

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI SPOLETO**

In composizione monocratica ed in persona del Giudice Dott.ssa Sara Trabalza, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in primo grado iscritta al N° *omissis* del Ruolo Generale dell'anno 2014, trattenuta in decisione all'udienza del 7.03.2018, con assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c., promossa da:

**CORRENTISTA
FIDEIUSSORI**

- **ATTORI** -

CONTRO

BANCA

- **CONVENUTA** -

OGGETTO: azione di accertamento negativo, di ripetizione indebita e di risarcimento. Contratti bancari.

CONCLUSIONI: All'udienza del 7.03.2018 i procuratori delle parti hanno concluso come da processo verbale di udienza (da intendersi qui integralmente richiamato e ritrascritto).

MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1. CORRENTISTA e FIDEIUSSORI hanno convenuto in giudizio dinnanzi al Tribunale di Spoleto, BANCA, esponendo (in sintesi e per quanto interessa) che:

- la società attrice aveva stipulato un contratto di conto corrente, recante il n. *omissis*, già nel 1997 con *omissis* s.p.a., poi divenuta BANCA, variando in tale occasione anche il numero, divenuto *omissis*.

- l'Istituto di credito aveva applicato nel corso del rapporto interessi anatocistici, commissioni di massimo scoperto non dovute, interessi superiori al tasso soglia *ex lege* 108/1996, interessi ultralegali con clausola c.d. uso piazza; si riscontrava, ancora, illegittimo gioco delle valute per quanto emergeva dall'analisi compiuta attraverso l'elaborato peritale allegato all'atto di citazione;

- le fideiussioni rilasciate da FIDEIUSSORI dovevano dirsi annullabili per vizio di consenso, in ragione delle nullità riscontrate che, se conosciute, non li avrebbero condotti a sottoscrivere i contratti;

- per i motivi esposti, doveva essere accertato in favore della correntista il credito di euro 85.960,73, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi ed oltre ai danni subiti, pari a 20.000,00 euro o a quella diversa somma ritenuta di giustizia.

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Tralza, n. 682 del 21 agosto 2018

Concludevano, pertanto, gli attori richiedendo di accertare, previamente, l'invalidità della determinazione ed applicazione degli interessi debitori ultra-legali, di quelli anatocistici con capitalizzazione trimestrale, delle commissioni di massimo scoperto non dovute e della applicazione di interessi usurari e, per l'effetto, di accertare che la stessa società attrice fosse creditrice della somma sopra indicata nei confronti della Banca convenuta, con condanna della controparte alla restituzione delle somme indebitamente trattenute.

La banca convenuta, costituitasi in giudizio con comparsa depositata il 26.01.2015, ha richiesto il rigetto della domanda avversaria, difendendo la legittimità delle clausole contrattuali contenute nel contratto ed eccependo la infondatezza delle censure sollevate, sottolineando – in particolare:

- la inammissibilità della domanda di ripetizione, in assenza di pagamento degli importi pretesi in restituzione;
- che il diritto azionato doveva reputarsi coperto da prescrizione decennale;
- che non poteva dirsi sussistente la lamentata usurarietà dei tassi di interesse applicati;
- che era legittima la commissione di massimo scoperto e tutte le altre clausole risultavano espressamente pattuite nel contratto di conto corrente di corrispondenza del 16.04.1993 che si produceva.

La convenuta agiva inoltre in riconvenzionale per il pagamento della somma di euro 153.274,28, derivante dal saldo negativo di conto corrente n. *omissis* per euro 102.984,43 e per euro 50.289,95 quale residuo debito alla data del 19.01.2015 del finanziamento chirografario n. *omissis* dell'originario importo di euro 52.249,99 concesso dalla Banca in forza di contratto, documento di sintesi e piano di ammortamento del 9.02.2012, prodotti unitamente alla dichiarazione di credito.

Il processo è proseguito attraverso:

- la trattazione della causa e la concessione dei termini *ex art.* 183 c.p.c.;
- il mutamento del giudice istruttore nella persona fisica;
- l'espletamento di Ctu contabile domandata dalla parte attrice, limitatamente all'accertamento disposto con ordinanza resa all'udienza del 30.06.2015;
- la fissazione al giorno 7.03.2018 dell'udienza di precisazione delle conclusioni, all'esito della quale la causa è stata trattenuta in decisione con concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

2. La domanda è fondata nei limiti e per le considerazioni che seguono.

Evidenzia la parte convenuta, attrice in riconvenzionale, che il rapporto di conto corrente per cui è causa risulta concluso in data 30.06.2014 per il passaggio a sofferenza della posizione patrimoniale della CORRENTISTA successivamente – pertanto - alla notifica della domanda giudiziale intervenuta in data 24.06.2014.

Eccepisce, di conseguenza, la inammissibilità della azione di ripetizione di indebito, posto che la stessa risulterebbe proposta quando ancora il rapporto di conto corrente non si era concluso, in difetto di pagamenti da restituire.

Si richiama, al riguardo, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui deve essere dichiarata improponibile la domanda di ripetizione di indebito nel caso in cui la stessa sia proposta in presenza di un contratto di conto corrente ancora aperto, posto che l'interesse del cliente deve trovare normale soddisfazione nel ricalcolo dell'effettivo saldo, depurato degli eventuali addebiti nulli.

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

Può invece proporsi la domanda di nullità, anche in costanza di rapporto, al solo fine di ottenere una pronuncia meramente dichiarativa, volta a rettificare – se del caso – in favore del correntista, le risultanze del saldo del conto stesso (vedi anche Corte d'Appello di Torino, Sez. I, 15 febbraio 2015, n. 214; Trib. Alessandria 4 maggio 2015, n. 13).

Le Sezioni Unite della Suprema Corte (con sentenza 2 dicembre 2010, n. 24418) affrontando la questione dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione dell'azione di ripetizione del cliente verso la banca con riguardo ad interessi che si assumevano indebitamente corrisposti in relazione ad un'apertura di credito in conto corrente bancario, hanno fatto riferimento alla nota distinzione tra atti ripristinatori della provvista ed atti di pagamento compiuti dal correntista per estinguere il proprio debito verso la banca, al fine di stabilire se (e quando) sia o meno configurabile un pagamento, asseritamente indebito, da cui possa scaturire una pretesa restitutoria ad opera del *solvens*.

In tale prospettiva, è stato osservato che, se pendente l'apertura di credito, il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, è indubbio che non vi sia stato alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato; nel caso, invece, che, durante lo svolgimento del rapporto il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti, ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su di un conto "*scoperto*" (cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista), o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento e non, viceversa, in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungono unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere.

Invero, l'annotazione in conto di una posta di interessi (o di c.m.s.) illegittimamente addebitati dalla banca al correntista comporta un incremento del debito dello stesso correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento, nel senso che non vi corrisponde alcuna attività solutoria nei termini sopra indicati in favore della banca; ne discende che il correntista potrà agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa (allo scopo eventualmente di recuperare una maggiore disponibilità di credito, nei limiti del fido accordatogli), ma non potrà agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo.

Di pagamento, nella descritta situazione, potrà dunque parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia estratto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto (cfr. Cass. 15 gennaio 2013, n. 798).

Ne deriva, secondo alcuna giurisprudenza di merito, che la domanda di ripetizione proposta con il conto aperto è inammissibile e resta inammissibile anche se il conto è stato chiuso in corso di causa, dovendo valutarsi la situazione al momento della proposizione della domanda, posto che la chiusura del rapporto è una condizione di ammissibilità e non di procedibilità della domanda (cfr. Tribunale di Catanzaro, 581 del 5.04.2016).

Tanto osservato in termini generali, l'eccezione sollevata dalla parte convenuta deve dirsi superata nel caso di specie, in ragione:

a) della circostanza per la quale con missiva del 15.05.2014 (ovverosia anteriormente alla notifica della domanda giudiziale) la stessa convenuta ha dichiarato di recedere dai rapporti

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

negoziali intercorrenti con la controparte, riscontrandosi - sulla base della documentazione versata in atti- il ricevimento della missiva in data 23.05.2014 (doc. 22 del fascicolo della convenuta) e l'assenza di movimentazione da tale data (cfr. Ctu);

b) della proposizione, in via principale, da parte degli attori dell'azione di accertamento negativo del credito, considerazione che basta a ritenere sussistente l'interesse ad agire ed a rendere ammissibile la domanda proposta;

c) della considerazione per cui è la stessa parte convenuta ad avere spiegato domanda riconvenzionale per il pagamento delle somme portate dal saldo negativo di conto corrente, così legittimando l'accertamento dei rapporti dare-avere e l'eventuale compensazione impropria delle somme reciprocamente dovute.

Anche laddove dovesse ritenersi che la domanda sia stata proposta prima della formale chiusura del rapporto, ciò non impedirebbe, infatti, di procedere nel senso ora specificato, incidendo la relativa circostanza, diversamente, sulla (pure eccepita) prescrizione del diritto azionato, da escludersi alla luce di quanto segue.

2.1. A tale proposito, si osserva che:

- com'è noto, sussiste indebito oggettivo tutte le volte in cui manchi la causa della prestazione e l'"accipiens" non abbia titolo per riceverla: tanto accade nei casi di nullità del contratto, ove l'azione "de qua" diventi esperibile per la restituzione delle prestazioni rese in base ad esso, ma anche nei casi di nullità di specifiche clausole contrattuali e per la restituzione delle corrispondenti prestazioni e controprestazioni da tali clausole originate (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 21096 del 28/10/2005; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 27334 del 12/12/2005; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 14585 del 22/06/2007).

- E l'indebito oggettivo opera non solo quando l'originaria causa di pagamento sia venuta meno, ma anche quando essa manchi fin dall'origine (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3994 del 23/02/2006).

- Il termine di prescrizione dei diritti di credito nascenti da un rapporto di apertura di credito in conto corrente deve essere calcolato con decorrenza dalla data in cui essi divengono esigibili per effetto del recesso della banca dall'apertura di credito e, comunque, della chiusura del conto corrente, dovendosi valorizzare il legame intercorrente fra la pluralità di atti esecutivi in virtù dell'unicità del rapporto giuridico derivante dal contratto unitario di conto corrente (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n.10127 del 2005; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5720 del 23/03/2004; Cass. Sentenza n. 4659 del 11/05/1999; Cass. N. 3783 del 1998; Cass. 1984/2262, Cass. 1956/2488; riferimenti normativi: Cod. Civ. art. 1845, Cod. Civ. art. 1936, Cod. Civ. art. 2935).

- Più in generale, poi, è l'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, ad essere soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

- Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del "solvens" con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'"accipiens". (cfr. Cass. S.U. 24418 del 2010).

- Prima della chiusura del conto, infatti, non essendo il saldo passivo immediatamente esigibile, se non eccedente l'importo dell'affidamento concesso ai correntista, soltanto i versamenti eseguiti in presenza di uno scoperto e volti a ricondurre il predetto saldo nei limiti del fido sono qualificabili come pagamenti, la cui effettuazione ad estinzione di un debito totalmente o parzialmente inesistente, in quanto determinato in applicazione di una clausola nulla, fa sorgere il diritto alla ripetizione, con la conseguente decorrenza del termine di prescrizione.

- Non compete, tuttavia, al correntista l'allegazione della mancata effettuazione di tali versamenti, trattandosi di un fatto negativo estraneo alla fattispecie costitutiva del diritto azionato, formata esclusivamente dall'illegittimo computo degli importi annotati in conto per interessi e commissione di massimo scoperto, e non implicante necessariamente la contestazione dei movimenti che ne hanno causato l'addebito (i quali possono ben essere ritenuti dal correntista effettivamente esistenti e correttamente contabilizzati), ma solo quella delle partite periodicamente iscritte al predetto titolo.

- Incombe invece alla banca che eccepisca la prescrizione del credito l'onere di far valere l'avvenuta effettuazione di rimesse solutorie in pendenza del rapporto, non essendo configurabile, in mancanza di tali versamenti, l'inerzia del creditore, che rappresenta il fatto costitutivo dell'eccezione: non merita dunque consenso la contraria opinione, fondata sul richiamo al pur condivisibile orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di prescrizione, secondo cui la relativa eccezione deve ritenersi validamente proposta mediante la mera allegazione dell'inerzia del titolare del diritto, non assumendo alcun rilievo, a tal fine, la mancata individuazione del termine applicabile e del momento iniziale o finale di esso, in quanto si tratta di questioni giuridiche, in ordine alle quali il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte (cfr. Cass., Sez. I, 27/07/2016, n. 15631; 24/05/2007, n. 11843; Cass., Sez. lav., 17/03/2009, n. 6459) – cfr. Cass. n. 19918 del 2017.

Orbene, nel caso di specie non è eccepibile alcuna prescrizione, posto che:

- il rapporto negoziale, per quanto evidenziato, deve reputarsi concluso con la ricezione della missiva di recesso in data 23.05.2014 (doc. 22 fascicolo convenuta), per cui è con riferimento a detta data che deve essere individuato il dies a quo del termine di prescrizione;

- non risultano allegati né tantomeno specificati da parte della Banca convenuta i versamenti con funzione solutoria che si sarebbero verificati in corso di rapporto (cfr. comparsa di risposta e vedi infra sull'onere di specifica allegazione dei fatti costitutivi delle domande ed eccezioni fatte valere), discendendone l'inevitabile rigetto dell'eccezione.

2.2. Nel merito, si ritiene opportuno - in prima battuta - richiamare i principi governatori dell'attività di allegazione e di prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere.

A tale ultimo proposito, si evidenzia che:

- giusta la testuale previsione di cui all' art. 2697 c.c. "*chi vuoi far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*" (comma 1). "*Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti - precisa il successivo comma 2 del cit. art. 2697 c.c. - ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*" (comma 2).

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Tralza, n. 682 del 21 agosto 2018

- È evidente, pertanto, che in tanto il giudice è tenuto a verificare se "*colui che eccepisce l'inefficacia*" dei fatti invocati dall'attore (a fondamento della propria pretesa) ha adempiuto il proprio onere probatorio con conseguente rigetto della sua eccezione, in quanto - previamente - abbia accertato che l'attore ha adempiuto il proprio onere probatorio (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 13390 del 08/06/2007).

- In altri termini, l'onere del convenuto di dimostrare l'inefficacia dei fatti invocati dalla controparte sorge esclusivamente dopo che l'attore ha dimostrato la esistenza "*dei fatti che costituiscono il fondamento*" del diritto fatto valere in giudizio (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 13390 del 08/06/2007)

- Senonché l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo (Cass. n. 23229/04 e Cass. n. 9099/12).

- Sicché chi esperisce una azione di accertamento negativo deve fornire la prova della fondatezza della propria domanda.

Occorre al contempo sottolineare, in relazione all'onere di specifica allegazione dei fatti posti a fondamento della domanda, che:

- l'attività processuale delle parti si articola in allegazione del fatto, affermazione (o invocazione) dei suoi effetti giuridici e prova del medesimo (fatto allegato) ovvero, sotto altro profilo, in disponibilità dell'oggetto, disponibilità degli effetti (ove non automatici), disponibilità delle prove. Schematizzazione che va coordinata con il principio dettato dall'art. 115 c.p.c., nel senso che il giudice deve ignorare quanto le parti non hanno allegato e provato (cfr. Cass. N. 7878/2000).

- Il potere d'ufficio del giudice attiene infatti solo al riconoscimento degli effetti giuridici di fatti che siano stati pur sempre allegati dalla parte.

- Sicché il potere di allegazione rimane riservato esclusivamente alla parte anche rispetto ai fatti costitutivi di eccezioni rilevabili d'ufficio, perché il giudice può surrogare la parte nella postulazione degli effetti giuridici dei fatti allegati, ma non può surrogarla nell'onere di allegazione, che, risolvendosi nella formulazione delle ipotesi di ricostruzione dei fatti funzionali alle pretese da far valere in giudizio, non può non essere riservato in via esclusiva a chi di quel diritto assuma di essere titolare (Cass. N. 15142/2003; Cass. Sezioni Unite: N. 1099 del 1998).

- E poiché il giudice non ha un potere di ricerca dei fatti, il rilievo d'ufficio delle questioni presuppone che un fatto sia già stato allegato pur senza invocarne gli effetti e si riferisce alla produzione degli effetti costitutivi, modificativi, estintivi che discendono dal fatto allegato (Cass. N. 4392/2000; Cass. N. 7878/2000).

- Sul piano sistematico, del resto, è da notare che, in presenza di situazioni giuridiche sostanziali caratterizzate dal requisito della disponibilità, assoluta o relativa, il processo si attegga secondo il principio dispositivo, ossia secondo un modello che postula, come tratti qualificanti indefettibili, l'affidamento esclusivo alla parte del potere di proporre la domanda e di allegare i fatti posti a fondamento della medesima (Cass. Sez. U, Sentenza n. 761 del 2002 anche in motivazione).

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

- Il potere di allegazione è, infatti, in questi limiti, riflesso processuale dell'autonomia sostanziale delle parti, la quale resterebbe vulnerata, ove soggetta all'iniziativa officiosa; la disponibilità della situazione giuridica sostanziale si atteggia, in sede giurisdizionale, come potere delle parti di determinare l'oggetto della lite (Cass. Sez. U, Sentenza n. 761 del 2002 anche in motivazione).

- L'attività di allegazione non si soddisfa, allora, con l'affermazione di un fatto generico, ma comporta l'indicazione di tutti gli elementi atti ad individuare il fatto specifico che si intende allegare (Cass. N. 7878/2000; Cass. N. 4392/2000; Cass. N. 7153/2000; Cass. N. 15142/2003).

- È altrettanto noto che siffatto regime di preclusioni deriva dalla necessità di cristallizzare tra le parti entro precisi termini perentori il *thema decidendum*, al fine di evitare la surrettizia e tardiva introduzione "a sorpresa" di nuovi temi d'indagine che- spostando i termini della controversia ed alterando od allargando l'oggetto sostanziale dell'azione- possano avere l'effetto di disorientare la difesa della controparte (cfr. in tal senso da ultimo Cass. Sez. 3, Sentenza n.7524 del 2005; Cass. 14.2.2001, n. 2080).

- Il sistema delle preclusioni nel giudizio civile (che costituisce cardine e tratto fondante delle riforme del 1990 e del 2005) si configura infatti come regola funzionale alla concreta attuazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, che ha trovato espressa e puntuale affermazione nella sopravvenuta nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione (cfr. Corte Cost. ordinanza n. 215 del 2005).

- Un siffatto regime di preclusioni introdotto nel rito civile ordinario riformato deve ritenersi inteso non solo a tutela dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo" (cfr. ex multis Cass. Sez. 2, Sentenza n. 19453 del 06/10/2005).

- Senonché, il dovere di rilevamento d'ufficio da parte del giudice di nullità afferenti alle clausole contrattuali non può essere confuso con il potere istruttorio e con l'onore della prova in ordine ai rapporti di dare ed avere intercorsi tra le parti.

- Il giudice può infatti accertare d'ufficio una nullità inerente al contratto sulla base della documentazione e delle risultanze istruttorie fornite dalla parte cui incombeva il detto onere, ma non può esercitare d'ufficio attività istruttorie sopperendo al mancato assolvimento dell'onere relativo che fa capo ad una delle parti in relazione ai rapporti intercorsi con la controparte (cfr. Cass., 7 maggio 2015, n. 9201).

3. Tanto chiarito in termini generali, parte attrice ha dedotto:

- la mancanza del contratto di conto corrente, nonostante la sua richiesta prima del giudizio;
- la mancata specifica pattuizione delle clausole negoziali di cui si eccepisce la nullità, anche in ragione del difetto di sottoscrizione del modulo negoziale da parte della convenuta (cfr. prima memoria 183 c.p.c.);
- l'illegittima applicazione di interessi anatocistici;
- la illegittimità della commissione di massimo scoperto, per assenza di causa e per sua indeterminatezza;
- l'applicazione di interessi passivi in misura ultralegale in presenza di clausola di rinvio ai c.d. usi piazza;
- la usurarietà degli interessi;
- l'illegittimo gioco delle valute.

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

A fronte di tali eccezioni, parte convenuta:

- ha prodotto la copia del contratto di conto corrente recante il n. 7740, stipulato dalla CORRENTISTA con la *omissis* in data 16.04.1993 (doc. 2 fascicolo di parte) pacifica essendo la continuità del rapporto rinumerato con la BANCA
- ha prodotto la copia della convenzione di concessione degli affidamenti sul relativo conto corrente del 16.04.2003, quella del 27.10.2003 di apertura delle linee di credito e quella del 7.11.2005 di aumento delle linee di credito per elasticità di cassa, nonché la copia di tutte le altre concessioni di linea di credito (doc.ti 3-9);
- ha chiarito le vicende societarie che hanno condotto alla cessione del credito direttamente a BANCA, nella qualità indicata in comparsa ed alla quale sul punto interamente si rimanda, reputandosi superata l'eccezione secondo la quale non sussisterebbe alcun rapporto negoziale tra CORRENTISTA e BANCA non essendo la stessa sottoscrittrice del documento contrattuale.

3.1. Priva di fondamento si rileva, in particolare, l'eccezione di nullità del contratto di conto corrente di corrispondenza per difetto di sottoscrizione da parte dell'Istituto di credito (cfr. prima memoria 183 c.p.c. di parte attrice).

Si osserva, al riguardo, che:

- la Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che i contratti bancari soggetti alla disciplina di cui all'art. 117 del d.lgs. n. 385 del 1993, così come i contratti di intermediazione finanziaria, non esigono ai fini della valida stipula del contratto la sottoscrizione del documento contrattuale da parte della banca, il cui consenso si può desumere alla stregua di atti o comportamenti alla stessa riconducibili. La conclusione del negozio, infatti, non deve necessariamente farsi risalire al momento in cui la scrittura privata che lo documenta, recante la sottoscrizione del solo cliente, sia prodotta in giudizio da parte della banca stessa, potendo la certezza della data desumersi da uno dei fatti espressamente previsti dall'art. 2704 c.c. o da altro fatto che il giudice reputi significativo a tale fine, nulla impedendo che il negozio venga validamente ad esistenza prima della produzione in giudizio della relativa scrittura ed indipendentemente da tale evenienza (cfr. Cass. n. 14243 del 2018).

- Ne deriva che la mancata sottoscrizione del documento contrattuale da parte della banca non determina la nullità per difetto della forma scritta prevista dall'art. 117, comma 3, del d.lgs. n. 385 del 1993, trattandosi di un requisito che va inteso non in senso strutturale, ma funzionale. Ne consegue che è sufficiente che il contratto sia redatto per iscritto, ne sia consegnata una copia al cliente e vi sia la sottoscrizione di quest'ultimo, potendo il consenso della banca desumersi alla stregua di comportamenti concludenti (cfr. Cass. n. 14646 del 2018), tra i quali rientra l'effettiva produzione in giudizio.

3.2. Va del pari respinta l'eccezione di usurarietà degli interessi applicati dall'Istituto di credito in costanza di rapporto.

Richiamandosi in questa sede il contenuto della propria ordinanza istruttoria del 30.06.2015, si evidenzia, più in particolare ed in via assorbente, che:

- Il contratto di conto corrente per cui è causa, prodotto in copia dalla parte convenuta (doc. 2) è stato stipulato in data 16.04.1993 quindi- in data anteriore alla prima rilevazione trimestrale (D.M. 22.3.1997) dei cd. tassi-soglia di cui alla Legge n. 108/96.

- Il fatto che il contratto bancario in questione (e- con esso- il relativo tasso di interesse passivo) sia stato stipulato in data anteriore alla prima rilevazione trimestrale ministeriale (D.M. 22.3.1997) dei cd. tassi-soglia di cui alla Legge n. 108/96, esclude che per esso possa (legittimamente) porsi un problema di usura, peraltro sollevato dalla parte attrice in modo sul punto assolutamente apodittico ed "esplorativo" (cfr. l'atto di citazione);

- la usurarietà in parola, infatti, potrebbe essere quindi soltanto “sopravvenuta” rispetto al momento della pattuizione (essendo appunto la pattuizione contrattuale di cui è causa anteriore alla entrata in vigore della legge) ed, in quanto tale, sarebbe irrilevante *ex* la Legge n. 24/01-art. 1815 comma II c.c (cfr. Cass. S.U. Sez. U, Sentenza n. 18128 del 2005 in motivazione; Corte Cost. n. 29/2002; cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 13868 del 24/09/2002; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 17813 del 13/12/2002; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 4380 del 25/03/2003) in relazione all’originario contratto;
- La parte attrice non considera, infatti, che i criteri fissati dalla legge n. 108 del 1996, per la determinazione del carattere usurario degli interessi, non trovano applicazione con riguardo alle pattuizioni anteriori all’entrata in vigore della stessa legge, come emerge dalla norma di interpretazione autentica contenuta nell’art. 1, primo comma, d.l. 29 dicembre 2000 n. 394 (convertito, con modificazioni, nella l. 28 febbraio 2001 n. 24), norma riconosciuta non in contrasto con la Costituzione con sentenza n. 29 del 2002 Corte Costituzionale (cfr. così testualmente Cass. S.U. Sez. U, Sentenza n. 18128 del 2005 in motivazione; Cass. 25 marzo 2003 n. 4380; Cass. 13 dicembre 2002 n. 17813; Cass. 24 settembre 2002 n. 13868).
- L’orientamento citato è quello che, da ultimo, con la sentenza n. 24675 del 19.10.2017, è stato ripreso dalle S.U. della Suprema Corte, le quali hanno risolto il contrasto giurisprudenziale sorto proprio con riferimento alla applicabilità o meno delle norme della legge n. 108 del 1996 ai contratti stipulati prima dell’entrata in vigore di quest’ultima e circa la necessità di chiarire quale fosse la sorte della pattuizione di un tasso d’interesse che, a seguito dell’operatività del meccanismo previsto dalla stessa legge per la determinazione della soglia oltre la quale un tasso è da qualificare usurario, si rivelasse superiore a detta soglia. Al contempo, la questione della configurabilità di una “*usura sopravvenuta*” si poneva non soltanto con riferimento ai contratti stipulati prima dell’entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, come nel caso in esame, ma anche con riferimento a contratti successivi all’entrata in vigore della legge, recanti tassi inferiori alla soglia dell’usura, superata poi nel corso del rapporto per effetto della caduta dei tassi medi di mercato, che sono alla base del meccanismo legale di determinazione dei tassi usurari.
- Un primo orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass. Sez. III 26/06/2001, n. 8742; Cass. Sez. I 24/09/2002, n. 13868; Cass. Sez. III 13/12/2002, n. 17813; Cass. Sez. III 25/03/2003, n. 4380; Cass. Sez. III 08/03/2005, n. 5004; Cass. Sez. I 19/03/2007, n. 6514; Cass. Sez. III 17/12/2009, n. 26499; Cass. Sez. I 27/09/2013, n. 22204; Cass. Sez. I 19/01/2016, n. 801) aveva dato alla questione della configurabilità dell’usura sopravvenuta risposta negativa. Ciò in quanto, per come sopra illustrato, la norma d’interpretazione autentica attribuisce rilevanza, ai fini della qualificazione del tasso convenzionale come usurario, al momento della pattuizione dello stesso e non al momento del pagamento degli interessi; cosicché deve escludersi che il meccanismo dei tassi soglia previsto dalla legge n. 108 sia applicabile alle pattuizioni di interessi stipulate in data precedente la sua entrata in vigore, anche se riferite a rapporti ancora in corso a tale data (pacifico essendo, peraltro, nella giurisprudenza di legittimità, che la legge n. 108 del 1996 non può trovare applicazione quanto ai rapporti già esauritisi alla medesima data).
- In altre decisioni, al contrario, è stata affermata l’incidenza della nuova legge sui contratti in corso alla data della sua entrata in vigore, omettendo tuttavia di prendere in considerazione la norma d’interpretazione autentica di cui al d.l. n. 394 del 2000, cit.: - Cass. Sez. III 13/06/2002, n. 8442; Cass. Sez. III 05/08/2002, n. 11706 e Cass. Sez. III 25/05/2004, n. 10032 si sono semplicemente richiamate alla giurisprudenza precedente al decreto legge; - Cass. Sez. I 25/02/2005, n. 4092; Cass. Sez. I 25/02/2005, n. 4093; Cass. Sez. III 14/03/2013, n. 6550; Cass. Sez. III 31/01/2006, n. 2149 e Cass. Sez. III 22/08/2007, n. 17854 hanno precisato (le prime tre in *obiter dicta*) che la clausola contrattuale recante un tasso che poi

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

superi il tasso soglia non diviene, in conseguenza di tale superamento, nulla, bensì inefficace *ex nunc*, e tale inefficacia non può essere rilevata d'ufficio; - Cass. Sez. I 11/01/2013, n. 602 e n. 603 hanno affermato che nei casi di superamento della soglia del tasso usurario per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 108, cit., opera la sostituzione automatica, ai sensi degli artt. 1319 e 1419, secondo comma, cod. civ., del tasso soglia del tempo al tasso convenzionale.

- Le Sezioni Unite, per quanto sopra chiarito, hanno ritenuto doversi dare continuità al primo dei due orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, che nega la configurabilità dell'usura sopravvenuta, essendo il giudice vincolato all'interpretazione autentica degli artt. 644 cod. pen. e 1815, secondo comma, cod. civ., come modificati dalla legge n. 108 del 1996 (rispettivamente all'art. 1 e all'art. 4), imposta dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000, cit.; interpretazione della quale la Corte costituzionale ha escluso la sospetta illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24, 47 e 77 Cost., con la sentenza 25/02/2002, n. 29, e della quale non può negarsi la rilevanza per la soluzione della questione in esame.

- Nella specie, si è chiarito nella pronuncia citata come sia *“priva di fondamento, infatti, la tesi della illiceità della pretesa del pagamento di interessi a un tasso che, pur non essendo superiore, alla data della pattuizione (con il contratto o con patti successivi), alla soglia dell'usura definita con il procedimento previsto dalla legge n. 108, superi tuttavia tale soglia al momento della maturazione o del pagamento degli interessi stessi. La ragione della illiceità risiederebbe, come si è visto, nella violazione di un divieto imperativo di legge, il divieto dell'usura, e in particolare il divieto di pretendere un tasso d'interesse superiore alla soglia dell'usura come fissata in base alla legge. Senonché il divieto dell'usura è contenuto nell'art. 644 cod. pen.; le (altre) disposizioni della legge n. 108, cit., non formulano tale divieto, ma si limitano a prevedere (per quanto qui rileva) un meccanismo di determinazione del tasso oltre il quale gli interessi sono considerati sempre usurari a mente, appunto, dell'art. 644, comma terzo, cod. pen. novellato (che recita: «La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari»). L'art. 2, comma 4, legge n. 108, cit. (che recita: «Il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso ...») definisce, sì, il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, ma si tratta appunto del limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, essendo la norma penale l'unica che contiene il divieto di farsi dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità. Una sanzione (che implica il divieto) dell'usura è contenuta, per l'esattezza, anche nell'art. 1815, secondo comma, cod. civ. - pure oggetto dell'interpretazione autentica di cui si discute - il quale però presuppone una nozione di interessi usurari definita altrove, ossia, di nuovo, nella norma penale integrata dal meccanismo previsto dalla legge n. 108. Sarebbe pertanto impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell'art. 644 cod. pen.; «ai fini dell'applicazione» del quale, però, non può farsi a meno - perché così impone la norma d'interpretazione autentica - di considerare il «momento in cui gli interessi sono convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento». Non ha perciò fondamento la tesi che cerca di limitare l'efficacia della norma di interpretazione autentica alla sola sanzione penale e alla sanzione civile della gratuità del mutuo, perché in tanto è configurabile un illecito civile, in quanto sia configurabile la violazione dell'art. 644 cod. pen., come interpretato dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000. E non è fuori luogo rammentare che anche la giurisprudenza penale di questa Corte nega la configurabilità dell'usura sopravvenuta (cfr. Cass. Sez. V pen. 16/01/2013, n. 8353)”* - cfr. S.U. cit.

- Si è al contempo escluso come l'illiceità della pretesa possa essere argomentata anche su basi diverse, ossia valorizzando, piuttosto che il meccanismo della sostituzione automatica di clausole ai sensi degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, cod. civ., il principio di buona fede oggettiva nell'esecuzione dei contratti, di cui all'art. 1375 cod. civ., per il quale sarebbe

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

scorretto pretendere il pagamento di interessi a un tasso divenuto superiore alla soglia dell'usura come determinata al momento del pagamento stesso, perché in quel momento quel tasso non potrebbe essere promesso dal debitore e il denaro frutterebbe al creditore molto di più di quanto frutti agli altri creditori in genere.

- Al riguardo, le citate S.U. hanno escluso la divisibilità della tesi in parola, richiamando la giurisprudenza della stessa Corte, secondo cui il principio di correttezza e buona fede in senso oggettivo impone un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., per il quale ciascuna delle parti del rapporto è tenuta ad agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da quanto stabilito da singole norme di legge (Cass. Sez. III 30/07/2004, n. 14605; Cass. Sez. I 06/08/2008, n. 21250; Cass. Sez. U. 25/11/2008, n. 28056; Cass. Sez. I 22/01/2009, n. 1618; Cass. Sez. III 10/11/2010, n. 22819). Va però osservato che la buona fede è criterio di integrazione del contenuto contrattuale rilevante ai fini dell'«*esecuzione del contratto*» stesso (art. 1375 cod. civ.), vale a dire della realizzazione dei diritti da esso scaturenti. Si è allora detto che in presenza di particolari modalità o circostanze, anche la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione potrebbe dirsi scorretta ai sensi dell'art. 1375 cod. civ.; ma va escluso che sia da qualificare scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente a un diritto validamente riconosciuto dal contratto.

- Conseguentemente si è chiarito che allorché il tasso degli interessi passivi concordato superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto (cfr. S.U. n. 24675 del 2017).

Senza recedere dalle superiori considerazioni, di per sé bastevoli a privare di fondatezza le censure sollevate, giova rilevare – in relazione alle modalità attraverso le quali si è pervenuti alla denuncia di usurarietà – che:

- l'elaborato peritale di parte non ha, come noto e contrariamente a quanto sostenuto dalla parte attrice, valore probatorio, costituendo una mera allegazione difensiva, con la conseguenza per cui il giudice, ove di contrario avviso, non è tenuto ad analizzarne e confutarne il contenuto, laddove ponga alla base del proprio convincimento considerazioni con esso incompatibili (cfr. Cass. n. 2063 del 2010);

- Allo stesso tempo, si condivide l'orientamento di merito secondo il quale la verifica dell'usura deve essere effettuata alla luce dei criteri sanciti nelle Istruzioni Banca d'Italia pro-tempore vigenti (della cui osservanza non si dà riscontro alcuno nell'elaborato di parte) e ciò per l'assorbente considerazione per cui, alla luce di questi stessi criteri, la Banca d'Italia (operando in base a normativa regolamentare emessa su espressa delega della normativa primaria anti-usura di cui agli artt. 2 L. 108/96 e 2bis D.L. 185/08), rileva il tasso medio trimestralmente applicato agli intermediari finanziari, in relazione al quale è

conteggiato il tasso soglia; criteri di coerenza logica e metodologica, e quindi di equità giuridica, impongono di accedere al confronto tra il TEG applicato dalla singola banca e il tasso soglia del periodo, utilizzando la stessa metodologia di calcolo che Banca d'Italia, ufficializzata nelle Istruzioni, impone alle banche di rispettare, atteso che, se tale è la formula seguito dal Ministero del Tesoro/Banca d'Italia per rilevare trimestralmente il TEGM applicato dalle banche, e quindi individuare il tasso soglia, tale deve essere la formula che conseguentemente deve essere utilizzata per accertare se di fatto la singola banca abbia

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

rispettato o meno detta soglia nell'addebitare costi di credito nel singolo rapporto di conto corrente (sarebbe scientificamente inattendibile un confronto di due dati, ove il primo sia calcolato computando le voci di costo secondo una data metodologia, e il secondo sia calcolato, o computando voci di costo diverse e computando le stesse, ma secondo metodologia diversa)- cfr. Tribunale di Milano, sentenza n. 3855 del 25.03.2016- quivi interamente recepita;

3.3. Risulta invece fondata la doglianza relativa alla illegittima applicazione di interessi passivi anatocistici, per quanto ci si accinge ad illustrare.

L'art. 7 delle condizioni generali del contratto di conto corrente - prodotto dalla stessa convenuta - prevede espressamente che "...i conti che risultino anche saltuariamente debitori vengono chiusi, contabilmente, in via normale, trimestralmente e cioè a fine marzo, giugno, settembre, dicembre, applicando agli interessi dovuti dal correntista e alle competenze di chiusura valuta data di regolamento del conto, fermo restando che a fine di ogni anno, a norma del precedente comma, saranno accreditati gli interessi dovuti dall'azienda di credito e operate le ritenute fiscali di legge".

Si osserva allora ed al riguardo che:

- è ormai noto l'orientamento espresso dalla costante giurisprudenza di Legittimità, consacrato anche dalle S.U. della Cassazione (sentenza n. 21095 del 7.10/4.11.2004 ed in quella successiva a S.U. n. 24418 del 2010) e, quindi da ritenersi definitivamente consolidato sul punto, che ha statuito l'illegittimità del fenomeno della capitalizzazione trimestrale degli interessi in materia bancaria, in quanto prassi contraria alla norma imperativa di cui all'art. 1283 c.c. e non trasfusa in un uso normativo, con conseguente nullità *ex tunc* ex artt. 1283/1284/1419 c.c. delle clausole negoziali di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, anche in relazione ai periodi anteriori al noto mutamento giurisprudenziale avvenuto nel 1999 (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n.10127 del 2005; Cass. N. 10599/2005; Cass. S.U. n. 21095/2004; Cass. N. 2593/2003; Cass. N. 17813/2002; Cass. N. 8442/2002; Cass. N. 4490/2002; C.Cost. n. 425/2000).
- Deve a questo punto essere affrontata la questione relativa agli effetti della illegittimità della capitalizzazione degli interessi: in particolare, occorre stabilire se, al di là della sicura impossibilità di capitalizzare gli interessi con frequenza trimestrale, debba essere esclusa qualsiasi capitalizzazione ovvero possa individuarsi una diversa frequenza di legittima capitalizzazione degli interessi (a favore di entrambe le parti del rapporto).
- Al riguardo, una parte della giurisprudenza di merito più risalente, si è espressa in favore del riconoscimento, pur in presenza di una clausola anatocistica nulla ex art. 1283 c.c., di una capitalizzazione annuale degli interessi (sostenuta dalla convenuta), comunque ricavabile dal sistema normativo codicistico dettato per le obbligazioni pecuniarie, nel cui alveo e nella cui disciplina sarebbero pienamente riconducibili- secondo la tesi in discorso- anche le obbligazioni di interessi.
- Siffatta tesi non appare condivisibile (per come del resto definitivamente acclarato dalla pronuncia delle S.U. del 2010 sopra citata), in quanto non rispettosa di due fondamentali principi di diritto: da un lato, della natura imperativa e non derogabile della disciplina codicistica dettata dall'art. 1283 c.c. per regolare il fenomeno dell'anatocismo, e dall'altro della "specialità" dell'obbligazione di interessi rispetto al "*genus*" delle obbligazioni.

Orbene, dai chiari e generali principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite della Cassazione, da coordinarsi con gli altri definitivi e più recenti arresti ermeneutici effettuati dalla Giurisprudenza di Legittimità nella materia bancaria di cui quivi si discute (cfr. S.U. del 2010

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

sopra citate) e con una debita considerazione della ratio dell'art. 1283 c.c., derivano, in proposito, le seguenti obbligate conclusioni:

- L'art. 1283 c.c. è norma imperativa e di natura eccezionale che ammette la capitalizzazione degli interessi soltanto a determinate condizioni, prevedendo che gli interessi scaduti possono produrre a loro volta interessi solo dal giorno della domanda giudiziale (purché questa sia in modo specifico rivolta ad ottenere il pagamento degli interessi sugli interessi scaduti, non essendo a ciò sufficiente la domanda dei soli interessi principali: cfr. ex multis Cass. N. 22565 in motivazione; Cass. nn. 5271/2002, 15838 e 7407/2001, 8377/2000, 5035/1999 Cass. N. 2381/1994; Cass. N. 9311/1990; Cass. N. 4088/1988) o per effetto di una convenzione fra le parti successiva alla scadenza degli stessi, e sempre che si tratti di interessi dovuti per almeno un semestre, salvo usi contrari.

- La disposizione limitativa di cui all'art. 1283 cod. civ. trova la propria ragione nella natura del debito di interessi e nel particolare sfavore con cui il legislatore - nel solco di una tradizione di avversità ad un fenomeno percepito quale forma di esercizio dell'usura - ha inteso considerare la capitalizzazione degli interessi, in coerenza con le altre restrizioni previste per gli interessi superiori a quelli legali (così testualmente Cass. N. 2381/1994).

- Il tenore letterale e la *ratio* dell'art. 1283 c.c. consentono di ravvisare nella norma in esame un principio di carattere generale, derogabile soltanto dagli usi contrari (configurati come usi normativi) (così Cass. N. 2381/1994 in motivazione).

- Gli usi contrari di cui all'art. 1283 c.c. sono usi normativi, inesistenti nella specifica materia bancaria di cui si tratta.

- Atteso che la contrarietà alla norma imperativa di cui all'art. 1283 c.c. involge - ovviamente - l'intero contenuto della clausola (e non solo, quindi, la parte di essa relativa alla periodicità della capitalizzazione), è la pattuizione in contratto dell'anatocismo ad essere nulla, onde secondo i principi generali, trattasi di contratto ab origine privo di qualsivoglia pattuizione di capitalizzazione, trimestrale come annuale come di diversa periodicità.

- Non vi è possibilità di sostituzione legale o di inserzione automatica di clausole prevedenti capitalizzazioni di diversa periodicità, in quanto l'anatocismo è consentito dal sistema - con norma eccezionale, imperativa e derogatoria (così Cass. Sez. 1, Sentenza n.10127 del 2005, già citata, in motivazione; cfr. anche le citate Sezioni Unite della Cassazione) soltanto in presenza di determinate condizioni (quelle di cui all'art. 1283 c.c.), in mancanza delle quali esso rimane giuridicamente non pattuito tra le stesse.

Da tutto quanto sopra deriva dunque ed in definitiva che, in mancanza come nella specie di una valida pattuizione anatocistica, nessuna capitalizzazione, né annuale, né semestrale, né di altra periodicità degli interessi e delle altre remunerazioni del conto può essere riconosciuta, né alla Banca né al cliente.

Tanto, considerato, ha eccepito la convenuta l'intervenuto adeguamento alla delibera CICR, con decorrenza dall'1.07.2000, il che garantirebbe come nel corso del rapporto sia stata legittimamente garantita la pari periodicità degli interessi dopo tale data.

L'eccezione, nei termini sollevati, non coglie nel segno, posto che:

- l'art. 25, comma III, del D.lgs. n. 342/1999, che prevedeva la validità ed efficacia retroattiva delle "clausole relative alla produzione degli interessi sugli interessi maturati contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma II", è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 77 Cost. da Corte Costituzionale n. 425 del 17.10.2000.

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

• L'art. 120, comma II, TUB (comma aggiunto dall'art. 25, comma II, del D.lgs. n. 342/1999 sopra citato, regolante invece pro futuro l'anatocismo bancario), statuisce che *“il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori”*.

• La relativa delibera attuativa emessa dal CICR in data 9.2.2000 (con efficacia dal 22.4.2000), nello stabilire- conformemente all'art. 120 TUB- che *“nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere pattuita e stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori”* (art. 2), ha statuito che *“le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati (come nella specie) anteriormente alla data di entrata in vigore” della delibera dovessero “essere adeguate” alle disposizioni in parola entro il 30 giugno, che qualora le nuove condizioni contrattuali non comportassero un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche entro la stessa data avrebbero potuto provvedere all'adeguamento in via generale mediante pubblicazioni nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, dovendo poi fornire di tali nuove condizioni opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e comunque, entro il 31.12.2000; nel caso in cui invece le nuove condizioni contrattuali avessero comportato un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse avrebbero dovute essere approvate dalla clientela (cfr. l'art 7).*

Per contro, nel caso in esame:

- Il contratto per cui è causa è sorto pacificamente in data anteriore alla data di entrata in vigore della predetta delibera CICR (risalendo al 1993);
 - La Banca non ha provato che l'asserito adeguamento della disciplina dell'anatocismo di cui al contratto in esame alla delibera CICR sia stato specificamente comunicato per iscritto al cliente, non assolvendo al relativo onere neppure la pubblicazione di tale adeguamento sulla Gazzetta Ufficiale successivamente alla entrata in vigore della delibera CICR in questione;
 - La stessa pubblicazione (che non risulta comprovata da copia documentale) non è infatti idonea a legittimare la capitalizzazione trimestrale; infatti, posto che le nuove asserite condizioni di anatocismo adeguate alla predetta delibera avrebbero sostituito all'anatocismo applicato in modo illegittimo (e quindi nullo ex art. 1283 c.c.) in virtù del contratto del 1993, un anatocismo valido e di pari periodicità ex art. 120 TUB, si sarebbe trattato- con evidenze di condizioni comportanti un “peggioramento” di quelle precedentemente applicate (passaggio da un anatocismo non dovuto perché nullo ex art. 1283 c.c. ad un anatocismo valido ex art. 120 TUB ancorché di pari periodicità), e come tali, si sarebbe trattato di condizioni esigenti una “approvazione” del cliente, la cui esistenza non è stata nella specie né allegata né di conseguenza provata dalla Banca.
- L'eccezione è, dunque, priva di pregio.

3.4. In relazione alla dedotta applicazione di interessi passivi in misura ultralegale in assenza di specifica pattuizione e di rinvio ai c.d. usi piazza, si rileva che:

• ai sensi dell'art. 1284 c.c., *“gli interessi legali superiore alla misura legale devono essere determinati per iscritto”*.

• In tema di obbligazioni pecuniarie, il requisito della necessaria determinazione scritta degli interessi ultralegali, prescritto dall'art. 1284 cod. civ., può essere soddisfatto- come è noto- anche *per relationem*, non essendo necessario che il documento contrattuale contenga l'indicazione in cifre del tasso d'interesse pattuito (cfr. ex multis Cass. 18 maggio 1996, n. 4605; Cass. 11 novembre 1997, n. 11042; Cass. 8 maggio 1998, n. 4696; Cass. 23 giugno 1998, n. 6247; Cass. 19 luglio 2000, n. 9465; Cass. Sez. 1, Sentenza n.4490 del 2002).

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

- Venendo alla specifico tema dei contratti bancari, nel regime anteriore alla entrata in vigore della disciplina dettata dalla legge sulla trasparenza bancaria 17 febbraio 1992, n. 154, poi trasfusa nel testo unico 1 settembre 1993, n. 385, la clausola che, per la pattuizione di interessi dovuti dalla clientela in misura superiore a quella legale, si limiti a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, è priva del carattere della sufficiente univocità, per difetto di univoca determinabilità dell'ammontare del tasso sulla base del documento contrattuale e non può quindi giustificare la pretesa della banca al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale quando faccia riferimento a parametri locali, mutevoli e non riscontrabili con criteri di certezza (e non anche quando rimandi ad una disciplina stabilita su scala nazionale in termini chiari e vincolanti, sempre che questa non sia a sua volta nulla in quanto integrante accordi di cartello, vietati dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287: cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4094 del 25/02/2005; Cass. N. 4490 del 2002; Cass. N. 13823 del 2002; Cass. N. 10129 del 2001).
- Pertanto, affinché sia rispettato il requisito della determinatezza/determinabilità del tasso pattuito, deve trattarsi di richiamo a criteri “*prestabiliti*” ed elementi “*estrinseci*”, come tali ultronei rispetto a mere scelte interne discrezionali della Banca contraente (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 14684 del 02/10/2003; Cass. N. 2103/1996).
- Deve trattarsi, in ogni caso, di richiamo ad elementi “*obiettivamente individuabili*” (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 14684 del 02/10/2003; Cass. N. 2103/1996).
- Ne consegue che non soddisfa un tale requisito di determinatezza/determinabilità dei tassi né il rinvio a parametri privi del carattere della “sufficiente univocità”, “mutevoli”, privi di margini predeterminati (Cass. Sez. 1, Sentenza n.4490 del 2002 in motivazione), non riscontrabili con criteri di certezza per difetto di univoca determinabilità dell'ammontare del tasso sulla base del documento contrattuale (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4094 del 25/02/2005), né il rinvio a *parametri interni*” alla scelta volontaristica e non prevedibile di uno dei due contraenti (ossia discrezionalmente “*autodeterminati*” da uno di essi) senza previa fissazione di predefiniti vincoli esterni di “*dosaggio*” della discrezionalità del creditore pecuniario (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 6187 del 22/03/2005).
- Infatti, discende inesorabilmente dalla disciplina imperativa in materia di validità del contratto la sanzione della nullità di una previsione contrattuale che autorizzi la modificabilità unilaterale e discrezionale del corrispettivo di una prestazione da parte di uno dei contraenti, trattandosi di previsione che non soddisfa il requisito della determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto ex artt. 1346 e 1418 c.c. (così testualmente Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5281 del 12/04/2002; Cass. Sez. L, Sentenza n. 6723 del 19/07/1994; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 339 del 28/01/1975 N. 728 del 1972).
- Peraltro una variazione legittima di un tasso di interesse presuppone la validità dell'originario tasso di interesse “previsto nei contratti di durata” oggetto della variazione, posto che intanto un tasso di interesse originario può essere legittimamente ed unilateralmente variato (tanto più in misura peggiorativa) in quanto quel tasso originario fosse valido e come tale produttivo di effetti tra le parti, e ciò in virtù del principio generale, recepito dal nostro ordinamento, secondo cui “*quod nullum est, nullum producit effectum*” (cfr. per tutte da ultimo Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4015 del 21/02/2007).
- 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.

• È altresì 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 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).

È documentale, nel caso di specie, che il contratto di conto corrente in relazione al quale si controverte, aperto in data 16.04.1993, contenga all'art. 7 delle condizioni di contratto che *"gli interessi dovuti dal correntista all'azienda di credito, salvo patto diverso, sono determinati alle condizioni praticate usualmente dalle Aziende di credito su piazza e producono a loro volta interessi nella stessa misura"*.

Deriva, inesorabilmente, la nullità della relativa clausola negoziale ex art. 1346 c.c./1284 c.c. della clausola di rinvio agli usi su piazza per la determinazione degli interessi (cfr. Cass. n. 4095 del 25/02/2005; per il principio della nullità delle clausole di pattuizione di interessi ultralegali prive di *"criteri sicuramente ed obiettivamente rilevabili per la determinazione del tasso di interesse ultralegale"* cfr. Cass. Sent. N. 22898/2005, in motivazione).

3.5. Per ciò che concerne la doglianza relativa all'applicazione della commissione di massimo scoperto in assenza di specifica pattuizione, l'Istituto di credito si è difeso non contestandone l'applicazione dedotta e riscontrata sulla base degli estratti conto prodotti in atti.

La previsione di tale clausola e di tale specifico costo del credito (pur comparando nelle allegate condizioni economiche) non risulta, in realtà specificamente pattuita nel contratto originariamente stipulato.

Si osserva, allora, che la commissione di massimo scoperto rappresenta un elemento retributivo per la banca, aggiuntivo agli interessi praticati, che non ha fonte legale e quindi richiede la necessità di specifica pattuizione.

Difettando la stessa nel caso di specie, deve dunque ritenersi che anche tale *"costo del credito"* (appurato come si vedrà per il tramite dalla disposta Ctu) sia illegittimo, in quanto non fondato su di uno specifico accordo negoziale.

Si osserva, più in particolare, che:

- La commissione di massimo scoperto rappresenta - com'è noto - un elemento retributivo per la banca, aggiuntivo agli interessi praticati, che non ha fonte legale e quindi richiede la necessità di specifica pattuizione.
- Infatti la CMS è un costo legittimamente concordabile nell'ambito della autonomia privata delle parti, connesso all'elargizione da parte della Banca ed alla disponibilità da parte del correntista del credito bancario oggetto del fido, essendo oggetto di discussione, innanzi alla stessa giurisprudenza di legittimità, soltanto se tale commissione sia un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi - come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta e,

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

quindi, sulle somme effettivamente utilizzate nel periodo considerato - che solitamente è trimestrale - e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi passivi - ovvero se essa abbia una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo.

- Quest'ultima è la tesi da ritenere preferibile anche alla luce della circolare della Banca d'Italia del primo ottobre 1996 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso di soglia, in cui era stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve essere computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge 7 marzo 1996 n. 108, ed allora dovrebbe essere conteggiata alla chiusura definitiva del conto (cfr. in tal senso, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11772 del 06/08/2002).

- La Corte di Cassazione ha ritenuto che la c.m.s. avesse la funzione di remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma e, quindi ne ha avallato la validità sotto il profilo causale (Cass. 870 del 2006, in motivazione).

- Più di recente, la stessa Suprema Corte ha avuto modo di chiarire che la commissione di massimo scoperto, applicata fino all'entrata in vigore del d.l. 185/2008 art. 2 bis deve ritenersi in tesi legittima almeno fino al termine del periodo transitorio fissato al 31 dicembre 2009, posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il TEGM sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia, non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario, dandosi atto che ciò è intervenuto solo dall'1.01.2010 (cfr. Cass. n. 12965 del 2016).

L'Istituto di credito non ha espressamente escluso l'applicazione di detta commissione nel corso del rapporto, la quale non risulta specificamente pattuita con la correntista nel contratto del 16.04.1993.

Solo con decorrenza dal 7.11.2005, in occasione della aumento degli importi affidati, si riscontra

-nelle relative condizioni economiche di contratto - la espressa pattuizione di tale commissione, espressa in forma numerica determinata (al pari della previsione della pari periodicità degli interessi) come da contratto di affidamento prodotto al doc.to 5 del fascicolo della convenuta.

3.6. Si rileva, ancora, la infondatezza della eccezione relativa al c.d. gioco delle valute, genericamente sollevata nel corpo dell'atto di citazione, evidenziandosi che:

- le risultanze dell'estratto di conto corrente hanno efficacia fino a prova contraria, potendo essere disattese solo in presenza di circostanziate contestazioni, addebiti specifici e circostanziati sulle singole poste dalle quali discende quel saldo, non già attraverso il mero rifiuto del conto o la generica affermazione di nulla dovere (cfr. Cass. N. 18578/2004; Cass. Sez. I, sent. n. 12169 del 15-09-2000; Cass. Sez. I, sent. n. 14849 del 16-11-2000; per il principio generale in tema di onere della prova per cui la parte ha l'onere di prendere posizione precisa sui fatti addotti dalla controparte, non potendo limitarsi ad una generica contestazione dei medesimi ed in particolare dei conteggi allegati dalla seconda alla quantificazione del diritto, cfr. SU. Cass. sentenza n. 761 del 23 gennaio 2002; Cass. Sez. L, Sentenza n. 9285 del 2003).

- Infatti, ove le parti abbiano adottato un regime continuativo di contabilizzazione di complessi rapporti di dare e avere, la allegazione in giudizio dei relativi estratti conto, pur non esauendo l'onere probatorio di chi si afferma creditore, tuttavia esprime la precisazione in forma contabile dettagliata delle asserzioni ed ammissioni di tale soggetto, dando modo

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Tralza, n. 682 del 21 agosto 2018

all'altra parte di formulare, a sua volta, le proprie contestazioni, ammissioni e allegazioni in ordine alle poste del conto, con la conseguenza che l'onere probatorio del creditore risulterà limitato a quelle poste che saranno specificamente contestate (cfr. Cass. Sez. L, Sentenza n. 3967 del 01/04/1992; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 716 del 06/02/1986; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 9008 del 06/07/2000).

- A tal fine è irrilevante che l'estratto conto non sia già stato reso noto stragiudizialmente al correntista, atteso che la produzione in giudizio costituisce trasmissione ai sensi dell'art. 1832 c.c., onerando pertanto il correntista delle specifiche contestazioni per poter superare l'efficacia probatoria della produzione (cfr. da ultimo Cass. N. 18578 del 15.9.2004).

- Nel caso di specie, gli attori si sono limitati a denunciare l'illegittimità della cd. antergazione e postergazione delle valute (cfr. pag. 18 della citazione), senza tuttavia fornire indicazione alcuna di quali specifiche poste- tra quelle annotate negli estratto conto da essa stessa prodotti in giudizio- fossero inficiate da siffatto asserito illegittimo conteggio (cfr. l'atto di citazione e le ulteriori deduzioni attoree).

4. Tanto stabilito ed accertato, al fine di addivenire alla quantificazione degli importi illegittimamente trattenuti dalla Banca a danno della correntista per la illegittima applicazione del meccanismo della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi a fronte di una diversa periodicità per quelli attivi, per la indebita applicazione della commissione di massimo scoperto e per l'applicazione di interessi passivi c.d. uso piazza, è stata disposta Ctu contabile a firma del dott. Eros Faina, depositata in data 9.11.2016, tenendosi conto, al contempo, della domanda riconvenzionale della convenuta al pagamento della somma di euro 102.984,43, pari al saldo negativo del medesimo conto corrente.

Si condividono pienamente le risultanze dell'elaborato peritale, in quanto congruamente motivate, esaustive e scevre da vizi o errori logici che ne compromettano la attendibilità, anche alla luce delle specifiche risposte date dal consulente alle osservazioni di parte.

Quale premessa metodologica, il Ctu ha chiarito che:

- il rapporto oggetto di controversia risulta essere il conto corrente di corrispondenza ordinario n. *omissis* rinumerato, *omissis* acceso in data 16.04.2013;

- agli atti di causa risultano essere stati versati gli estratti conto a far data dall'1.01.1997 sino al 30 settembre 1998 e dall'1 gennaio 1999 al 30 giugno 2014, precisando che relativamente all'estratto di conto al 31 dicembre 1997 non risulta presente il conto scalare;

- a far data dall'8.11.2005 risultano compiutamente espresse la pattuizione, in forma scritta, della capitalizzazione reciproca trimestrale degli interessi e della commissione di massimo scoperto;

- a far data dall'1.01.1999, sino a tale data, è risultato necessario procedere alla ricostruzione del conto corrente di corrispondenza provvedendo ad elidere le illegittime capitalizzazioni anatocistiche; per il periodo ora indicato, nel quale non è stata applicata alcuna capitalizzazione, gli interessi a debito o a credito, come ricalcolati, non hanno contribuito alla formazione del saldo finale del periodo, oltretutto del saldo all'8.11.2005, poiché non capitalizzabili e non capitalizzati, non provvedendosi neppure a calcolare sugli interessi gli interessi di mora;

- dalla data dell'8.11.2005, si è invece provveduto alla ricostruzione del saldo del conto corrente di corrispondenza applicando la pattuita clausola anatocistica con capitalizzazione trimestrale reciproca, assumendosi come saldo al 7 novembre 2005 quello rideterminato sulla base del criterio sopra riportato;

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

- per il periodo compreso tra l'1.01.1999 ed il 7 novembre 2005, si è operato un doppio conteggio, muovendo dal c.d. saldo zero ovvero da quello contabile (cfr. pag. 50-51 della relazione peritale).

Tenuto conto di tutte le considerazioni che precedono, il saldo effettivo di conto corrente di corrispondenza, risultante dalla elisione di tutti gli addebiti illegittimi sopra citati, determinato secondo le indicazioni sopra menzionate, ammonta ad euro 41.761,64 a debito del correntista.

Lo stesso risulta ricavato muovendo da euro 39.166,41 a debito del correntista, dato dalla somma del saldo come risultante dalla disapplicazione della clausola anatocistica fino al 7 novembre 2005, dall'elisione di tutti gli interessi e della commissione di massimo scoperto applicati dall'Istituto di credito per l'intero periodo, pari ad euro 96.062,09, nonché dalla capitalizzazione, a partire dall'8 novembre 2005, di interessi a debito (pari ad euro 35.125,87) e a credito della società (pari ad euro 17,14), al netto delle ritenute gravanti per una somma algebrica di euro 31.108,73.

A tale somma sono stati aggiunti gli interessi a debito, per una somma algebrica di euro 2.595,24 calcolati per il periodo decorrente dal primo trimestre 1999 al 7 novembre 2005 e, pertanto, non capitalizzati, in adesione al criterio di calcolo di cui alla lettera b) della pagina 73 della relazione peritale.

Si rileva, in relazione alla scelta di muovere dalla ricostruzione contabile operata con "saldo zero", che per giurisprudenza della Suprema Corte, nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la banca ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto; né essa banca può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni, perché non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito (Cass. 25 novembre 2010, n. 23974; in senso conforme: Cass. 20 aprile 2016, n. 7972; Cass. 18 settembre 2014, n. 19696; Cass. 26 gennaio 2011, n. 1842; Cass. 10 maggio 2007, n. 10692).

Tale principio vale, ovviamente, anche ove si faccia questione dell'addebito di interessi anatocistici non dovuti.

Accertata, infatti, la non consentita contabilizzazione, da parte della banca, di interessi anatocistici e di altri illegittimi addebiti, per quanto sopra osservato, deve darsi atto che la produzione degli estratti conto non risulta completa: per tali motivi, non è consentito mantenere fermo il saldo debitore di apertura del primo degli estratti conto prodotti, dal momento che in esso risultavano confluivano interessi non spettanti (cfr. Cass. n. 16738 del 2017).

Più in particolare, si evidenzia che una volta esclusa la validità delle pattuizioni sugli interessi a carico del correntista, la banca ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto al fine di dimostrare il proprio diritto di credito, anche nell'ipotesi di azione di accertamento proposta dal correntista.

Infatti, dall'impossibilità di ricostruire le poste attive e passive fin dalla fase iniziale del rapporto - per mancanza di idonea documentazione - non può farsi derivare una sorta di sanatoria degli addebiti illegittimi operati dall'istituto di credito. Tali carenze, al contrario, inducono a ritenere ragionevole, in applicazione dei principi di cui all'art. 2697 c.c., che i conteggi relativi ai reciproci rapporti di dare/avere partano da un "saldo zero" (Corte Appello Lecce 12 novembre 2015).

La Suprema Corte con la pronuncia n. 28819/2017 ha dichiarato fondato l'iter logico seguito dalla Corte di Appello di Lecce nel ritenere, una volta acclarata l'illegittima pattuizione e/o applicazione di interessi ultralegali, anatocismo, commissioni e spese, di dover ricostruire il dare avere azzerando il saldo debitore del primo estratto conto nel caso di mancanza di tutti gli estratti conto del rapporto.

Alla luce delle considerazioni che precedono, in parziale accoglimento della riconvenzionale, gli attori (debitrice e fideiussori) dovranno essere condannati al pagamento della somma di euro 41.761,74 in favore della convenuta, per come derivante dalla rideterminazione dei rapporti dare- avere relativi al conto corrente oggetto di controversia. Il tutto oltre agli interessi legali dalla data della domanda giudiziale al saldo effettivo.

5. In relazione alla posizione dei fideiussori ed alle eccezioni sollevate relativamente alla validità dei contratti (tutti prodotti ai doc.ti 11- 18 del fascicolo di parte convenuta), si rileva quanto segue.

Si deduce a pag. 18 dell'atto di citazione che i fideiussori non avrebbero sottoscritto alcunché in "odore di usura bancaria", esclusa per i motivi anzidetti e che "... di fatto i fideiussori si trovano a garantire un credito di provenienza illecita e come tale assolutamente invalido, come invalida è la fideiussione. In ogni caso, poi, i garanti mai si sarebbero prestati a sottoscrivere una garanzia per un credito nullo o gravemente viziato. Pertanto si chiede l'annullamento del contratto per vizio del consenso ex artt. 1427 e 1429, 1439 c.c. e ristoro del danno".

Orbene, posto che parte attrice ha denunciato (come visto) di essere stata indotta in errore, è evidente che intanto può rinvenirsi in capo al sottoscrittore un errore giuridicamente rilevante in quanto lo stesso abbia quivi fornito la prova della effettività di quello stesso errore.

È noto- infatti- che l'errore, quale vizio della volontà, assume rilevanza quando incida sul processo formativo del consenso, dando origine ad una falsa o distorta rappresentazione della realtà, a cagione della quale la parte si sia indotta a manifestare la propria volontà. Pertanto, l'effetto invalidante dell'errore è subordinato, prima ancora che alla sua essenzialità o riconoscibilità, alla circostanza (della cui prova è onerata la parte che deduce il vizio del consenso) che la volontà sia stata manifestata in presenza di tale falsa rappresentazione (cfr. ex multis Cass. Sez. L, Sentenza n. 16679 del 24/08/2004; Cass. 19 aprile 1988, n. 3065; Cass. Cass. 14 maggio 1975, n. 1866; cfr. anche Cass. Sez. 2, Sentenza n. 8201 del 19/08/1998; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5429 del 2006 sull'onere della prova a carico di chi invochi l'annullabilità di un contratto).

È parimenti noto che la scusabilità dell'errore che abbia viziato la volontà di uno dei contraenti al momento della conclusione del contratto (o del negozio unilaterale) è irrilevante ai fini dell'azione di annullamento, poiché deve aversi riguardo alla riconoscibilità dell'errore da parte dell'altro contraente (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5429 del 2006; Cass. 2 febbraio 1998 n. 9859).

Nella specie, deve per contro ritenersi che gli attori non abbiano fornito alcuna prova dei propri assunti ed- in particolare- delle circostanze che li avrebbero indotti a sottoscrivere per errore le plurime fideiussioni rilasciate.

5.1. Sotto altro profilo, deve rilevarsi la novità e, contestualmente, la inammissibilità delle eccezioni sollevate per la prima volta negli scritti difensivi finali degli attori, ove si deduce l'asserita nullità delle fideiussioni per violazione dell'art. 2 della legge antitrust.

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

Richiamata la premessa espositiva di cui al punto 2.2, si ricorda che le comparse conclusionali hanno soltanto la funzione di illustrare le ragioni di fatto e di diritto sulle quali si fondano le domande e le eccezioni già proposte e, pertanto, non possono contenere domande o eccezioni nuove che comportino un ampliamento del " *thema decidendum* " (cfr. Cass. n. 5478 del 2006).

Il tutto, ferma restando la condivisibilità di quanto eccepito dalla parte convenuta in relazione alla incompetenza funzionale del Tribunale adito a decidere sulla questione, attratta alla Sezione specializzata in materia di impresa.

6. Si rileva fondata, infine, l'ulteriore domanda riconvenzionale di pagamento spiegata dalla convenuta ed afferente al residuo debito, alla data del 19.01.2015, derivante dal finanziamento chirografario n. *omissis* del 9.02.2012, di cui si produce contratto, documento di sintesi, piano di ammortamento e dichiarazione di credito (doc.ti 10 e 24).

Si osserva, innanzitutto, che gli attori non contestano ed anzi riconoscono "l'esistenza del finanziamento" – pag. 2 memoria di replica, eccependo, piuttosto, che non sarebbe provato l'ammontare del debito e la sua esistenza.

Sul punto, si evidenzia, tuttavia, che:

in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento (Cass. Sez. U, Sentenza n. 577 del 11/01/2008; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 9351 del 19/04/2007; Cass. N. 1743 del 2007; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 8615 del 12/04/2006; Cass. N. 20073 del 2004);

vige il principio della presunzione di persistenza del diritto, desumibile art. 2697 c.c., per il quale, una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto, grava sul debitore l'onere di provare l'esistenza del fatto estintivo costituito dall'adempimento (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 9351 del 19/04/2007 anche in motivazione);

vertendosi in tema di responsabilità contrattuale, la colpa dell'inadempiente è presunta sino a prova contraria e tale presunzione è superabile solo da risultanze positivamente apprezzabili, dedotte e provate dal debitore, le quali dimostrino che, nonostante l'uso della normale diligenza, non è stato in grado di eseguire tempestivamente le prestazioni dovute per cause a lui non imputabili (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2853 del 11/02/2005; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 14124 del 26/10/2000).

Nella specie, la convenuta – attrice in riconvenzionale - ha ritualmente allegato a fondamento dell'azione contrattuale esperita il titolo negoziale della pretesa fatta valere ed ha puntualmente allegato l'altrui inadempimento, in ragione della mancata restituzione della somma di euro 50.289,85 quale residuo debito alla data del 19.01.2015 del finanziamento chirografario di originari euro 52.249,99, finanziamento che la stessa parte attrice riconosce, per quanto sopra esposto, di aver ricevuto.

Senonché, posta l'assenza di qualsivoglia specifica contestazione del lamentato inadempimento entro la fase deputata alla cristallizzazione del *thema decidendum*, giova ricordare che:

sussiste per il convenuto – ovvero l'attore di fronte alla riconvenzionale - l'onere di specifica contestazione dei fatti addotti dalla controparte (cfr Cass. N. 15107/2004; 6666/2004; Cass.

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

N. 9285/2003), con conseguente irrilevanza processuale della generica contestazione dei medesimi (cfr. SU. Cass. sentenza n. 761 del 23 gennaio 2002; Cass. Sez. L, Sentenza n. 9285 del 2003).

Il convenuto ha- com'è noto- l'onere della contestazione specifica dei fatti costitutivi della domanda attorea (cfr. da ultimo Cass. N. 15107/2004; 6666/2004; Cass. N. 9285/2003), indicati – nella specie- nella mancata restituzione degli importi concessi in mutuo.

Egli non può quindi limitarsi ad una generica contestazione dei medesimi ed in particolare dei conteggi allegati dall'opposto (attore in senso sostanziale) alla quantificazione del diritto (cfr. SU. Cass. sentenza n. 761 del 23 gennaio 2002; Cass. Sez. L, Sentenza n. 9285 del 2003).

La “non contestazione” cui è processualmente equiparabile la contestazione generica- ha quindi valenza processuale di “comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti” (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 7074 del 28/03/2006; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 10031 del 25/05/2004).

Ne consegue che, ad esempio, la mancata o generica contestazione in primo grado - rappresentando, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea incompatibile con la negazione del fatto - rende i conteggi accertati in via definitiva, vincolando in tal senso il giudice, e la contestazione successiva in grado di appello è tardiva ed inammissibile (cfr. Cass. Sez. L, Sentenza n. 9285 del 10/06/2003).

Per i motivi esposti, in assenza di specifica contestazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere e di prova, conseguentemente, del fatto impeditivo o estintivo della obbligazione principale dedotta in contratto (restituzione delle somme concesse in mutuo), in accoglimento della domanda riconvenzionale spiegata dalla parte convenuta, gli attori (debitrice principale e garanti) dovranno essere condannati al pagamento della citata somma in favore della convenuta, con gli interessi legali dalla data della domanda al saldo effettivo.

7. Infine, deve essere rigettata la domanda risarcitoria formulata a pag. 20 delle conclusioni di cui all'atto di citazione, con la quale si richiede il pagamento in favore di CORRENTISTA della somma di euro 20.000,00.

Qualsiasi pregiudizio, non patrimoniale o patrimoniale che sia, deve essere provato secondo le regole ordinarie, dovendosi dimostrare il pregiudizio alla sfera patrimoniale o personale, quale ne sia l'entità e quale che sia la difficoltà di dimostrare tale entità.

Tale prova difetta nel caso di specie. Si osserva, più in particolare, che: è noto che l'attore che abbia proposto una domanda di condanna al risarcimento dei danni da accertare e liquidare nel medesimo giudizio, ha l'onere di fornire la prova certa e concreta del danno, così da consentirne la liquidazione, oltre che la prova del nesso causale tra il danno ed i comportamenti addebitati alla controparte;

può farsi ricorso alla liquidazione in via equitativa, allorché sussistano i presupposti di cui all'art. 1226 cod. civ, solo a condizione che l'esistenza del danno sia comunque dimostrata, sulla scorta di elementi idonei a fornire parametri plausibili di quantificazione (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 3794 del 15/02/2008).

In tema di obbligazioni contrattuali, infatti, la liquidazione del danno in via equitativa, che può aver luogo soltanto in caso di impossibilità o difficoltà di una precisa prova

Sentenza, Tribunale di Spoleto, Giudice Sara Trabalza, n. 682 del 21 agosto 2018

sull'ammontare e sull'entità del danno subito, non esonera l'interessato dall'obbligo di offrire gli elementi probatori sulla sussistenza del medesimo - la quale costituisce il presupposto indispensabile per una valutazione equitativa - per consentire che l'apprezzamento equitativo sia, per quanto possibile, limitato alla funzione di colmare solo le inevitabili lacune al fine della precisa liquidazione del danno (cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 15585 del 11/07/2007).

Ciò vuol dire che - mirando il risarcimento del danno alla reintegrazione del pregiudizio che determini una effettiva diminuzione del patrimonio del danneggiato, attraverso il raffronto tra il suo valore attuale e quello che sarebbe stato ove la obbligazione fosse stata esattamente adempiuta - ove diminuzione non vi sia stata (perdita subita e/o mancato guadagno), ovvero non sia stata provata in giudizio, il diritto al risarcimento non è configurabile (Cass. Sez. U, Sentenza n. 6572 del 2006 in motivazione).

In altri termini, la forma rimediale del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione (che qui si vorrebbe ottenere), finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento (Cass. Sez. U, Sentenza n. 6572 del 2006 in motivazione; per l'inesistenza nel nostro ordinamento dell'istituto dei cd. "danni punitivi" cfr. da ultimo Cass. sent. n. 1183 del 19.1.2007).

Per contro, nella specie, la parte attrice:

entro il cd. *thema decidendum* si è limitata a dedurre in modo generico (e per ciò solo processualmente irrilevante) di avere subito danni, il tutto senza ulteriori specificazioni e precisazioni in ordine ai pregiudizi concretamente subiti (cfr. l'atto di citazione; cfr. la mancanza di ulteriori diverse allegazioni nei verbali delle udienze *ex artt.* 183 c.p.c. e nella appendice scritta di trattazione di cui alla prima memoria *ex art.* 183 c.p.c.);

nulla - di conseguenza - ha richiesto di provare nella successiva fase deputata alla delimitazione del *thema probandum* (cfr. seconda memoria 183 c.p.c.).

Difetta dunque e di conseguenza, in via assorbente, la dimostrazione della sussistenza di un pregiudizio che sia effettivamente risarcibile, con conseguente rigetto della domanda proposta.

8. Venendo alla regolamentazione delle spese di lite, le stesse seguono la soccombenza - comunque sussistente - delle parti attrici, in relazione alle domande riconvenzionali proposte dalla convenuta.

Tuttavia, il ridimensionamento della pretesa pecuniaria avanzata dalla medesima convenuta, in ragione del riconoscimento degli illegittimi addebiti menzionati in citazione, giustifica la declaratoria di compensazione nella misura della metà.

La riduzione, anche sensibile, della somma richiesta con la domanda giudiziale non integra, infatti, gli estremi della soccombenza reciproca, ma ugualmente, con valutazione discrezionale, incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata, il giudice ne può tenere conto, ai fini della compensazione, totale o parziale, delle spese di lite, (cfr. da ultimo Cass. Sent. 5.8.2005 n. 16526 in motivazione; Cass. 12295/01; Cass. 23.6.2000, n. 8352; Cass. 13/88).

Ai fini della liquidazione si provvede secondo i parametri del d.m. 55/2014, tenuto conto della natura e della complessità delle questioni affrontate, del contenuto degli scritti difensivi di parte, dell'attività effettivamente posta in essere, elementi che giustificano l'utilizzo di valori inferiori ai parametri medi previsti per lo scaglione di riferimento.

Le spese di Ctu, liquidate con separato decreto, si compensano interamente tra le odierne parti in causa, tenuto conto, da un lato, della fondatezza delle censure sollevate dalle attrici e, dall'altro, della permanenza del credito in favore della Banca.

P.Q.M.

Il Tribunale di Spoleto, in persona del giudice designato, definitivamente pronunciando nel giudizio iscritto al R.G. N. 1741 del 2014, ogni diversa domanda, istanza ed eccezione disattesa, così provvede:

- DICHIARA l'illegittimità degli addebiti effettuati in relazione al rapporto di conto corrente bancario n. 29436178 (già 7740) a danno della correntista, in punto di anatocismo, di applicazione di commissione di massimo scoperto, di interessi passivi ultralegali, nei limiti di cui in parte motiva;

-ACCERTA E DICHIARA, in ragione della rideterminazione dei reciproci rapporti dare-avere ed in parziale accoglimento della riconvenzionale spiegata dalla convenuta BANCA e, per essa, quale mandataria per la gestione dei crediti, *omissis*, che il credito vantato dalla parte convenuta, depurato dagli illegittimi addebiti di cui sopra ed operata la compensazione, in relazione al conto corrente summenzionato, è pari alla somma di euro 41.761,64 (in luogo di euro 102.984,43 richiesti con la domanda giudiziale);

-CONDANNA gli attori, in solido tra loro, al pagamento della somma di euro 41.761,64 in favore della convenuta, oltre agli interessi legali dalla data della domanda (26.01.2015) al saldo effettivo;

- ACCERTA E DICHIARA che il credito ancora dovuto e derivante dal contratto di mutuo chirografario n. *omissis* del 9.02.2012, è pari ad euro 50.289,85, per le causali di cui in motivazione;

- CONDANNA gli attori, in solido tra loro ed in accoglimento della riconvenzionale spiegata, al pagamento della somma di euro 50.289,85 in favore della convenuta, oltre agli interessi legali dalla data della domanda (26.01.2015) al saldo effettivo;

- COMPENSA le spese di lite nella misura della metà, per le causali di cui in motivazione;

-CONDANNA gli attori al pagamento in favore della convenuta della restante metà delle spese di lite, che liquida *ex d.m.* 55/2014, in complessivi euro 6.000,00, di cui euro 1.000,00 per fase di studio, euro 700,00 per fase introduttiva, euro 2.300,00 per fase istruttoria, euro 2.000,00 per fase decisoria, oltre al rimborso forfettario delle spese generali, IVA e CPA come per legge;

- COMPENSA interamente le spese di Ctu, per come liquidate con separato decreto.

Spoleto, 11.08.2018

Dott.ssa Sara Trabalza

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