

RG. n° 8678/2015

Tribunale Ordinario di Modena

Il giudice

sciolta la riserva assunta all'udienza del 29 marzo 2017, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

La Torre Srl, Maria Pia Mucciarini, Stefano Iattoni, questi ultimi in qualità di fideiussori, allegano contratto conto corrente acceso dalla garantita presso BPER Banca Spa (già Banca Popolare dell'Emilia Romagna Sc) l'8 gennaio 2004 con aperture di credito.

Secondo la prospettazione degli attori:

- 1) si sarebbe verificato il superamento del tasso soglia in costanza di rapporto;
- 2) sussisterebbero i presupposti della cd usura soggettiva;
- 3) la banca avrebbe illegittimamente capitalizzato gli interessi a partire dal 1 gennaio 2014;
- 4) difetterebbero i requisiti di validità della commissione di massimo scoperto.

Pertanto, La Torre Srl, Maria Pia Mucciarini, Stefano Iattoni chiedono l'accertamento del saldo del conto corrente 8 gennaio 2004, con riaccredito delle somme illegittimamente addebitate.

BPER Banca Spa si difende eccependo il difetto di legittimazione ad agire dei fideiussori, la prescrizione delle rimesse solutorie, il difetto dei presupposti dell'usura, la legittima capitalizzazione degli interessi, pattuizione interessi ultralegali, applicazione CMS.

Pertanto, BPER Banca Spa chiede il rigetto delle domande degli attori.

La domanda è fondata, nei termini che saranno precisati.

Circa i profili attinenti alle condizioni dell'azione, si osserva che è senz'altro interesse dei fideiussori conoscere l'esatta entità del debito della garantita. Se a incidere su questa determinazione si prospetta il superamento del tasso soglia usura, ogni considerazione sui limiti del garante autonomo nel sollevare eccezioni è superata dalla possibile escussione fraudolenta di un credito formatosi in violazione di legge.

Sulla questione dell'assenza di firma della banca sul contratto di conto corrente, emersa in sede di contraddittorio tecnico, si osserva quanto segue.

Il Tribunale non ignora l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità in relazione al tema del contratto di c/c firmato dal solo correntista (Cassazione, sent. n. 5919/2016).



Osserva tuttavia che la Cassazione non ha ripudiato "l'insegnamento più volte ribadito, secondo cui il requisito della forma scritta ad substantiam è soddisfatto anche se le sottoscrizioni delle parti sono contenute in documenti distinti, purché risulti il collegamento inscindibile del secondo documento al primo, sì da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo".

Nel caso di specie, allo stato degli atti, risulta che, nella copia di contratto prodotta da dagli attori (doc. 1), la società garantita dichiara di aver ricevuto "Vostra in data odierna del seguente letterale tenore" e, in fondo al documento, di aver ricevuto "copia del contratto". Ciò induce a ritenere che il documento prodotto sub 1) atto di citazione dagli attori non sia la "Vostra" (cioè di BPER) che in esso si dichiara di aver ricevuto.

Quindi, da tale dichiarazione, resa dalla debitrice solidale, è possibile ricavare (Cassazione, ord. n. 24187/2014) che la società garantita ha ricevuto un documento firmato da BPER ("Vostra" indica una paternità, non solo una provenienza materiale). Pertanto, in assenza della dimostrazione, mediante produzione da parte degli opposenti, che il documento cui allude il doc. 1), in possesso della garantita, non rechi la sottoscrizione di BPER, il contratto deve ritenersi valido.

La Corte di Cassazione, per la verità, ha espressamente affermato che la stipulazione del contratto per cui è richiesta la forma scritta ad substantiam non potrebbe essere desunta dalla confessione di uno dei contraenti.

Al riguardo, la Corte menziona una catena di precedenti che, tuttavia, non consentono di chiarire il motivo per cui la prova del contratto (qui, dell'esistenza del documento firmato dalla banca) per cui è richiesta forma scritta sotto pena di nullità non potrebbe essere offerta mediante confessione, dal momento che non si rinviene nella disciplina codicistica un'espressa esclusione della confessione (sia stragiudiziale, che non può provarsi per testimoni ex art. 2735 comma II cc, ma qui risulta da un documento; sia giudiziale, che non incontra limiti), come invece avviene per la prova per testimoni, presunzioni e giuramento. La Corte si limita a evidenziare che la consegna del documento firmato da uno dei contraenti non può essere equiparata allo smarrimento incolpevole e quindi sfuggirebbe all'eccezione di cui all'art. 2725 comma II cc.

Ad avviso del Tribunale, ove il fatto di tale consegna risulti da confessione stragiudiziale, come nel caso di specie, occorre invece porre l'accento sulla considerazione per cui chi fa valere una nullità dovrebbe allegare e provare il fatto costitutivo della sua eccezione, che pare doversi individuare nell'assenza di firma della banca (anche) nel documento che risulta essere in suo possesso (o in possesso del debitore garantito), ciò mediante la produzione di tale documento, qui non avvenuta, che smentisca la confessione stragiudiziale (si ripete che tale documento, cioè la "copia per il correntista" ovvero la proposta contrattuale, non è il doc. 1 attori, sia perché il doc 1 attori vi si riferisce, sia perché nel doc. 1 è scritto "copia per la banca", sia perché BPER figura quale destinataria e La Torre come mittente).

Sotto questo profilo, non esplica incidenza il fatto che tale nullità sia rilevabile d'ufficio, per le ragioni che seguono:



- 1) il rilievo d'ufficio non può che basarsi sul quadro di allegazioni che risulta dagli atti introduttivi;
- 2) nel caso di specie, la peculiarità, data dal fatto che si ammette che le due firme non coesistano sullo stesso documento, implica che per poter procedere al rilievo d'ufficio debbano essere in atti (non una ma) due copie non firmate dalla banca;
- 3) se una di queste copie, acclarata la sua disponibilità in mano al correntista, non è allegata, il principio di vicinanza della prova, che si aggiunge alla ovvia considerazione per cui chi allega un fatto (assenza di firma nella copia in suo possesso) ha l'onere di provarlo, preclude che dalla mancata produzione del documento derivino effetti favorevoli (qui, la pronuncia di nullità) per chi deve e può produrlo.

Per quanto riguarda l'anatocismo, premesso che il contratto 8 gennaio 2004 prevedeva legittimamente l'identica periodicità della capitalizzazione degli interessi sul lato attivo e passivo, il Tribunale ritiene che l'assetto normativo conseguente alla modifica dell'art. 120 TUB per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2014 e l'ultimo trimestre oggetto di analisi non abbia modificato il regime giuridico antecedente, dal momento che il testo *ratione temporis* vigente rimandava a un nuovo intervento del CICR per stabilire "modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria". Nello stesso senso, in giurisprudenza di merito, si sono espresse Tribunale di Mantova, 6 dicembre 2016; Tribunale di Bologna, 31 marzo 2016: in entrambe si menziona l'art. 161 comma V TUB che, nel testo *ratione temporis* vigente, prevedeva (come tuttora prevede) che "le disposizioni emanate dalle autorità creditizie ai sensi di norme abrogate o sostituite continuano a essere applicate fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati ai sensi del presente decreto legislativo".

Per quanto riguarda l'usura, in sede di discussione, gli attori hanno evidenziato che il tasso corrispettivo del contratto di conto corrente era, in origine, superiore al tasso soglia. Si tratta di un fatto che può essere posto a fondamento di una questione rilevabile d'ufficio e, dunque, non vi è tardività né difetto di contraddittorio, posto che all'udienza 29 marzo 2017 BPER è stata in grado di prendere posizione e si è genericamente limitata a opporsi alla richiesta di remissione in istruttoria della causa.

Il fatto deve dunque ritenersi non controverso e da ciò discende la nullità parziale della clausola sugli interessi corrispettivi del contratto di conto corrente 8 gennaio 2004.

Deve tuttavia rilevarsi che fin dal 13 febbraio 2004 il contratto è stato assistito da aperture di credito, le quali prevedevano tassi debitori entro il tasso soglia e a questi, infatti, si è riferita la CtU per operare il raffronto con il limite di legge.

Il Tribunale ritiene che la nullità parziale della clausola sugli interessi del contratto di conto corrente non abbia ripercussioni sui contratti di apertura di credito che accedono al contratto principale. A parte l'ovvia considerazione per cui se si elimina soltanto la clausola del contratto principale non vi è ragione di travolgere il contratto collegato, l'aspetto che pare dirimente è che la clausola sugli interessi debitori del contratto di conto corrente disciplina una situazione di scoperto non affidato, mentre la clausola sugli interessi debitori dell'apertura di credito disciplina una situazione di scoperto affidato, determinandosi così una sostituzione interna alla regolamentazione pattizia.



In altri termini, se lo scoperto preconizzato dal contratto di conto corrente è una situazione patologica, lo scoperto preconizzato dal contratto di apertura di credito è una situazione fisiologica, nel senso che le parti si sono accordate proprio nel senso di consentire un'esposizione debitoria "controllata" e appare logico che siano diversi i tassi di interesse pattuiti.

Si tratta dunque di comprendere quale sia stata la clausola applicata nell'andamento del rapporto: l'elaborato peritale consente di distinguere, nel periodo oggetto di analisi, le fasi di conto affidato e non affidato. Occorre precisare che, se nelle aperture di credito vi è un generico riferimento alle condizioni economiche del contratto di conto corrente, per altro verso la pattuizione sui tassi appare divergente e, se si verifica negli estratti, a quelle delle aperture, e non a quella del conto, è stata data applicazione.

Pertanto, il saldo dovrà essere rettificato eliminando, in conseguenza della declaratoria di nullità parziale della clausola del contratto di conto corrente sugli interessi debitori, gli interessi addebitati dal terzo trimestre 2012 al primo trimestre 2014 e nei primi due trimestri del 2015 (allegato VI elaborato peritale), cioè nei periodi in cui, come evidenziato dalla Ctù, "non risultava in essere alcuna apertura di credito in conto corrente" (pag. 11 perizia).

In assenza di deduzioni contrarie di BPER, deve ritenersi che, in questi periodi, abbia trovato applicazione il contratto di conto corrente caratterizzato dalla previsione di interessi corrispettivi superiori al tasso soglia, con la conseguenza per cui, solo in questi periodi, nessun interesse è dovuto.

Quindi, se il saldo determinato dalla Ctù, che non ha riscontrato superamenti del tasso soglia in costanza di rapporto (come stabilito da Cassazione, sent. n. 12965/2016, la CMS non deve essere inclusa nel TEG fino al 31 dicembre 2009), ma ha rettificato gli interessi nei casi, in sostanza, di divergenza tra applicato e concordato, era negativo per euro 21.123,57, occorre procedere all'ulteriore eliminazione degli addebiti a titolo di interessi nei trimestri sopra considerati (per un totale di euro 10.962,09), che BPER sarà tenuta a riaccreditare oltre interessi a far data da ciascun addebito, considerando che l'addebito è avvenuto sulla base di un regolamento contrattuale parzialmente caratterizzato da usura.

Con riferimento alla commissione di massimo scoperto, nella prima memoria ex art. 183 bis cpc gli attori si dolgono del difetto di specificità della clausola contenuta nel contratto di conto corrente, ma nelle aperture di credito, cui occorre fare riferimento per lo stesso meccanismo sostitutivo che vale in relazione agli interessi passivi, la pattuizione appare determinata, dal momento che la percentuale è 0% fino all'accordato e, dunque, la base di calcolo della commissione di volta in volta indicata nelle aperture di credito che si sono succedute non può che essere lo scoperto (per esempio, se si osservano gli estratti conto, nel secondo trimestre 2004, in cui il saldo finale negativo è 407.794,61 euro, la commissione è calcolata sui 7.794,61 euro che eccedono l'accordato; nel terzo trimestre 2004, in cui il saldo finale negativo è 413.848,20 euro, la commissione è calcolata sui 13.848,20 euro che eccedono l'accordato, peraltro con un errore che favorisce il correntista, dal momento che la percentuale è dello 0,1250% mentre avrebbe dovuto essere dello 0,85% come nel trimestre precedente e come da contratto di apertura di credito; in ogni caso, non è stata applicata l'aliquota di cui al contratto di conto corrente,



tanto è vero che, nei periodi in cui il conto non era affidato, non vi è stato alcun addebito a titolo di CMS, vedi allegato VI elaborato peritale).

Con riferimento alla cd usura soggettiva, si osserva quanto segue:

- 1) ai sensi dell'art. 1 DL n. 394/2000, convertito in L n. 24/2001, si intendono usurari, ai fini dell'art. 1815 comma II cc, gli interessi "che superano il limite stabilito dalla legge"; pertanto, il Tribunale ritiene che la sanzione di nullità invocata in via principale dagli attori ai sensi dell'art. 644 comma III cp (interessi entro il limite stabilito dalla legge) non sia applicabile, salvo ogni accertamento, di natura strettamente penalistica, in ordine alla sussistenza del reato;
- 2) in ogni caso, la norma penale prevede il requisito della sproporzione degli interessi rispetto alla prestazione di denaro (cioè, qui, al capitale utilizzato in base all'apertura di credito); nel caso di specie, le somme di volta in volta addebitate a titolo di interessi appaiono del tutto contenute e proporzionate in relazione a quanto di volta in volta utilizzato (si veda allegato VIII elaborato peritale, in cui si indica il saldo passivo dei vari trimestri, seppure erroneamente considerato base di calcolo della CMS), considerato che solo nei primi trimestri si superano i cinquemila euro (ma con un elevatissimo saldo passivo).

Per quanto riguarda le valute, l'allegazione è generica, dal momento che non si indica l'incidenza economica negativa che il meccanismo stigmatizzato in atto di citazione avrebbe avuto a carico della correntista.

Per quanto riguarda l'eccezione di prescrizione, si osserva che gli addebiti non muniti di giustificazione causale, sulla base delle argomentazioni sopra esposte, sono avvenuti a partire dal 2012, quindi è esclusa ogni eventuale prescrizione di pagamenti a essi conseguenti.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo secondo i parametri di cui al DM n. 55/2014.

Spese di Ctù, liquidate come in atti, a definitivo carico di BPER Banca Spa.

PQM

- 1) dichiara la nullità parziale del contratto di conto corrente 8 gennaio 2004 n. 1229489 tra BPER Banca Spa e La Torre Srl, in relazione alla clausola sugli interessi debitori;
- 2) condanna BPER Banca Spa a riaccreditare sul conto corrente 8 gennaio 2004 n. 1229489 tra BPER Banca Spa e La Torre Srl euro 10.962,09 oltre interessi a far data da ciascun addebito;
- 3) condanna BPER Banca Spa a rifondere a La Torre Srl, Maria Pia Mucciarini e Stefano Iattoni euro 3.500,00 (di cui 545,00 per esborsi e il resto per compensi) oltre spese generali, imposta e contributi con distrazione in favore del procuratore antistatario;
- 4) spese di Ctù, liquidate come in atti, a definitivo carico di BPER Banca Spa.

Modena, 12/04/2017

Il giudice
Paolo Siracusano

