

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI NAPOLI
SECONDA SEZIONE CIVILE**

Nella persona del giudice monocratico dott. Roberto Notaro ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al numero *omissis* del Ruolo Generale Affari Contenziosi dell'anno 2009, promossa

DA

FIDEIUSSORI

CONTRO

-opponenti-

BANCA

CONCLUSIONI

-opposta-

All'udienza del giorno 8.11.2016 le parti hanno concluso come da verbale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La presente sentenza viene redatta ai sensi dell'art. 132 cpc, così come modificato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 (pubblicata sulla G.U. n. 140 del 19 giugno 2009 ed in vigore dal 4 luglio 2009), mediante la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione omettendo lo svolgimento del processo.

BANCA ha chiesto ed ottenuto il decreto ingiuntivo n. *omissis* per l'importo di € 678.375,92 derivante dal saldo passivo di quattro conti correnti intestati alla SOCIETA' SRL, della quale gli ingiunti erano fideiussori. Questi ultimi hanno proposto opposizione al decreto, chiedendone la revoca, sostenendo che la banca avrebbe applicato interessi usurari, che i contratti sarebbero nulli per difetto di forma scritta, per la mancata indicazione di tutte le condizioni economiche, per l'applicazione di cms non pattuite e addebito di interessi capitalizzati trimestralmente.

Infine gli oppositori hanno dedotto la nullità delle fideiussioni prestate il 28.7.2008 per l'importo di € 532.143,47 per indeterminatezza dell'oggetto.

La BANCA, alla quale nel corso del processo è succeduta la BANCA P. quale cessionaria del credito, si è costituita chiedendo il rigetto della domanda e la conferma del decreto opposto. In particolare la banca ha sostenuto la validità di tutti e quattro i contratti oggetto di causa, in quanto disciplinati dal contratto normativo relativo al conto n. *omissis* il quale conteneva l'analitica descrizione di tutte le condizioni economiche, nonché la validità di entrambe le fideiussioni prestate dagli oppositori.

La corretta decisione della controversia presuppone necessariamente la preventiva qualificazione della natura giuridica delle garanzie prestate dagli oppositori. La banca, infatti, sostiene che si tratterebbe di

Sentenza, Tribunale di Napoli, Dott. Roberto Notaro n. 4191 del 7 aprile 2017

contratti autonomi di garanzia in virtù dei quali sarebbe precluso ai garanti di opporre al creditore le eccezioni relative alla validità ed efficacia dei rapporti negoziali garantiti.

Il dibattito sulla distinzione tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia è ancora molto aperto sia in dottrina che in giurisprudenza. Senza voler inutilmente ripercorrere le tappe dell'evoluzione interpretativa in materia, è sufficiente in questa sede richiamare l'insegnamento più recente della Cassazione secondo la quale la qualificazione del negozio deve essere effettuata in base alle caratteristiche concrete del contratto (cfr. da ultimo Cass. 14.6.2016 n. 12152).

Ebbene, la giurisprudenza predominante ritiene, condivisibilmente, che l'inserimento nel contratto della clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" sia un chiaro indice sintomatico della volontà delle parti di rendere del tutto autonomo il contratto di garanzia dal rapporto principale.

Nel caso in esame, tuttavia, in entrambe le fideiussioni è inserita solo la clausola di pagamento a prima richiesta, mentre non vi è alcuna esplicita rinuncia dei garanti alla proposizione delle eccezioni.

Questa circostanza è certamente rilevante al fine di escludere la configurabilità di un contratto autonomo di garanzia. La banca, infatti, quale operatore qualificato che ha predisposto il modulo contrattuale, se avesse voluto concludere un contratto autonomo avrebbe dovuto includere nel contratto la clausola di rinuncia alle eccezioni. Tale omissione rende chiara la volontà della banca di non rendere del tutto autonome le garanzie dal rapporto principale. Questo elemento, pur rilevante, non è sufficiente da solo per qualificare il rapporto negoziale in quanto, in un caso simile, la Cassazione ha precisato che l'inserimento nel contratto della sola clausola di "pagamento a prima richiesta" (priva dell'esplicita rinuncia alla proposizione delle eccezioni) non ha rilievo decisivo per la qualificazione del negozio, potendo tale espressione riferirsi sia a garanzie svincolate dal rapporto garantito che a fideiussioni (Cass. 9.8.2016 n. 16825).

Oltre all'elemento sopra indicato vi sono, però, almeno altri due elementi decisivi che fanno propendere per la natura fideiussoria dei negozi in esame.

In primo luogo va sottolineato il dato letterale dei documenti, nei quali si fa a più riprese espresso riferimento ai "fidejussori", in tal modo richiamando in maniera esplicita la garanzia tipica del codice civile.

Ciò risulta ancor più significativo se si tiene conto del fatto che il modulo è stato predisposto dalla banca la quale, si ripete, come operatore professionale qualificato, non poteva ignorare il significato giuridico dei termini adoperati.

Dunque, appare evidente che se la banca avesse voluto far sottoscrivere agli oppositori dei contratti autonomi non li avrebbe definiti "fidejussori" bensì "garanti".

Infine, che la banca non abbia voluto precludere la facoltà di proporre eccezioni relative alla validità ed efficacia del rapporto garantito è dimostrato ulteriormente dal fatto che gli artt. 9 e 10 dei due moduli negoziali esplicitamente prevedono l'esclusione della possibilità di proporre eccezioni "riguardo al momento in cui la Banca esercita la sua facoltà di recedere dai rapporti col debitore".

Ciò vuol dire, al contrario, che in tutte le altre ipotesi i fideiussori avrebbero avuto la possibilità di proporre le eccezioni spettanti al debitore principale.

Per tutte queste ragioni le garanzie prestate dagli oppositori vanno qualificate come fideiussioni, con conseguente possibilità dei garanti di opporre al creditore tutte le eccezioni relative al rapporto principale.

Gli opposenti hanno dedotto la nullità della fideiussione prestata per l'importo di € 532.143,47 per indeterminatezza dell'oggetto in quanto, a loro giudizio, non sarebbe sufficientemente indicato il rapporto garantito.

L'eccezione risulta infondata in quanto nella scheda negoziale è stato indicato l'importo garantito, il debitore principale e l'oggetto della garanzia ("credito speciale per scoperto di c/c"). Tale indicazione risulta sufficientemente specifica, individuando l'ambito di operatività della garanzia nei debiti derivanti dallo scoperto dei conti correnti intestati alla SOCIETA' SRL.

A questo punto può passarsi a valutare l'esistenza e l'ammontare del credito della banca.

Dalla lettura del ricorso monitorio si evince che la BANCA ha agito per il recupero delle somme risultanti dai saldi debitori di quattro distinti conti correnti: il n. *omissis* per € 167.181,46, il n. *omissis* per € 27.000,00, il n. *omissis* per € 413.880,48 e il n. *omissis* per € 70.313,98.

Con riferimento a tutti e quattro i rapporti gli opposenti hanno eccepito la nullità per mancanza di forma scritta.

L'eccezione risulta fondata in relazione ai primi tre rapporti, per i quali mancano i contratti scritti, mentre per il conto n. *omissis* la banca ha depositato il relativo contratto.

Gli opposenti hanno eccepito che l'originale del contratto presente nella produzione dell'opposta non sarebbe stato ritualmente depositato in quanto da essi rinvenuto per la prima volta in atti all'udienza dell'8.11.2016; in precedenza, viceversa, in atti sarebbe stata presente solo una copia del contratto priva anche delle condizioni contrattuali riportate a tergo del documento.

Tale doglianza risulta non condivisibile in quanto, già dal ricorso monitorio e dall'indice della relativa produzione, si evince che l'opposta depositava la "lettera contratto".

Tale dicitura fa presumere che il documento depositato fosse l'originale e non la copia, in quanto altrimenti tale circostanza avrebbe dovuto essere riportata nell'indice sottoscritto dal cancelliere.

Va notato, inoltre, che la tesi degli opposenti risulta incompatibile con la circostanza che l'opposta già prima del presunto deposito irregolare del novembre 2016 si era difesa facendo espresso riferimento alle condizioni negoziali presenti nella parte posteriore del documento (cfr. ad esempio le prime comparse conclusionali del luglio 2016).

Questa considerazione induce a ritenere che il documento originale, comprensivo di tutte le condizioni contrattuali, fosse già stato ritualmente acquisito in atti.

Nel corso del giudizio era stata sollevata d'ufficio **la questione della possibile nullità del contratto n. *omissis* per assenza della sottoscrizione della banca.**

Sul punto si osserva che in realtà alla pag. n. 3 del contratto è **presente la sigla del funzionario della banca**, circostanza che esclude la nullità del contratto.

In ogni caso, anche qualora tale firma si volesse ritenere invalida perché non leggibile, va rilevato che il sottoscritto, in recenti pronunce, ha richiamato l'orientamento già espresso anche dalla Corte di Appello di Napoli che, discostandosi dall'orientamento della Cassazione, ha ritenuto la validità del contratto sottoscritto solo dal correntista (cfr. C. App. Napoli sent. N. 4571 del 28.12.2016).

Sentenza, Tribunale di Napoli, Dott. Roberto Notaro n. 4191 del 7 aprile 2017

Secondo tale ultimo orientamento la ricostruzione operata dalla Suprema Corte muove dal presupposto della coincidenza tra forma scritta del contratto e sua sottoscrizione da parte dei due contraenti. Tuttavia, **a ben vedere, la sottoscrizione non è un elemento essenziale dell'atto scritto in quanto la sua normale funzione è l'individuazione dell'autore del documento nonché l'assunzione della paternità dello scritto.** L'art. 2702 c.c., infatti, non stabilisce che la scrittura privata è quella redatta per iscritto e sottoscritta dalle parti; afferma, invece, che la scrittura privata fa piena prova, sino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta. **E' il firmatario dell'atto, allora, e non la controparte, che può togliere la piena efficacia alla scrittura, disconoscendola.**

D'altro canto – venendo al terreno processuale – l'art. 214 c.p.c. (rubricato disconoscimento della scrittura privata) afferma che colui contro il quale è prodotta una scrittura privata, se intende disconoscerla, **è tenuto a negare formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione: questo significa, che potrebbe esservi una scrittura privata anche senza sottoscrizione, che varrebbe come tale fino a quando non venga disconosciuta la scrittura.**

Che la sottoscrizione non sia un elemento naturale della scrittura privata, trova un'involontaria conferma, del resto, anche nella giurisprudenza che afferma che, **con la produzione in giudizio del documento non sottoscritto, si può concludere il contratto, sia pure con efficacia *ex nunc*.**

Se, infatti, la produzione in giudizio vale a determinare la conclusione del contratto, come accettazione dell'altrui proposta, vuol dire che ben possono esistere comportamenti concludenti che possono tener luogo della sottoscrizione, ferma restando la necessità di un testo contrattuale scritto.

E l'avvenuta e reiterata esecuzione del contratto, unita alla sua mancata contestazione ed al suo mancato disconoscimento, rappresentano certamente comportamenti che palesano la volontà di dare esecuzione a quel contratto scritto.

Ma soprattutto vi è un'ulteriore ragione per ritenere che, comunque, non possa essere dichiarata la nullità del contratto.

Ed infatti, se quella prospettata per la violazione della forma scritta nei contratti bancari è una nullità di "protezione" (e tale viene espressamente qualificata da Cass. n. 8395 del 2016, che richiama, per il resto, integralmente la precedente 5919/2016), la protezione va accordata al soggetto in cui favore è prevista.

E non pare dubitabile che la nullità in esame sia rivolta a tutelare la parte che possa avere pregiudizio da una mancanza di adeguata valutazione e ponderazione di un testo contrattuale che venisse solo concordato verbalmente.

Per tale ragione il correntista, che ha certamente avuto in visione quel testo contrattuale, tanto da poterlo sottoscrivere, non può certo dolersi del fatto che non l'abbia sottoscritto la banca, che non deve certo essere "protetta" dall'aver concluso un contratto, che non disconosce, su propri moduli e formulari, al quale ha dato, pacificamente, attuazione, anche con documenti scritti, negli anni successivi e che, nel giudizio, non solo non lo disconosce ma lo produce a riprova delle pattuizioni intercorse con la controparte.

Nel caso in esame il contratto risulta sottoscritto quantomeno dal correntista per cui, seguendo il ragionamento sopra indicato, esso va ritenuto valido ed efficace tra le parti.

Sentenza, Tribunale di Napoli, Dott. Roberto Notaro n. 4191 del 7 aprile 2017

Va precisato che la disciplina negoziale prevista dal contratto trova applicazione solo per il conto corrente n. *omissis* e non anche per gli altri conti oggetto di causa.

Leggendo il complessivo tenore delle clausole negoziali appare evidente che non si è in presenza di un contratto normativo con il quale le parti hanno voluto regolare tutti i futuri rapporti tra esse intercorrenti.

D'altronde è stata la stessa banca nel ricorso monitorio ad affermare che si era in presenza di quattro distinti conti correnti, mentre nulla ha dedotto sull'accessorietà degli altri conti rispetto al n. *omissis*.

Si aggiunga, inoltre, che la banca non ha fornito alcuna dimostrazione del rapporto di accessorietà, né che le operazioni economiche effettuate sugli altri conti si appoggiassero sul conto n. *omissis*.

Anzi, tale ultima circostanza è stata espressamente smentita dal CTU il quale, nella relazione del dicembre 2014, ha affermato che le competenze dei conti anticipi sono state dalla banca liquidate ed addebitate sui conti medesimi e non addebitate direttamente sul conto *omissis* (cfr. pag. 33 della relazione).

Ne consegue che solo il conto corrente *omissis* deve essere regolato dalle clausole contrattuali in esame, mentre per tutti gli altri conti, in mancanza di specifiche pattuizioni scritte, il saldo contabile va calcolato escludendo tutte quelle condizioni che richiedono la necessaria pattuizione in forma scritta.

Ne consegue che la banca, in relazione a tali conti, non ha diritto di calcolare gli interessi al tasso ultra-legale, dovendosi computare gli interessi al tasso legale e non già al tasso sostitutivo di cui all'art. 117 TUB.

Questi ultimi, infatti, possono applicarsi solo in presenza di contratto concluso in forma scritta, mentre in assenza di contratto non può che applicarsi il solo tasso legale.

In assenza di valida pattuizione la banca non ha neanche diritto di applicare le cms e le valute fittizie, il cui costo va escluso dal calcolo del saldo contabile.

A questo punto può passarsi a determinare l'esatto saldo dei conti oggetto di causa, tenuto conto dei principi appena espressi.

Va premesso che la mancata tempestiva contestazione dell'estratto conto trasmesso da una banca al cliente rende inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti solo sotto il profilo meramente contabile, ma non sotto quelli della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori dai quali le partite inserite nel conto derivano.

Pertanto, i correntisti non perdono il diritto di contestare, anche in epoca successiva alla chiusura del rapporto, il tasso applicato in concreto dall'istituto di credito (così Cassazione civile sez. I, 11 marzo 1996, n. 1978 in Giust. civ. Mass. 1996, 332).

Come detto, in relazione a tutti i conti privi di contratto scritto, il saldo va calcolato con esclusione della capitalizzazione, delle cms, delle spese e tenuto conto delle valute effettive.

Dalla lettura della relazione del ctu depositata nel dicembre 2014, nella parte in cui effettua il calcolo secondo i criteri appena indicati (allegato n. 1, IV Ipotesi) si evince che:

- 1). Il conto *omissis* ha un saldo attivo di € 7.824,97;
- 2). Il conto *omissis* ha un saldo passivo di € 44.644,61;

Sentenza, Tribunale di Napoli, Dott. Roberto Notaro n. 4191 del 7 aprile 2017

3). Il conto *omissis* 6 ha un saldo passivo di € 330.894,73;

4). Il conto *omissis* ha un saldo passivo di € 8.581,14.

Effettuata la compensazione tra i saldi attivi e passivi si ottiene un credito di € 376.295,51 in favore della banca.

Relativamente al conto *omissis* vanno applicate le condizioni contrattuali agli atti. Sul punto si osserva che la capitalizzazione degli interessi risulta legittima in quanto il contratto, sottoscritto in epoca successiva alla delibera CICR 2000, prevede la pari periodicità degli interessi attivi e passivi.

Gli interessi passivi vanno quindi computati al tasso pattuito, mentre vanno escluse dal calcolo le spese e le cms in quanto non espressamente pattuite in contratto.

Dall'elenco delle competenze presente a pag. 13 della relazione del dicembre 2014 si evince che la banca ha addebitato su tale conto € 30.327,22 per cms ed € 8.268,39 per spese.

Entrambi gli importi vanno detratti dal saldo contabile passivo di € 71.936,68, con un saldo finale passivo di € 33.341,07.

Aggiungendo tale ultimo importo al debito di € 376.295,51 relativo agli altri conti, si ottiene un totale di € 409.636,58 che rappresenta l'ammontare complessivo del credito della banca.

La differenza tra la somma ingiunta e quella accertata determina l'accoglimento parziale dell'opposizione, la revoca del decreto e la contestuale condanna degli opposenti al pagamento della somma suddetta.

Relativamente agli interessi si precisa quanto segue.

Premesso che il debito di valuta non è suscettibile di automatica rivalutazione per effetto del processo inflattivo della moneta, in caso di inadempimento o ritardato adempimento dell'obbligazione la rivalutazione monetaria del credito può essere riconosciuta, sempre che il creditore allegghi e dimostri, ai sensi dell'articolo 1224 cod. civ., comma 2, l'esistenza del maggior danno derivato dalla mancata disponibilità della somma durante il periodo di mora e non compensato dalla corresponsione degli interessi legali previsti con funzione risarcitoria in misura forfettariamente predeterminata dall'articolo 1224 cod. civ., comma 1 (Cass., sent. n. 11594 del 2004).

Le SS.UU., con sentenza n. 19499 del 2008, hanno, poi, chiarito che nel caso di ritardato adempimento di una obbligazione di valuta, il maggior danno di cui all'articolo 1224 cod. civ., comma 2, può ritenersi esistente in via presuntiva in tutti i casi in cui, durante la mora, il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi sia stato superiore al saggio degli interessi legali.

Ricorrendo tale ipotesi, il risarcimento del maggior danno spetta a qualunque creditore, quale che ne sia la qualità soggettiva o l'attività svolta (e quindi tanto nel caso di imprenditore, quanto nel caso di pensionato, impiegato, ecc.), fermo restando che se il creditore domanda, a titolo di risarcimento del maggior danno, una somma superiore a quella risultante dal suddetto saggio di rendimento dei titoli di Stato, avrà l'onere di provare l'esistenza e l'ammontare di tale pregiudizio, anche per via presuntiva; in particolare, ove il creditore abbia la qualità di imprenditore, avrà l'onere di dimostrare o di avere fatto ricorso al credito bancario sostenendone i relativi interessi passivi; ovvero - attraverso la produzione dei bilanci - quale fosse la produttività della propria impresa, per le somme in essa investite; il debitore, dal canto suo, avrà invece l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni semplici, che il creditore, in caso di tempestivo adempimento, non avrebbe potuto impiegare il denaro

Sentenza, Tribunale di Napoli, Dott. Roberto Notaro n. 4191 del 7 aprile 2017

dovutogli in forme di investimento che gli avrebbero garantito un rendimento superiore al saggio legale.

In definitiva sulla sorta capitale vanno computati gli interessi legali e la rivalutazione monetaria (pari alla differenza tra il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali) dalla domanda fino all'effettivo soddisfo.

Il parziale accoglimento della domanda giustifica la compensazione al 50% delle spese processuali e la condanna degli opposenti al pagamento della residua metà, tenuto conto del valore della domanda desunto dall'entità delle somme attribuite ed in assenza di nota specifica. Sul punto il tribunale prende atto della recente introduzione del Decreto Ministero Giustizia 10.03.2014 n. 55 (pubblicato in G.U. il 02.04.2014) il quale, secondo quanto stabilito dall'art. 29, entra in vigore dal giorno successivo alla propria pubblicazione e, ai sensi del precedente art. 28, trova applicazione a tutte le liquidazioni eseguite dopo la propria entrata in vigore. Con una recente pronuncia la Cassazione ha stabilito che l'incarico conferito al professionista ha natura unitaria e non può essere considerato frazionato in ordine alle diverse prestazioni eseguite. Pertanto, in caso di successione di tariffe professionali, per stabilire in base a quale di essa debba essere liquidato il compenso, occorre tenere conto della natura dell'attività professionale e, se per la complessa portata dell'opera il compenso deve essere liquidato con criterio unitario, la tariffa applicabile è quella che vige alla data della liquidazione anche se l'esplicazione dell'attività ha avuto inizio quando era vigente altra tariffa (Cass., S.U. 12.10.2012 n. 17406; Cass. 28.09.2012 n° 16581).

Le spese di consulenza vengono poste definitivamente a carico di entrambe le parti in misura uguale.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

accoglie parzialmente l'opposizione e revoca il decreto opposto;

condanna gli opposenti al pagamento in solido, in favore della parte opposta, della somma di € 409.636,58, oltre interessi legali e la rivalutazione monetaria (pari alla differenza tra il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali) dalla domanda fino all'effettivo soddisfo;

condanna gli opposenti al pagamento in solido, in favore della parte opposta, del 50% delle spese processuali, 50% che liquida in € 10.693,50 per compensi, ai sensi del D.M. Giustizia 10.03.2014 n. 55 (pubblicato in G.U. il 02.04.2014), oltre spese generali, iva e cpa come per legge.

Pone le spese di ctu definitivamente a carico di entrambe le parti in misura uguale. Napoli, 7.4.2017

Il Giudice
Dott. Roberto Notaro

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