale, come per gli interessi passivi) e, per altro verso, ad un onere remunerativo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo (cfr., in proposito, Cass. n. 11772/2002; nonché Cass. n. 870/2006, la quale, nell'avallare la qualificazione dell'istituto da ultimo riportata, ha ribadito che la commissione di massimo scoperto ha la funzione di "remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma", confermandone, pertanto, la validità sotto il profilo causale (così, in termini Tribunale di Paola, G.I. Caroleo, sentenza n. 834/2017).

Se pertanto, in astratto può ritenersi che l'obbligazione del cliente di corrispondere alla banca un ulteriore compenso per l'apertura di credito, oltre gli interessi pattuiti, parrebbe sorretta da una causa lecita, in quanto correlata alla remunerazione dell'obbligo assunto dalla banca di tenere sempre a disposizione del cliente il massimo importo affidato o, comunque, correlata al rischio crescente assunto dalla stessa banca in proporzione al massimo ammontare dell'utilizzo del predetto credito da parte del cliente, è stato costantemente affermato che tali clausole devono, in ogni caso, avere un oggetto determinato o, quantomeno determinabile, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 1346 c.c.

A tanto consegue che, come nel caso di specie, in assenza di precisi ed univoci criteri di determinazione dell'importo dovuto dal cliente a titolo di commissione di massimo scoperto la relativa pattuizione oltre che inesistente, sarebbe da ritenersi nulla.

Firmato Da: SOMMELLA PIETRO Emesso Da: INFOCAMERE QUALIFIED ELECTRONIC SIGNATURE CA Serial#: 1bcf3

4.3. Analogo esito deve avere la eccezione relativa ai plurimi addebiti effettuati a titolo di commissioni e spese varie, non trovando alcuna giustificazione causale nel contratto in atti.

4.4 Sulla base di quanto esposto, viene recepito e fatto proprio dal giudicante il ricalcolo effettuato dal CTU nel quale il saldo degli interessi in dare e avere è stato effettuato epurando ogni forma di interessi ultralegali sino alla data del 27.03.2012, liquidando gli interessi sino a quella data applicando la capitalizzazione trimestrale ed utilizzando da gennaio 2001 fino al 27/03/2012 il tasso di cui all'art. 117 TUB determinato in relazione al tasso nominale minimo o massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei 12 mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione e dal 27/03/2012 al 30/06/2017 i tassi previsti dalla banca ed indicati sugli estratti conto nelle variazioni contrattuali ed espungendo quanto addebitato a titolo di CMS, commissioni e alre spese non pattuite.

Sulla base del predetto conteggio, il C.T.U. ha quantificato che le competenze illegittimamente addebitate e che il reale saldo del c/c n. 36906 alla data del 30/06/2017 doveva essere pari ad euro 6.962,37 (seimilanovecentosessantadue/37) in favore della Banca.

Per quanto argomentato, quindi, l'opposizione deve essere parzialmente accolta, il decreto ingiuntivo revocato e la correntista opponente condannata al pagamento della somma sopra indicata.

5. In ragione del parziale accoglimento dell'opposizione e della effettiva liquidazione sul conto corrente di interessi illegittimi e CMS, con conseguente reciproca soccombenza, si ritiene doveroso compensare le spese di giudizio tra le parti, ivi comprese le spese di CTU, liquidata con separato decreto.

P.Q.M.

il Tribunale di Cosenza, nella prefata composizione monocratica, definitivamente pronunciando sulla causa pendente tra le parti indicate in epigrafe, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione disattese, così provvede:

- **accoglie** parzialmente l'opposizione e, per l'effetto, **revoca** il decreto ingiuntivo **n. 922/2018** opposto;
- **accerta e dichiara** che il credito vantato dall'opposta [redacted] nei confronti della opponente [redacted] E C. S.A.S è pari a complessivi € 6.962,37 (seimilanovecentosessantadue/37) in luogo della somma portata dal decreto ingiuntivo, e, per l'effetto, **condanna** la predetta opponente [redacted] E C. S.A.S al pagamento della predetta somma, oltre interessi come da monitorio;
- **compensa** le spese di lite, ivi comprese quelle di CTU.

Cosenza, 02/05/2023

Il Giudice
Pietro Sommella

Firmato Da: SOMMELLA PIETRO Emesso Da: INFOCAMERE QUALIFIED ELECTRONIC SIGNATURE CA Serial#: 1bcf3