

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI CUNEO
SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice Dott. Massimo Scarabello ha pronunciato la seguente

SENTENZA NON DEFINITIVA

nella causa civile di I Grado iscritta ai n. r.g. omissis/2013 promossa/riassunta da:

SOCIETA' FALLITA

attore/i

contro

BANCA

convenuto/i

Oggetto: nullità del contratto bancario per difetto di forma scritta - conseguenze

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come risulta dal verbale di udienza di precisazione delle conclusioni celebrata il 09.02.2016

IN FATTO E DIRITTO

1. LA SOCIETA' (poi fallita nel corso del procedimento, ritualmente riassunto dal Fallimento) cita in giudizio assumendo in essere fra le parti sin dal 2003 un contratto di conto corrente, con apertura di credito per euro 200.000,00 relativamente al quale sono stati applicati dalla banca interessi non dovuti in applicazione di clausole di cui viene eccepita la nullità (per anatocismo, usura, c.m.s., ecc.).

Viene dedotta dal cliente, in primo luogo, la nullità del contratto perchè non sottoscritto alla banca.

2. Si giunge ora a decisione sulla questione preliminare dedotta da parte attrice in ordine alla nullità del contratto di conto corrente e di finanziamento, per difetto di forma scritta *ad substantiam*, come da ordinanza del precedente giudice istruttore in data 27.06.2014.

3. La convenuta BANCA ha, pure in via preliminare, eccepito l'incompetenza per territorio del Tribunale di Cuneo, posto che il contratto *inter partes* (della cui nullità peraltro si discute anche per difetto di forma scritta e in specie di sottoscrizione della Banca) recherebbe in clausola 15 la elezione quale Foro competente la sede della Banca che, *illo tempore* era Verona, oggi è invece Roma. Di talchè l'uno o l'altro debbono essere ritenuti i Tribunali da adire, non già quello di Cuneo.

4. Occorre preliminarmente (posto che si tratta di questione eccepita dalla parte convenuta e logicamente precedente a quelle appena indicate) rilevare che la dedotta nullità della citazione per indeterminatezza dell'oggetto non ha pregio.

Nel caso concreto sono determinati sia i rapporti cui si fa riferimento, l'oggetto degli stessi, il tipo di vizi che renderebbero invalidi i contratti, quali siano gli addebiti oggetto di denuncia per i vari motivi proposti.

Si tratta di uno schema che adempie agli oneri di specificazione ex art. 163 e 164 c.p.c in modo che sia salvaguardato il diritto di difesa della convenuta e il principio del contraddittorio.

5. Quanto alla incompetenza del Tribunale di Cuneo (questione preliminare alla stessa nullità del rapporto per difetto di sottoscrizione, che condiziona in realtà il merito delle domande proposte da parte attrice e le difese della convenuta), l'attrice replica che la clausola di deroga alla competenza non è apposta all'apertura di conto corrente, e che le sottoscrizioni relative contratto sono state disconosciute. poi, non sarebbe fondata perchè la clausola è sottoscritta dal funzionario responsabile della banca

6. L'eccezione di incompetenza territoriale è infondata.

Sostiene la Banca che la regola di cui all'art. 15 delle condizioni generali di contratto di conto corrente stipulato nel 2003 riguarderebbe tutti i rapporti, anche accessori oggetto di controversia. In tale clausola si stabilisce che la competenza per territorio è "la sede legale della Banca, cioè Verona". Ma le vicende societarie che hanno condotto alle cessioni ed alle fusioni si da attrarre il presente rapporto alla banca oggi convenuta, hanno di fatto determinato l'inapplicabilità della clausola in questione, posto che oggi la sede legale della banca non è più Verona, ma Roma.

Non è stato nel corso degli anni rinegoziato fra le parti, anche solo con una nuova proposta da sottoscrivere, questo aspetto del rapporto.

E' allora rimasta in vigore una clausola che, specificando la sede legale della società (Verona) è in contrasto netto con quanto risulta appena prima determinato, ossia la sede legale, con il che ne risulta un ibrido che non corrisponde certo alla volontà delle parti in allora manifestata (ossia che le cause relative a questo contratto e a quelli connessi fossero rimesse alla competenza del Tribunale di Verona, sede in allora della società).

La stessa confusione (e la non coerenza con la volontà manifestata allora) emerge dalle difese della banca convenuta, che indica come Fori alternativi il Tribunale di Verona ovvero di Roma.

Di talchè seguendo le regole ordinarie in materia di competenza per territorio, il Tribunale di Cuneo appare correttamente adito.

7. Occorre ora valutare la eccezione di nullità del contratto per difetto di forma scritta, ossia per la dedotta mancanza di sottoscrizione del contraente banca. In punto, occorre rilevare quanto segue.

Parte attrice rileva che anche i documenti integrativi prodotti dalla Banca (oltre che oggetto di disconoscimento, almeno quanto al modulo 1 dicembre 2003 e quindi di per se, secondo il correntista inutilizzabile) recano tutti a sola sottoscrizione del cliente e non della Banca, risolvendosi in dichiarazioni unilaterali non idonee a integrare il requisito di forma previsto per i contratti bancari.

Viene in punto richiamata anche la recente Cass. 5919/16, che stabilisce la nullità per mancanza del requisito della forma scritta del contratto.

8. Occorre prendere le mosse proprio da questo ultimo orientamento espresso in sede di legittimità.

La decisione si articola sostanzialmente in questi principi, che si vanno a ricordare.

Afferma la Corte che *"(...) vertendosi in tema di forma scritta sotto pena di nullità, in caso di formazione dell'accordo mediante lo scambio di distinte scritture inscindibilmente collegate, il requisito della forma scritta ad substantiam in tanto è soddisfatto, in quanto entrambe le scritture, e*

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

le corrispondenti dichiarazioni negoziali, l'una quale proposta e l'altra quale accettazione, siano formalizzate (...)".

Tale requisito non è sostituibile con dichiarazioni del cliente quali la presa d'atto che una copia del contratto viene rilasciata con sottoscrizione di soggetti rappresentanti della banca.

Non é ammissibile, prosegue poi la Corte, in siffatte ipotesi, la prova per testimoni ovvero quella presuntiva.

Non vale poi il principio relativo alla produzione in giudizio del documento da parte del soggetto, non firmatario, che se ne intenda avvalere ed al più si tratta di una fattispecie che determinerebbe il sorgere del rapporto dal momento della produzione in giudizio, *ex nunc* e non *ex tunc*.

La Corte prosegue affermando che *"(...) La forma scritta, quando è richiesta ad substantiam, è insomma elemento costitutivo del contratto, nel senso che il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate pattuizioni, sicchè occorre che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto"*.

Un requisito formale che non é per nulla ricavabile o inducibile dalla produzione in giudizio di "atti esecutivi" del rapporto, ossia documenti che sono pur emessi dalla stessa parte e che attestano che quel rapporto non sottoscritto ha avuto pacifica e diuturna esecuzione.

9. Si tratta, all'evidenza, di un orientamento che, esplicitamente, rompe la continuità con i principi affermati da Cass. 4564/12, che aveva ritenuto sufficiente la produzione in giudizio del documento contrattuale, nonché dell'esistenza di atti esecutivi comunicati nel corso del rapporto al contraente (ad es. estratti conto).

10. Ora, mentre l'evidente contrasto con l'orientamento precedente (e invero consolidato) merita verosimilmente l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, non si può tralasciare di osservare, in questa sede, che la decisione da ultimo citata incontra alcune criticità.

In primo luogo, non pare indebolito dalla motivazione riportata l'argomento precedentemente utilizzato dalla medesima Corte regolatrice in ordine alla efficacia della produzione in giudizio del contratto da parte del contraente non firmatario.

L'orientamento precedente, ben riassumibile con la massima di Cass. 11409/06, ritiene che *"(...) in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta ad substantiam, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta equivale a sottoscrizione perfezionando il contratto solo a condizione che l'atto sia stato prodotto al fine di invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti"*.

L'affermazione per cui la produzione in giudizio del contratto da parte del contraente manifesterebbe una volontà di perfezionamento del rapporto con effetti non retroattivi si scontra con il meccanismo (processuale) cui viene ricondotto il rispetto del requisito di forma.

Invero pare trattarsi di una fattispecie a formazione progressiva in cui vengono a scindersi da un lato il momento perfezionativo dell'accordo, dall'altro la ricognizione processuale dell'aspetto formale dello stesso.

La banca che produce in giudizio il contratto stipulato anteriormente, a ben vedere, manifesta (posto che a tale comportamento si deve attribuire significato negoziale, che si muove prima di tutto sul piano sostanziale) la volontà che a quel contratto (con quelle caratteristiche oggettive, causali e

temporali) sia data esecuzione, evidentemente dal momento stesso in cui la fattispecie ha conosciuto genesi.

Si deve dunque ritenere che, sotto questo aspetto, la produzione in giudizio del contratto da parte del contraente non sottoscrittore (come nella specie) valga a perfezionare, anche sotto il profilo formale, il rapporto sorto *illo tempore*.

11. Ma vi è di più.

Anche ove si volesse condividere il pronunciamento della Corte appena rassegnato, e reputare dunque il contratto non rispettoso del requisito di forma *ad substantiam*, vi sono altri motivi per non accordare, nella specie, la tutela invocata dal cliente per il vizio formale.

12. Va infatti ricordato che nell'ordinamento esiste, riconosciuto sia da dottrina che da giurisprudenza, di merito e di legittimità, l'istituto dell'abuso del diritto, *sub specie*, per quanto rileva in questa sede, dell'abuso della eccezione di nullità.

13. La teoria dell'abuso del diritto costituisce espressione dei (e nello stesso tempo realizza i) principi di correttezza e buona fede, in ambito contrattuale e, specificamente, nell'esercizio di diritti potestativi sostanziali e processuali, assicurando coerenza funzionale ed equilibrio non solo nella fase esecutiva-funzionale del rapporto, ma anche nel momento patologico, ove siano in rilievo fattispecie soggettive (pur garantite dall'ordinamento) il cui utilizzo disfunzionale altererebbe irrimediabilmente il sinallagma del rapporto.

14. Fondamentale nel riconoscimento giurisprudenziale dell'istituto, Cass., sezioni unite, 18128/05, che per prima riconosce la riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, ove si abbia riguardo al fatto che una parte della prestazione sia stata eseguita. Al di là dell'affermazione, pure importante, circa il rilievo ufficioso della manifesta eccessività della penale, è la stessa disposizione di cui all'art. 1384 c.c. che contiene, *in nuce*, gli elementi propri della reazione dell'ordinamento all'abuso del diritto (si veda Cass. 2749/80, che afferma "*il potere conferito al giudice dall'art. 1384 cod. civ. di ridurre la penale manifestamente eccessiva è fondato sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata riducendolo nei limiti in cui opera il riconoscimento di essa, mediante l'esercizio di un potere equitativo che ristabilisca un congruo contemperamento degli interessi contrapposti, valutando l'interesse del creditore all'adempimento, cui ha diritto, tenendosi conto dell'effettiva incidenza di esso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale.*").

15. I principi che presiedono all'istituto dell'abuso del diritto, si è visto, sono inscindibilmente collegati con il canone di buona fede oggettiva (correttezza), che deve permeare di sé ogni momento del rapporto, da quello genetico a quello funzionale e patologico.

Essenziale nello sviluppo giurisprudenziale dell'abuso del diritto è Cass. 20106/09, che così - lucidamente - argomenta:

"(...) In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5.3.2009 n. 5348; Cass. 11.6.2008 n. 15476).

Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.).

I principi di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico.

L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462). Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale, poi, il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

In questa prospettiva, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi.

La Relazione ministeriale al codice civile, sul punto, così si esprimeva: (il principio di correttezza e buona fede) "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", operando, quindi, come un criterio di reciprocità.

In sintesi, disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato.

In questa ottica la clausola generale della buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., è stata utilizzata, anche nell'ambito dei diritti di credito, per scongiurare, per es. gli abusi di posizione dominante. La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione.

Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto.

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto - ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale - sono i seguenti:

- 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto;
- 2) la possibilità di un concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
- 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico;
- 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore (...)"

16. L'abuso del diritto è ravvisabile, prosegue la Corte, quando "(...) nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede".

La reazione dell'ordinamento, di fronte a tale alterazione, è di negare la tutela ai "poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva".

17. Ora, poste queste premesse, occorre verificare se anche in una situazione quale quella dedotta nella presente vicenda possa ravvisarsi la fattispecie dell'abuso del diritto.

Si deve muovere, in proposito, dalla constatazione per cui la giurisprudenza di merito inizia a far uso della categoria proprio nell'ambito di contratti bancari e finanziari e proprio di fronte all'abuso dello strumento della nullità di protezione (cfr. Trib. Modena, 846/15), ove essa venga utilizzata "selettivamente" per invalidare i negozi esecutivi non vantaggiosi per il cliente.

La sentenza così motiva: *"La vicenda di cui ci si occupa esprime in modo evidente lo scarto che sussiste tra realtà fattuale e realtà giuridica. Un negozio (che si assume) radicalmente inefficace dal punto di vista giuridico determina, nel mondo reale, una pluralità di conseguenze concrete, in termini, soprattutto, di spostamenti patrimoniali. Queste conseguenze concrete, a loro volta, assumono la forma di negozi giuridici, che costituiscono momenti esecutivi del contratto quadro e che mutuano, secondo un meccanismo che non è in discussione, l'invalidità del negozio "a monte". Sennonché, gli attori selezionano, tra questi negozi esecutivi, solo alcuni (nel caso di specie, le obbligazioni Lehman), al fine di sentirne dichiarare la nullità derivata e di ottenere la restituzione di quanto versato per l'acquisto"*, prosegue il Giudice rilevando che *"in primo luogo, perché la giurisprudenza di legittimità impone di vagliare, senza limitazioni per categorie di soggetti, se il concreto esercizio della tutela giurisdizionale non si traduca in una forma di abuso (per esempio, SS.UU, sent. n. 23726/2007, sul contrasto tra frazionamento del credito e principi del "giusto processo"); in secondo luogo, perché la "debolezza" della situazione di partenza di una delle parti non autorizza a utilizzare, per quest'ultima, parametri diversi rispetto a quelli normalmente in uso per sindacare le modalità di esercizio degli strumenti processuali apprestati dall'Ordinamento"*.

18. Nel caso odierno, a leggere l'atto di citazione, si ricava che l'attrice ha intrattenuto con la Banca un rapporto di conto corrente, con apertura di credito sino all'importo di euro 200.000,00 sin dal 2003 e che si duole di una serie di addebiti effettuati su quel conto a titolo di interessi passivi, addebiti generici e importi a titolo di cms che "non sarebbero dovuti".

Dopo aver dedotto l'eccezione di nullità per difetto di forma, l'attrice rileva che gli interessi addebitati non erano stati pattuiti fra le parti, che era stato applicato un interesse anatocistico illegittimo, che anche gli addebiti a titolo di commissioni di massimo scoperto erano illegittimi.

19. L'attrice deduce dunque la nullità dell'intero contratto poggiando la relativa argomentazione sull'art. 117 tub.

La previsione rientra fra quelle che *"operano solo a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice"* (art. 127 tub).

Si tratta di una nullità speciale di protezione, come è riconosciuto pacificamente in dottrina e giurisprudenza.

Si pensi, sotto questo profilo, alla ragione del requisito formale del contratto bancario: la forma scritta dovrebbe assicurare la piena presa di conoscenza da parte del cliente (e non certo della banca) delle clausole e delle condizioni che vengono predisposte dalla banca nel rapporto con il cliente.

E' dunque posta a presidio dell'interesse della parte debole del rapporto bancario.

Anche la relativa sottoscrizione risponde evidentemente, sotto questo profilo (non si discute dei requisiti perché il contratto sia valido da un punto di vista formale, potendosi dare per acquisito il principio posto da Cass. 5919/16), alla esigenza di una piena consapevolezza da parte del cliente circa il tipo e il contenuto dell'impegno che egli assume nei confronti della banca.

20 Ciò posto, nella specie il contraente impugna di nullità l'intero contratto non già perché sia carente della propria sottoscrizione, ma perché manca quella della banca.

Già sotto questo aspetto emerge una distonia con la funzione tipica del requisito formale in questo particolare tipo di contratto.

E non si dimentichi che, quanto alla indagine circa la sussistenza di una ipotesi di abuso del diritto, è proprio l'aspetto funzionale dello strumento (che assicura l'esercizio della situazione soggettiva garantita dall'ordinamento) a dover essere attentamente posto sotto esame.

21. Ma non è tutto.

Si esamini il profilo esecutivo del rapporto.

Il contraente, una impresa, ha stipulato nel 2003 un contratto con la banca che gli ha assicurato un'apertura di credito sino all'importo di 200.000,00 euro.

Un rapporto bancario che ha consentito, assai verosimilmente, alla impresa di esercitare la propria attività e di conseguirne vantaggi.

Un rapporto i cui effetti positivi, per lunghi anni, sono stati fatti propri dal cliente. Egli ha utilizzato il fido concesso, nel corso del tempo, tanto da aver accumulato debiti per interessi passivi che vengono, in parte, contestati nella misura in cui sono stati applicati o per un difetto formale inerente la relativa (specifica) pattuizione.

22. Così ragionando, appare che nella specie la deduzione di nullità dell'intero rapporto per difetto di sottoscrizione della controparte non costituisca utilizzo della situazione giuridica soggettiva concessa (nel suo riflesso processuale) per lo scopo per cui essa è stata prevista e offerta dall'ordinamento.

In altri termini, la nullità viene dedotta non tanto perchè difetti il requisito formale a presidio del quale viene concessa la tutela nei confronti del contraente debole, ma per farla divenire strumento con il quale contestare gli aspetti del contratto bancario che non vengono reputati (per questioni diverse) legittimi.

Si tratta di un eccesso di mezzo rispetto al fine, ovvero di uno sviamento dallo schema funzionale tipico per il quale viene concessa la eccezione di nullità.

23. Opera, allora, in questo caso, la necessità di apportare allo strumento il correttivo previsto, che consiste nel non accordare, nel caso specifico, la tutela pur astrattamente configurabile, perchè disfunzionale allo scopo per cui essa è prevista.

24. La conseguenza non può che essere la pronunzia, con sentenza non definitiva, di rigetto (oltre che della censurata incompetenza territoriale di questo Tribunale) della eccezione di nullità per difetto di forma scritta consistente nella mancata sottoscrizione della Banca. Con separata ordinanza si provvede a fissare udienza per il prosieguo.

P.Q.M.

non definitivamente pronunziando,

respinge l'eccezione di incompetenza territoriale;

respinge l'eccezione di nullità del contratto per difetto di sottoscrizione del contraente banca;

provvede per il prosieguo con separata ordinanza.

Mondovì, 28 luglio 2016

Il Giudice

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

EX PARTE CREDITORIS