

[www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)

**REPUBBLICA ITALIANA  
TRIBUNALE ORDINARIO DI MODENA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE DI MODENA**

all'udienza del 07/09/2016 ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa n. (omissis)/2014 tra le parti:

**SOCIETA' SRL e FIDEIUSSORI**

-attori-

**BANCA**

-convenuto-

**RITENUTO IN FATTO E IN DIRITTO**

SOCIETA' SRL e FIDEIUSSORI (gli ultimi tre in qualità di fideiussori) si dolgono della nullità della clausola relativa alla pattuizione degli interessi nel contratto di mutuo fondiario stipulato il 22 marzo 2007 da SOCIETA' SRL con BANCA nonché dell'addebito illegittimo di somme sul conto corrente n. (omissis) intestato alla SOCIETA' SRL per anatocismo, tasso ultralegale, commissioni di massimo scoperto e usura soggettiva.

Secondo la prospettazione degli attori, dalla pattuizione di interessi usurari dovrebbe discendere la conversione del mutuo oneroso in mutuo gratuito. Con riferimento al contratto di conto corrente, la violazione del divieto di anatocismo implicherebbe il calcolo degli interessi senza alcuna capitalizzazione. Inoltre, essendo BANCA incorsa in usura soggettiva per euro 7.156,01, dalla nullità della clausola di pattuizione di interessi usurari, nessun interesse passivo sarebbe dovuto. La commissione di massimo scoperto sarebbe stata calcolata sulla somma utilizzata e non sulla somma messa a disposizione.

Pertanto, SOCIETA' S.r.l. e FIDEIUSSORI chiedono che sia dichiarata la gratuità del mutuo fondiario 22 marzo 2007, che si ridetermini il saldo del conto corrente n. (omissis), che BANCA sia condannata alla restituzione di tutte le somme illegittimamente percepite in forza dei contratti previa eventuale compensazione.

BANCA si difende eccependo la prescrizione delle pretese restitutorie di pagamenti (rimesse solutorie) effettuati oltre i dieci anni dalla domanda, l'inammissibilità di domande restitutorie con riferimento a rapporti ancora in essere, l'irrilevanza del tasso stabilito per gli interessi moratori ai fini del superamento della soglia usura nel contratto di mutuo, l'adeguamento alla delibera CICR 2000 per la fase del rapporto di conto corrente successiva al 31 marzo 2000, la pattuizione contrattuale del tasso di interesse passivo, la comunicazione delle variazioni delle condizioni economiche, il difetto di allegazione delle singole operazioni per cui non sarebbe stata applicata la previsione contrattuale, di per sé legittima, sui giorni di valuta, l'assenza di superamenti del tasso soglia usura, il difetto di allegazione sui presupposti della cd usura soggettiva, il difetto di allegazione sui presupposti di cui all'art. 1956 c.c..

Pertanto, BANCA chiede il rigetto delle domande.

Devono in via preliminare respingersi le istanze istruttorie reiterate in sede di discussione orale, perché la causa può essere decisa sulla base della documentazione in atti.

Le domande sono infondate.

La prospettazione degli attori si è scandita attraverso due distinti nuclei di allegazioni, il primo contenuto nell'atto introduttivo, il secondo nella seconda memoria ex art. 183 comma VI c.p.c. Per quanto tale secondo nucleo di allegazioni si muova nel perimetro del *thema decidendum* già fissato con l'atto introduttivo, ad avviso del Tribunale dovrebbe considerarsi tardivo, in quanto introdotto nel processo oltre lo spirare delle cd preclusioni assertive.

La recente pronuncia SS.UU. n. 12310/2015 ha delineato un quadro senz'altro favorevole all'introduzione di nuovi elementi di giudizio in corso di causa (in ipotesi, anche in funzione di una modifica della domanda originaria), ma per altro verso ha confermato che la scansione procedimentale in cui tale facoltà può essere esercitata si chiude con la prima memoria ex art. 183 comma VI c.p.c. In ogni caso, per completezza espositiva, saranno esaminate nel merito anche le questioni poste con la seconda memoria.

Con riferimento al rapporto di mutuo, si osserva quanto segue.

Premesso che nel metodo di ammortamento alla francese non si verifica alcun fenomeno di capitalizzazione, *"perché gli interessi (corrispettivi) vengono comunque calcolati sulla quota di capitale via via decrescente (capitale oggetto della rata scaduta) e per il periodo corrispondente a quello di ciascuna rata e non anche sugli interessi pregressi"* (Tribunale di Modena, 11 novembre 2014), secondo la prospettazione degli attori il contratto dovrebbe comunque considerarsi gratuito perché:

- 1) il "tasso complessivo" (TEG + mora) supera il tasso soglia usura (atto di citazione);
- 2) il "tasso effettivo di mora" (applicazione del tasso di mora pattuito sull'importo dell'intero della rata scaduta simulando un ritardato pagamento di 29 giorni) è superiore al tasso soglia usura (seconda memoria ex art. 183 comma VI c.p.c.).

La gratuità del mutuo dipenderebbe, quindi, o in astratto dalla sommatoria dei due tassi contrattualmente previsti o in concreto dall'utilizzo, come base di calcolo per gli interessi moratori, dell'intera rata scaduta, comprensiva di capitale e corrispettivi (ciò è di per sé lecito ai sensi dell'art. 3 delibera CICR 2000, Cassazione, sent. n. 11400/2014).

Il Tribunale ritiene che:

- 1) la valutazione in termini di usurarietà del contratto debba essere effettuata con esclusivo riguardo agli oneri che costituiscono remunerazione della messa a disposizione del capitale;
- 2) gli interessi moratori non costituiscano una forma di remunerazione, in quanto la loro funzione è quella di sanzionare l'inadempimento del mutuatario sulla base di una previsione pattizia riconducibile al *genus* delle clausole penali.

Di conseguenza, la previsione del tasso degli interessi moratori (così come l'opzione relativa alla loro base di calcolo) deve considerarsi in via di principio totalmente rimessa all'autonomia contrattuale, salva una valutazione, anche d'ufficio, di manifesta eccessività degli effetti economici determinati dalla loro applicazione in capo al mutuatario ai sensi dell'art. 1384 cc (che darebbe luogo, soltanto, a una riduzione equitativa di tali effetti).

*Sentenza, Tribunale di Modena, Dott. Paolo Siracusano, 07 settembre 2016, n. 1703*

Il Tribunale è consapevole dell'orientamento, diffuso nella giurisprudenza di merito, secondo cui anche gli interessi moratori rileverebbero ai fini del superamento del tasso soglia usura.

Osserva, tuttavia, che tale orientamento non prende mai le mosse dall'analisi della natura degli interessi moratori, basandosi piuttosto sulla sponda offerta da alcuni incisi, normativi o della giurisprudenza di legittimità, da cui discenderebbe la necessità di trattare gli interessi moratori "come se" fossero omogenei rispetto agli interessi corrispettivi.

Del riferimento a tali incisi, tuttavia, non ci sarebbe bisogno se si potesse sostenere in maniera persuasiva che gli interessi moratori costituiscono, ontologicamente, una forma di remunerazione della messa a disposizione di una somma di denaro, come gli interessi corrispettivi.

Come è stato evidenziato da autorevole dottrina, l'argomento che consentirebbe di escludere la valenza risarcitoria degli interessi moratori, ravvisando una "continuità tra la fase fisiologica e quella patologica del rapporto di mutuo" è dato dal fatto che, nello schema dettato dall'art. 1224 c.c., "il creditore è assolutamente esonerato dal fornire la prova del danno e che per il debitore sarebbe impossibile dare una prova contraria".

Ad avviso del Tribunale, quando l'art. 1224 comma I c.c. stabilisce che, nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di denaro, dal giorno della mora (cioè, avuto riguardo all'art. 1219 n. 3 cc, da quando è scaduto il termine) sono dovuti gli interessi legali "anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno", la norma si limita a dettare una presunzione *iuris et de iure* di sussistenza del danno, senza suggerire alcunché sulla natura (non risarcitoria ma) "remuneratoria" degli interessi moratori, che li renderebbe omogenei agli interessi corrispettivi.

In altri termini, la naturale fecondità del denaro rileva soltanto come parametro per commisurare il danno presunto nell'ipotesi in cui chi è tenuto a pagare una somma non la paghi nel termine stabilito. Al riguardo appare decisiva la considerazione per cui, nelle normali obbligazioni di pagamento, il creditore non sceglie di mettere a disposizione una somma di denaro (come accade nel mutuo), ma si trova a subire una situazione per cui, virtualmente, il debitore trattiene una somma che invece gli spetterebbe. Il legislatore si è dunque posto il problema del trattamento giuridico di una situazione che è già patologica e ha optato per l'esonero del creditore dall'onere di provare il danno, salvo che non ecceda la misura degli interessi legali.

A riprova, l'art. 1224 comma II stabilisce che tale maggior danno non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori.

A parte l'espresso richiamo della disposizione all'art. 1382 cc, il Tribunale ritiene che:

- 1) se in via di principio il danno che eccede la misura degli interessi legali va provato, ciò indichi che, almeno sotto questo profilo, l'orizzonte in cui la norma si muove è pienamente risarcitorio;
- 2) se la previsione della misura degli interessi moratori esclude il risarcimento per il maggior danno (che altrimenti andrebbe provato), tale disciplina contrattuale abbia (già sulla base dell'art. 1224 cc) una funzione sostitutiva del meccanismo di cui al punto 1) e, dunque, debba essere considerata a sua volta afferente all'istituto del risarcimento;
- 3) se la preconstituzione pattizia della misura del danno (per la parte in cui eccede la sua predeterminazione legislativa nella misura degli interessi legali) attraverso la clausola sugli interessi moratori assolve senz'altro a una funzione risarcitoria, non vi siano ostacoli per sostenere che la medesima funzione sia assolta anche dalla predeterminazione legislativa degli interessi di mora (almeno) nella misura degli interessi legali di cui all'art. 1224 comma I cc: non si riesce a cogliere altrimenti il motivo per cui ciò che la legge consente di fare alle parti per il maggior danno da

*Sentenza, Tribunale di Modena, Dott. Paolo Siracusano, 07 settembre 2016, n. 1703*

provare, non possa essere fatto (o sia fatto a diversi fini, o sulla base di diversi presupposti) dalle legge stessa per presumere un danno da inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie.

Ciò posto, la giurisprudenza di merito cui prima si faceva riferimento invoca la giurisprudenza di legittimità (soprattutto Cassazione, sent. n. 350/2013) che a sua volta fa leva sulla dizione dell'art. 1 del d.l. 394/2000 convertito in L n. 24/2001 che parla di interessi "*convenuti a qualunque titolo*".

Il Tribunale reputa persuasive le argomentazioni di chi (in particolare, Tribunale di Treviso, 12 novembre 2015) ha sostenuto che la norma d'interpretazione autentica del 2000, che parla di interessi dovuti a qualsiasi titolo, non avrebbe potuto fare ciò che i sostenitori della tesi opposta implicitamente assumono che abbia fatto, cioè modificare la struttura normativa dell'art. 644 c.p. "*equiparando gli oneri da inadempimento (quali gli interessi moratori) a remunerazioni e prestazioni corrispettive all'erogazione del credito*", dal momento che, invece, la funzione tipica delle norme interpretative è quella di chiarire retroattivamente il significato di norme che si prestino a interpretazioni dubbie o controverse.

Che l'art. 644 c.p. non necessitasse di chiarezza sotto il profilo della natura degli interessi rilevanti ai fini dell'usura si evince, ad avviso del Tribunale, da due elementi:

1) come è già stato notato dalla menzionata pronuncia del Tribunale di Treviso, l'obiettivo del legislatore era circoscritto alla risoluzione del problema della cd "*usurarietà sopravvenuta*";

2) l'espressione "*interessi convenuti a qualsiasi titolo*" è analoga a quella che già figura nel testo dell'art. 644 c.p. ("*sotto qualsiasi forma*") e, dunque, è ben possibile ritenere che il legislatore del 2000 si sia riferito agli interessi usurari per come già la norma incriminatrice aveva mostrato di qualificarli, cioè dati o promessi, sotto qualsiasi forma, purché "*in corrispettivo*".

Il Tribunale ritiene molto più persuasivi, a sostegno della tesi opposta, gli argomenti, ormai noti, tratti dal diritto europeo (art. 19, 2° paragrafo, direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, il quale espressamente esclude dal calcolo del TAEG eventuali penali per inadempimento) e dal diritto interno (art. 1284 comma IV cc, che, "*nel commisurare il saggio d'interesse legale a quello previsto dalla normativa sulle transazioni commerciali dal momento della proposizione della domanda giudiziale di pagamento, se le parti non ne hanno determinato convenzionalmente la misura, sembra implicitamente consentire la previsione pattizia di interessi moratori superiori al tasso d'usura, che di regola è ben più basso del saggio d'interessi stabilito dalla citata legislazione sulle transazioni commerciali*" cit.) successivi alla legge di interpretazione autentica.

Pertanto, già sulla base della prospettazione degli attori, che legano inscindibilmente le loro domande relative al rapporto di mutuo alla *causa petendi "nullità della clausola sugli interessi moratori"*, in quanto concorrenti a determinare il superamento del tasso soglia usura, la causa è stata ritenuta matura per la decisione.

Nella recente pronuncia menzionata dagli attori in sede di discussione (Cassazione, sent. n. 5091/2016), la Corte afferma che "*quando la parte chiede una consulenza contabile sulla base di una produzione documentale, il giudice non può qualificare come esplorativa la consulenza senza dimostrare che la documentazione esibita sarebbe comunque irrilevante*", non anche che la C.T.U., se richiesta, è sempre rilevante. Nel caso di specie, la C.T.U. sul rapporto di mutuo, per essere rilevante, postulava la condivisione della prospettazione degli attori e, dunque, per le ragioni sopra esposte che hanno determinato il venir meno di tale postulato, l'istanza istruttoria non è stata accolta.

Il Tribunale condivide l'assunto degli attori in ordine alla necessità/opportunità di favorire soluzioni conciliative delle controversie anche attraverso anticipazioni della decisione negli snodi interni al

*Sentenza, Tribunale di Modena, Dott. Paolo Siracusano, 07 settembre 2016, n. 1703*

processo. Nel caso di specie, tuttavia, si è preferito concentrare la motivazione in sentenza, perché le ragioni del rigetto, anche per la loro non univocità nel panorama giurisprudenziale, meritavano un'esposizione più dettagliata.

Occorre peraltro considerare che, se la C.T.U. non è mai superflua, ove costituisca "mezzo di accertamento delle circostanze poste a fondamento della pretesa, operando infatti come strumento di accertamento di situazioni di fatto rilevabili esclusivamente attraverso il ricorso a determinate cognizioni tecniche" (a detta degli stessi attori), simmetricamente lo è sempre se l'accertamento delle circostanze di fatto è assorbito dall'infondatezza in diritto della domanda; nel caso di specie, dunque, la superfluità della C.T.U., lungi dall'essere alternativa, è dipesa (e non poteva che dipendere) proprio dal convincimento dell'infondatezza della domanda.

Infine, dall'insieme delle allegazioni attoree non emergono elementi tali da far ritenere "manifestamente eccessivo" (e solo in vista di un'eventuale riduzione) il risultato economico cui si perviene tramite l'applicazione degli interessi moratori pattuiti in contratto, tenendo conto che, secondo la perizia di parte, si tratterebbe di una percentuale di poco superiore a un decimo del capitale mutuato (12,787%).

Con riferimento al contratto di conto corrente, si osserva quanto segue.

Premesso che BANCA ha prodotto sub doc. 14) la pubblicazione in G.U. dell'avvenuto adeguamento alla delibera CICR, per il periodo successivo la banca ha correttamente proceduto alla capitalizzazione trimestrale degli interessi in quanto la modifica contrattuale aveva determinato l'identica periodicità della capitalizzazione degli interessi sul lato attivo e passivo.

Per il periodo antecedente, in cui certamente si è verificata la violazione, non consentita, del divieto di anatocismo, gli attori avrebbero dovuto produrre gli estratti conto per provare l'ammontare del loro credito restitutorio.

Proprio nella sentenza n. 5091/2016, la Corte di Cassazione ha ribadito che il cliente ha "il diritto di ottenere la documentazione inerente a tutte le operazioni del periodo a cui il richiedente sia in concreto interessato, nel rispetto del limite di tempo decennale fissato dalla norma" (cioè l'art. 119 comma IV TUB). Se l'obbligo della banca è circoscritto ai dieci anni antecedenti la richiesta (nel caso di specie nei dieci anni antecedenti al 4 marzo 2014), dal momento che la banca non è tenuta a conservare le scritture contabili oltre i dieci anni dalla loro ultima registrazione, ne consegue che la richiesta di esibizione ex art. 210 c.p.c. per la documentazione che si collochi più in là nel tempo non possa trovare accoglimento.

Si osserva, al riguardo, che se l'assetto dei rapporti sostanziali, come pare di cogliere in base alla prevalente giurisprudenza di merito e alla menzionata giurisprudenza di legittimità, esplica un'incidenza sulle regole in materia di prove (di fatto, la parte processualmente onerata può, senza eccepire l'inadempimento dell'obbligo della banca avente per oggetto l'invio degli estratti periodici e senza provare di averli smarriti senza sua colpa, soddisfare tale onere addossandolo preventivamente alla banca in base alla norma di diritto sostanziale), ciò non può avvenire solo a vantaggio del correntista, come accadrebbe se si facessero derivare alla banca conseguenze processuali pregiudizievoli dalla mancata esibizione di documentazione per cui non sussiste più l'obbligo sostanziale di conservazione.

L'obbligo della banca appare, peraltro, circoscritto anche dal punto di vista oggettivo, in quanto l'art. 119 comma IV TUB è chiaro nel riferirsi a documentazione avente per oggetto operazioni di addebito/accredito ("*documentazione inerente a singole operazioni*"), senza che possa rientrarvi il titolo contrattuale che, sulla base della regola dell'onere probatorio in materia di ripetizione, deve essere prodotto da chi agisce.

*Sentenza, Tribunale di Modena, Dott. Paolo Siracusano, 07 settembre 2016, n. 1703*

Sotto questo profilo, dunque, alla C.T.U. non è stato dato ingresso perché gli attori non hanno soddisfatto il loro onere di allegazione e prova.

Anche la determinazione, mediante C.T.U., di un credito restitutorio da applicazione di interessi ultralegali non pattuiti (o variati e non comunicati), così come da mancata pattuizione delle condizioni in ordine alla decorrenza della valuta, presuppone l'assolvimento dell'onere di allegazione e prova della documentazione contrattuale da parte dei correntisti. Nel caso di specie, si osserva che BANCA ha comunque prodotto comunicazioni (dal 14 marzo 2003 in avanti) sottoscritte dalla SRL, con indicazione del tasso di interesse applicato alle varie linee di credito accordate, e le condizioni giuridiche del contratto del 1997, nel cui art. 7 è contenuta la previsione sulla valuta.

Con riferimento alla commissione di massimo scoperto, gli attori si dolgono del fatto che essa è stata calcolata sulla somma massima utilizzata nel periodo e per tutti i giorni, mentre, *"nell'ipotesi in cui il cliente utilizzi solo una parte dell'affidamento, la banca dovrebbe percepire un interesse corrispettivo per la somma utilizzata ed una commissione per la residua somma"*.

Si osserva che, a detta degli stessi attori, la CMS è *"la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma"*. Dalla tale prospettazione, in realtà, emerge che la CMS è munita di un profilo causale che la giustifica (e ciò contrasta con la domanda restitutoria che presuppone la nullità della clausola), mentre eventuali difformità della sua applicazione concreta rispetto alla previsione contrattuale senz'altro lecita dovrebbero essere ricondotte, se mai, allo schema dell'inadempimento.

In ogni caso, il Tribunale ritiene che, se tale remunerazione spetta alla banca *"indipendentemente"* dall'effettivo prelevamento della somma, ciò significa che essa spetta sia se la somma non viene (in tutto o in parte) prelevata, sia se la somma viene (in tutto o in parte) prelevata.

Tra commissione di massimo scoperto e interesse corrispettivo, dunque, non c'è sovrapposizione, perché costituiscono remunerazione di due aspetti distinti: la messa a disposizione di una somma e il suo godimento a seguito di utilizzo. Il fatto che, in ipotesi, di un affidato 100 sia utilizzato 80, non cancella la circostanza per cui la messa a disposizione è pari a 100 e, dunque, su 100 (e non sul residuo 20) debba essere calcolata la commissione.

Pertanto, ad avviso del Tribunale, i casi sono due:

- 1) se la percentuale prevista viene applicata sull'utilizzato e non sull'affidato, qualora l'utilizzato sia inferiore all'affidato, il cliente ne ricava un vantaggio;
- 2) se la percentuale prevista viene applicata sull'utilizzato, qualora l'utilizzato, nel corso del trimestre, sia stato superiore all'affidato, vi è una coincidenza tra l'utilizzato e l'affidato (di fatto) che rende l'applicazione della CMS sul prelevato comunque coerente col programma contrattuale.

Con riferimento all'usura soggettiva, gli attori paiono dolersi di un profilo di nullità, dal momento che chiedono un ricalcolo *"senza interessi ad alcun saggio"*.

Anche a voler seguire la tesi secondo cui l'art. 1815 comma II c.c. prevede la nullità della clausola usuraria (anche) ai sensi dell'art. 644 comma III c.p. (cioè con interessi inferiori al limite stabilito dalla legge, seppure ciò parrebbe escluso dall'art. 1 DL n. 394/2000, convertito in L n. 24/2001, secondo cui si intendono usurari, ai fini dell'art. 1815 comma II cc, gli interessi *"che superano il limite stabilito dalla legge"*), si osserva che non sono stati allegati gli elementi da cui desumere l'usurarietà degli interessi ai sensi dell'art. 644 comma III c.p., in particolare sotto il profilo della sproporzione rispetto alla prestazione e delle condizioni di difficoltà economico/finanziaria nel

*Sentenza, Tribunale di Modena, Dott. Paolo Siracusano, 07 settembre 2016, n. 1703*

momento in cui gli interessi sono stati convenuti, in quanto i bilanci della SOCIETA' SRL prodotti risalgono al 2007 e al 2009, mentre il conto è stato acceso nel 1997.

Un'eventuale sproporzione sopravvenuta, a causa del deterioramento delle condizioni economiche della correntista, non potrebbe, in ogni caso, fondare la nullità (che non può non essere genetica) della clausola sugli interessi.

Con riferimento alla liberazione dei fideiussori, si osserva che in atto di citazione la domanda è contenuta nelle conclusioni senza che siano stati allegati gli elementi costitutivi della fattispecie ex art. 1956 cc. Pertanto, a differenza di quanto osservato in relazione alle altre domande, in cui le nuove allegazioni si muovevano pur sempre nel perimetro già delineato con le precedenti nell'atto introduttivo, gli argomenti svolti nella seconda memoria ex art. 183 comma VI c.p.c. (oltre a essere calibrati più sul profilo della legittimazione dei fideiussori/garanti autonomi in ordine alla rideterminazione dei rapporti dare/avere tra banca e società garantita) sono senz'altro tardivi.

In considerazione della varietà degli orientamenti giurisprudenziali nella materia, sussistono le ragioni richieste dall'art. 92 comma II c.p.c nel testo *ratione temporis* applicabile per disporre la compensazione integrale delle spese di lite.

**P. Q. M.**

Il Tribunale di Modena, definitivamente pronunciando,

- 1) rigetta le domande degli attori;
- 2) spese di lite integralmente compensate.

Modena, 7 settembre 2016.

**Il giudice  
Paolo Siracusano**

*\*Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*