

N. R.G. XXX /2016 a cui è riunita la causa n. XXX del 2017



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI LIVORNO
SEZIONE CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Azzurra Fodra
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. XXX /2016 a cui è riunita la
causa n.XXXX del 2017,

promossa da:

XX
& C. SAS (C.F. XXXXXXXXXXXX), con il patrocinio dell'avv. XXXXXXXXXXXXXXX
elettivamente domiciliato in XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX presso il difensore
avv. XXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX (C.F.), con il patrocinio dell'avv. XXXXXXXXXXXXXXX eletti-
vamente domiciliato in XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX presso il difensore avv.
XXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (C.F.), con il patrocinio dell'avv. XXXXXXXX
XXXXX elettivamente domiciliato in XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX presso il di-
fensore avv. XXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX I (C.F.), con il patrocinio dell'avv. XXXXXXXXXXXXXXX
elettivamente domiciliato in XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX presso il difensore
avv. XXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXX (C.F.), con il patrocinio dell'avv. XXXXXXXXXXXXXXX eletti-
vamente domiciliato in XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX presso il difensore avv.
XXXXXXXXXXXX

ATTORE/I

contro



BANCA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX SPA (C.F.), con il patrocinio dell'avv. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX elettivamente domiciliato in XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX presso il difensore avv. XXXXXXXXXX XXXXXXXX

CONVENUTO/I

In data 19 gennaio 2021 la causa veniva posta in decisione sulle conclusioni precisate come da verbale di udienza del 1.10.20

CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1.1 Con atto di citazione ritualmente notificato, la società attrice, quale debitore principale, gli altri attori, quali fideiussori, hanno convenuto, avanti al Tribunale di Livorno la Banca XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (in seguito XXX), al fine di sentir accertare che nell'ambito dei due contratti di conto corrente n. 077 stipulato il luglio del 1997 e ancora in essere e il conto corrente n.010 finale (in seguito n. 1X 900) stipulato il 31.12.96 e chiuso fin dal dicembre 2012, sarebbero stati applicati tassi passivi e altre poste passive non dovute perché non debitamente pattuiti per iscritto, tassi di interesse passivo superiori al tasso soglia di usura, nonché poste passive frutto dell'indebito esercizio da parte della XXX dello ius variandi peggiorativo.

In ragione di tali doglianze gli attori hanno domandato la rideterminazione del saldo conto e la condanna di XXX al pagamento delle somme percepite e non dovute.

Si è costituita in giudizio la XXX, la quale ha chiesto il rigetto delle domande attoree, eccependo tra l'altro la prescrizione del diritto di ripetizione avanzato da parte attrice rispetto alle rimesse solutorie compiute



dalla società attrice nel decennio antecedente alla notifica dell'atto di citazione del 8.4.16.

1.2 Nelle more di detto giudizio, la Banca ha provveduto a richiedere decreto ingiuntivo sempre contro la Società **XXX** e i fideiussori/garanti, sopra indicati, e il Tribunale di Livorno ha pronunciato decreto monitorio n. **5X** /2017, ingiungendo il pagamento dell'importo di €.213.832,71, oltre interessi e spese di lite.

Avverso detto decreto è stata proposta opposizione dagli ingiunti e la relativa causa è stata iscritta a ruolo con il numero di R.G. **2XX** /2017.

Gli opposenti hanno eccepito la nullità del contratto di finanziamento stipulato per estinguere la esposizione debitoria del conto corrente con finale n. **1X900** stipulato tra **XXX** e la società, nonché sollevato le medesime doglianze sollevate nel giudizio n. **1XX** del 2016, in ordine all'indebita applicazione da parte della **XXX** sul conto di poste passive, a vario titolo, non dovute.

La **XXX** si è costituita nel giudizio di opposizione, contestando l'eccezione di nullità del contratto di mutuo e tutte le altre eccezioni sollevate dai debitori.

1.3 Poiché l'oggetto del giudizio monitorio e della relativa opposizione è risultato il contratto di finanziamento n. **3XX** 710, stipulato della **XXX** con la società attrice in data 27/10/2010 per un importo di €.250.000 e regolato sul conto corrente intestato alla società **XXX** con finale n. **1XX** 00, nonché le garanzie rilasciate da tutti gli attori della causa n. **1XX** del 2016, i due giudizi sono stati riuniti.



La causa è stata istruita mediante CTU e in data 1.10.20 le parti hanno rassegnato le seguenti conclusioni.

Parte attrice ed opponente ha concluso come segue: *“Voglia l'adito Tribunale di Livorno rigettata ogni contraria istanza ed eccezione, ed in accoglimento della presente domanda, per i motivi di cui in narrativa, ACCERTARE e DICHIARARE che la Banca XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX spa ha tenuto una condotta illegittima e dannosa nei confronti XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX C. Sas e per l'effetto condannare la Banca XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX spa in persona del legale rappresentante pro tempore, alla restituzione e/o al ricalcolo del saldo dare/avere in favore XX C. Sas , delle somme incassate e non dovute:*

1) con riferimento al conto corrente n. 1XX 00:

- in via principale per € 381.389,76 o della somma maggiore o minore ritenuta di giustizia, con ricalcolo del saldo dare avere in € 381.337,86*
- in subordine per € 153.139,57 o della somma maggiore o minore ritenuta di giustizia, con ricalcolo del saldo dare avere in € 153.087,67*
- in ulteriore subordine per € 143.874,22 o della somma maggiore o minore ritenuta di giustizia con ricalcolo del saldo dare avere in €143.822,32*

2) con riferimento al conto corrente n. 10XX 7:

- in via principale per € 273.229,41, o della somma maggiore o minore ritenuta di giustizia con ricalcolo del saldo dare /avere in € 92.041,81,*
- in subordine per € 207.873,66, o della somma maggiore o minore ritenuta di giustizia con ricalcolo del saldo dare /avere in € 26.686,26,*
- in ulteriore subordine per € 168.306,36 o della somma maggiore o minore ritenuta di giustizia con ricalcolo del saldo dare/avere in € -12.881,24 così*



come accertato nelle ipotesi contenute nella CTU contabile e nelle successive integrazioni.

-ACCERTARE E DICHIARARE la nullità del mutuo chirografo per difetto di causa e per l'effetto condannare la banca alla compensazione diretta delle rispettive poste attive e passive con conseguente rideterminazione del saldo effettivo tra le parti.

Altresì alla luce di quanto sopra accertato e dichiarato:

1.dichiarare illegittimo, nullo, annullare o comunque revocare il decreto ingiuntivo opposto per le ragioni espresse nel corpo dell'opposizione a D.I riunita la presente procedimento,

2.dichiarare nulle e/o prive di efficacia le garanzie personali rilasciate a favore della banca e per l'effetto disporre la cancellazione delle ipoteche giudiziali dai registri immobiliari;

IN VIA ISTRUTTORIA

- Si precisa come da memorie n.2

Con vittoria di spese e competenze di giudizio CON DISTRAZIONE A FAVORE DEL PROCURATORE ANTISTATARIO”.

XXX ha concluso come segue : “Piaccia all'Ill.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria istanza, difesa ed eccezione, anche in accoglimento delle eccezioni e do-mande anche riconvenzionali svolte, IN VIA PRELIMINARE chiamare il CTU a chiarimenti relativamente al saldo effettivo dei conti di causa alla luce delle osservazioni del proprio CTP non accolte dal CTU. Nel Merito IN TESI rigettare l'opposizione a decreto ingiuntivo XXX 2017 del Tribunale di Livorno, oggetto del-la causa 2XXX 2017 riunita alla 1XXX 2016, in quanto le domande ivi contenute so-no inammissibili, impro-



cedibili, prescritte, infondate in fatto ed in diritto o comunque fondata su domande precluse e non provate, confermando detto decreto in ogni sua parte; rigettare tutte le domande promosse da parte attrice nei confronti della Banca XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX spa., nella causa RG 1XXX 2016 in quanto inammissibili, improcedibili, prescritte, infondate in fatto ed in diritto o comunque precluse e non provate. IN IPOTESI condannare, in caso di revoca del decreto, anche per l'ipotesi impugnata di dichiarata nullità del contratto di finanziamento oggetto di causa, gli opposenti al pagamento della somma di €.213.832,71.= in solido tra loro per le motivazioni di cui in atti, respingendo tutte le domande pro-mosse da parte attrice nei confronti della Banca XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX spa., nella causa RG 2XXX 2017 poi riunita alla 1XX /2016 e le domande avanzate in quest'ultima causa 1XX /2016, in quanto inammissibili, improcedibili, prescritte, infondate in fatto ed in diritto o comunque precluse e non provate; IN ULTE-RIORE E DENEGATA IPOTESI di accoglimento di una delle domande di controparte condannare gli opposenti al pagamento della somma che sarà accertata nelle due cause, previa compensazione delle somme di cui al decreto ingiuntivo opposto e comunque delle somme accertate in dare ed avere tra le parti nella causa di opposizione 2XX /2017 e dalle somme accertate in dare ed avere tra le parti nella causa di accertamento e condanna 1XX /2016. In ogni caso oltre gli interessi, come in atti. Con vittoria di spese e competenze professionali e con condanna di controparte al pagamento della spese di CTU."

2. Tanto premesso deve precisarsi che verranno trattate in primis, per ragioni di carattere logico della decisione, le questioni oggetto della causa



principale.

Da subito deve rilevarsi che dall'esame della documentazione bancaria prodotta da entrambe le parti è emersa la parziale fondatezza della doglienze attoree, in punto di mancato rispetto della forma scritta prevista per i contratti di conto corrente e contratti collegati di affidamento di cui si discute.

In particolare è risultato che in contratto con finale n. 077 venne stipulato per iscritto sin dal luglio 1997, come emerge dall'esame del doc. 4 di parte convenuta, al medesimo contratto sono allegate anche le condizioni economiche in punto di capitalizzazione degli interessi e altre poste passive; dalla lettura delle condizioni generali di contratto, e segnatamente dell'art. 16 del contratto, risulta correttamente pattuito il cd. ius variandi in favore della banca.

Risulta, altresì, che la **XXX** provvede, come emerge dal doc. 12 di parte convenuta, all'adeguamento del contratto ai sensi dell' art. 7 della delibera CICR del 2000 in tema di capitalizzazione degli interessi, con pubblicazione del medesimo adeguamento in Gazzetta Ufficiale; la **XXX** ha anche dedotto di avere inviato alla correntista la prevista comunicazione di adeguamento e tale circostanza non è stata contestata.

Infine, risulta dalla documentazione versata in atti ai docc.13-23 di parte convenuta che tale conto corrente vennero collegati plurimi e successivi contratti di apertura di credito in forma scritta dal 23.12.2009, con specifica indicazione delle relative condizioni di erogazione dell'affidamento.

In ragione di tale risultanze istruttorie, deve escludersi la nullità del contratto di conto corrente in questione e delle relative condizioni economi-



che, deve anche ritenersi che nell'ambito del rapporto venne correttamente esercitato lo ius variandi da parte della banca e che la capitalizzazione trimestrale degli interessi venne correttamente addebitata sul conto a partire dall'adeguamento della delibera CICR entro il 30.6.2000.

A contrario, deve rilevarsi la nullità dei contratti di apertura di credito ante dicembre del 2009. Ed infatti il conto in questione risulta essere stato sempre affidato, anche prima di tale momento, tanto che le condizioni economiche dell'affidamento risultano già allegate all'originario contratto di conto corrente, tuttavia alla data della stipulazione, secondo la normativa vigente al momento, il contratto di apertura di credito avrebbe dovuto essere stipulato in forma scritta ex art. 117 TUB.

Sul punto sul punto giova, infatti, ricordare che, secondo la giurisprudenza di legittimità in materia, *"in tema di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della l. n. 154 del 1992 e successivamente l'art. 117, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, abilitano la Banca d'Italia, su conforme delibera del C.I.C.R. a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta, sicché quanto da queste autorità stabilito circa la non necessità della forma scritta, "in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto", va inteso nel senso che l'intento di agevolare particolari modalità della contrattazione non comporta una radicale soppressione della forma scritta, ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi l'indicazione nel "contratto madre" delle condizioni economiche cui andrà assoggettato il "contratto figlio". (cfr. Cass. n. 27836 del 2017).* Tuttavia la delibera CICR relativa alla forma semplificata per i contratti di apertura credito è stata adottata solo nel 2003 e, quindi, ben dopo la stipula delle aperture di



credito di cui si discute.

Venendo al contratto con finale n. 1X.900, invece, deve rilevarsi in base al doc. 5 di parte attrice che lo stesso fu sottoscritto dalla parte attrice nell'aprile del 1996, ad esso sono allegati le condizioni generali di contratto, tra cui anche la pattuizione del c.d. ius variandi in favore della banca; mancano, invece, le condizioni economiche del contratto anche in ordine alla capitalizzazione degli interessi.

Risulta, infine, che 26.9.10 venne tra le parti stipulato un contratto di apertura di credito (cfr. doc. 11 parte convenuta nella causa riunita n. 2XXX del 2017), con indicazione specifica del fido concesso e delle relative condizioni economiche.

Pertanto, deve ritenersi che l'eccezione di nullità/indebita applicazione dei tassi e delle altre poste passive, anche a titolo di capitalizzazione delle medesime poste, risulti fondata fino alla data di sottoscrizione del contratto di apertura di credito del 2010, in cui venne disciplinato il rapporto collegato di affidamento in modo puntuale.

3. In ragione delle predette considerazioni e conclusioni giuridiche è stato affidato al CTU il quesito di seguito riportato ed è stato anche domandato al CTU di verificare l'eventuale applicazione sui due conti correnti di tassi usurari nonché la corretta applicazione della cms e delle successive clausole di adeguamento al DL. 185 del 2008 art. 2 bis.

Al CTU è stato anche demandata la rideterminazione dell'esatto dare avere tra le parti, anche alla luce della eccezione di prescrizione sollevata dalla XXXX



Il quesito è il seguente:

a) USURA

Per la fase del rapporto ANTE 31.12.2009, per entrambi i conti:

“Ricalcoli il CTU l’esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, senza tenere conto di alcun interesse a qualsiasi titolo applicato, qualora risulti che il tasso di interesse effettivo globale (TEG) pattuito o successivamente modificato ai sensi dell’art. 118 TUB nel contratto di conto corrente in riferimento ai soli interessi corrispettivi, risulti superiore al tasso soglia, rilevato dal Ministero del Tesoro con D.M. corrispondente al trimestre in cui vi è stata l’applicazione.

A tal fine, computi nella base di calcolo ogni onere con funzione di remunerazione del credito (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse), utilizzando le istruzioni della Banca d’Italia vigenti trimestre per trimestre.

Nel caso in cui dalla prima verifica risulti che non vi è stata usura verifichi l’usurarietà delle condizioni economiche pattuite o applicate, utilizzando le istruzioni della Banca d’Italia contenute nella circolare della Banca d’Italia 2 dicembre 2005, n. 1166966;

Per la fase del rapporto POST 31.12.2009, per entrambi i conti

“Ricalcoli il CTU l’esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, senza tenere conto di alcun interesse a qualsiasi titolo applicato, qualora risulti che il tasso di interesse effettivo globale (TEG) pattuito o successivamente modificato ai sensi dell’art. 118 TUB nel contratto di conto corrente, in riferimento ai soli interessi corrispettivi, risulti superiore al tasso soglia rilevato dal Ministero del Tesoro con D.M. corrispondente al trimestre in cui vi è stata l’applicazione del tasso.



A tal fine computi nella base di calcolo ogni onere con funzione di remunerazione del credito (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse), e quindi anche la commissione di massimo scoperto.

In ogni caso determini il TEG, secondo la formula della B.I. vigente trimestre per trimestre seguendo le relative istruzioni fornite dalla stessa B.I. a corredo della formula utilizzata”.

B) ANATOCISMO

“Ricalcoli il CTU l’esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, eliminando la capitalizzazione degli interessi:

per entrambi i conti dall’origine del rapporto e fino alla data del 30.06.2000 (relativa alla pubblicazione della delibera CICR);

solo per il conto 010 finale (doc. 5), neutralizzi tutte le poste addebitate a titolo di anatocismo anche per la fase post 2000;

solo per il conto 77 finale verifichi il CTU se nel rapporto inter partes vi è stata capitalizzazione degli interessi in data successiva 1.10.16 e in caso positivo verifichi se vi è stato il rispetto nell’art. 120 TUB nuova formulazione (art. 17 bis l. 49 del 2016), in caso contrario neutralizzi le poste passive addebitate a tale titolo in entrambi i conti.

C) INTERESSI ULTRA LEGALI e CMS

per il solo conto 00 finale doc. 5

ricalcoli il CTU l’esatto dare avere tra le parti applicando gli interessi ex art. 117 TUB in luogo di quelli applicati e neutralizzando tutte le altre poste passive addebitate;

per il solo conto finale 77 doc. 4

ricalcoli il CTU l’esatto dare avere tra le parti applicando fino al 23.12.09 (



cfr. doc. 13 e ss parte conv. Id est contratti di apertura di credito) gli interessi legali in luogo di quelli applicati ove le poste passive risultino addebitate in forza di un fido di fatto tra le parti nonché neutralizzi tutte le poste passive addebitate in ragione di detto fido di fatto;

Inoltre, dica il CTU, se la c.m.s. sia stata addebitata, a partire dallo scadere del termine di adeguamento previsto dall'art. 2 bis D.L. 29.11.2008 n. 185 co. 3 conv. in L. 28.01.2009 n. 2 a sua volta modificata con D.L. 01.07.2009 n. 78 conv. in L. 108/09, nel rispetto delle prescrizioni previste da dette norme e dall'art. 117 bis TUB, e in caso di risposta negativa, ricalcoli l'esatto rapporto di dare/avere tra i contraenti, senza tenerne conto;

Ridetermini in ogni caso per entrambi i conti il CTU l'effettivo rapporto dare/avere tra i contraenti, considerato il termine decennale di prescrizione del diritto di ripetizione, il quale decorre per le rimesse ripristinatorie dalla data di chiusura del conto corrente, mentre per quelle solutorie dall'effettivo pagamento;”.

Il quesito, dopo la riunione della causa di opposizione a decreto ingiuntivo, è stato integrato, essendo stato acquisito al giudizio il doc. 11 di parte convenuta comprovante la conclusione del contratto di apertura di credito del 2010, come segue:

“Al punto B del quesito nella parte relativa al solo conto 0010 (doc. 5) il CTU dovrà anche inserire una ipotesi alternativa di saldo con neutralizzazione dell'anatocismo fino al 26.9.10; Al punto C del quesito nella parte relativa al solo conto 0010 (doc. 5) dovrà anche inserire una ipotesi alternativa di saldo con applicazione degli interessi ex art. 117 TUB in luogo di quelli applicati solo fino al 26.9.10”;



4. Tanto premesso deve, con riguardo alle risultanze della CTU, in primo luogo rilevarsi che in entrambi i conti è emerso che, dopo il terzo trimestre del 2009, non è stata più applicata la cms e che nei contratti di apertura credito collegati ai conti correnti le pattuizioni relative al corrispettivo di accordato sono correttamente pattuite nei contratti e sottoscritte dalla società attrice. Sul punto deve precisarsi che il CTU ha anche redatto un calcolo alternativo dando rilievo a delle irregolarità dei dati contenuti negli estratti conto agli atti, tuttavia detto calcolo non può essere tenuto in considerazione ai fini della decisione, perché non relativo alle specifiche doglianze mosse da parte attrice nel giudizio.

4.1 Dalla CTU, in particolare dalla relazione integrativa del gennaio del 2020, depositata su richiesta di chiarimenti da parte del Giudice, (cfr. ordinanza a verbale del 12.12 19 <<*una relazione contenente un calcolo alternativo rispetto a quello contenuto nella relazione integrativa nel senso che la verifica dell'usura dovrà avvenire, a differenza di quanto risulta a pag. 6 della medesima relazione integrativa, senza tener conto della capitalizzazione trimestrale degli interessi, il TEG dovrà quindi essere calcolato e poi raffrontato con il tasso soglia del trimestre prima di verificare l'entità delle poste addebitate a titolo di capitalizzazione*>>;), è emerso anche che l'assunto attoreo di usurarietà dei tassi applicati dalla banca non è fondato.

Dalla relazione integrativa suddetta si evince chiaramente che, ove si applichino, per la verifica del superamento del tasso soglia, in modo puntuale le istruzioni della Banca Italia, vigenti periodo per periodo, i tassi corrispettivi applicati sono risultati sempre al di sotto della soglia di usura.



Pertanto, in parte de qua, la domanda non può che essere rigettata.

4.2 Ciò posto, invece, all'esito della CTU e della neutralizzazione delle poste passive indicate nel quesito, è stato possibile rideterminare l'esatto dare avere tra le parti in entrambi i conti.

In particolare, tra le ipotesi conclusive rassegnate dal CTU relativamente al conto n. 1X 00 deve dichiararsi che al momento della chiusura del medesimo, nel 2012, l'esatto dare avere tra le parti era pari a € 371.921,58 (pagg 8 e 9 e allegato 63 integrazione CTU del 2.8.19).

Detta ipotesi di ricalcolo dell'esatto dare avere tra le parti risulta quella corretta rispetto all'accertate nullità contrattuali, prima rilevate.

Ed infatti, detto saldo è stato rideterminato espungendo dal conto le poste passive applicate a titolo di capitalizzazione sino alla stipula del primo contratto di apertura di credito nel 2010 (doc. 11 parte convenuta), in cui per la prima volta le parti hanno pattuito per iscritto la clausola di capitalizzazione reciproca, applicando gli interessi passivi legali ex art. 117 tub fino alla medesima data, in ragione della mancanza di una disciplina scritta delle condizioni economiche fino alla stipula del contratto del 2010 e, infine, neutralizzando, sempre fino al medesimo momento, le altre poste passive applicate in mancanza della dovuta pattuizione scritta.

Quanto al conto n. 077, deve dichiararsi che al momento del 31.3.16, data di fine analisi in base agli estratti conto in atti, l'esatto dare avere tra le parti era pari a € 76.626,74 (Cfr. CTU del 28.1.20 pag. 8 allegato 70).

Detta ipotesi di ricalcolo risulta quella corretta rispetto all'accertate nulli-



tà contrattuali, prima rilevate.

Ed invero, detto saldo è stato rideterminato eliminando la capitalizzazione fino all'adeguamento alla delibera CICIR entro il 30/06/2000, come richiesto, applicando fino al 23/12/2009 gli interessi legali in luogo di quelli addebitati, senza contratto di affidamento in forma scritta, e, da ultimo, neutralizzando tutte le altre poste passive non pattuite e addebitate fino al dicembre 2009.

4.3 Tali conclusioni non possono essere inficcate dalla eccezione sollevata dalla **XXX** di prescrizione sollevata dalla convenuta rispetto alla domanda di rideterminazione dei saldi e di ripetizione dell'indebitato.

Difatti, nel caso in esame, deve darsi atto che l'eccezione è stata sollevata dalla banca correttamente e tempestivamente, secondo quanto affermato nella recente sentenza a Sezioni Unite della Cassazione in tema di prescrizione estintiva, secondo cui *“l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte.”* (cfr. Sentenza n. 15895 del 13/06/2019).

Tuttavia, deve ritenersi che parte attrice abbia adeguatamente assolto all'onere della prova sulla stessa gravante e cioè abbia dimostrato che i due conti correnti in contestazione erano conti correnti affidati, sin dalla loro apertura, e, quindi, che le rimesse compiute dalla correntista abbia-



no avuto natura ripristinatoria della provvista concessa in affidamento.

Dagli estratti conto e dalla analisi dei conti svolta dal CTU risulta chiaramente che i conti erano affidati; nell'allegato al conto finale n. 077, persino, le parti, pur non avendo stipulato il contratto di affidamento per iscritto, avevano pattuito per iscritto alcune delle condizioni economiche da applicare per l'apertura di credito; e infine la stessa XXX ha ammesso nei suoi scritti che il finanziamento concesso per € 250.000,00 nel 2010 e regolato sul conto n. 1XX 00 venne erogato per una ristrutturazione complessiva dei rapporti debito-credito tra le parti.

Inoltre, a pagg. 29 e 30 della CTU del 5.4.19, emerge in modo chiaro, non solo che i conti erano affidati, ma anche l'importo concesso in affidamento dalla banca in modo costante, per periodi di tempo anche superiore ai due anni.

Da ciò consegue che il dies a quo della prescrizione non possa essere fatto decorrere dalla singola rimessa per il conto già chiuso n. 1X 00, e non sia ancora iniziato a decorrere per il conto ancora aperto n. 077 finale.

Tale conclusione risulta del tutto conforme con gli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità ormai consolidata, dalla sentenza della Cassazione a Sez. Un. del 2 dicembre 2010, n. 24418.

Nel caso concreto, però, stante le argomentazioni della XXX nella comparso conclusionale, svolte anche in ragione del calcolo alternativo compiuto dal CTU e non richiesto in quesito, va compiuta una ulteriore precisazione in diritto.

Parte convenuta ha sostenuto che, secondo gli ultimi arresti della Corte di Cassazione (cfr. Cassazione sentenze nn. 22704 e 22705 del 2018), il cor-



rentista che intende agire in ripetizione, a fronte della eccezione di prescrizione sollevata dalla debitrice, avrebbe l'onere di provare la sussistenza dell'affidamento producendo un contratto scritto, attesa la necessaria forma scritta dei contratti bancari.

Tale eccezione non coglie nel segno.

Si riporta per esteso quanto affermato in motivazione nelle due sentenze citate, al fine di evidenziare come detto principio di diritto, in realtà, non sia stato affermato dalla Corte:

“In ordine all'onere della prova, è opportuno chiarire come esso si atteggi nei giudizi in questione.

a) Il cliente, il quale agisce ex art. 2033 c.c., per la ripetizione dell'indebito corrisposto alla banca nel corso del rapporto di conto corrente, ha l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto vantato: vale a dire, a fronte dell'annotazione di poste passive sul suo conto corrente nell'assunto costituenti dazione indebita, la causa petendi dell'azione, in ragione della natura non dovuta di quegli addebiti (per l'esistenza di un'indebita capitalizzazione, interessi non consentiti, costi non concordati, e così via).

In tal senso sono plurime decisioni di questa Corte in materia di domanda di ripetizione di indebito oggettivo, secondo le quali il creditore istante è tenuto a provare i fatti costitutivi della sua pretesa: quindi, la dazione e la mancanza di una causa che lo giustifichi, ovvero il venir meno di questa (cfr. Cass. 25 gennaio 2011, n. 1734; 17 marzo 2006, n. 5896; 13 novembre 2003, n. 17146).

b) A sua volta, eccepita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dalle annotazioni passive in conto, quale fatto estintivo, essa ha l'onere di allegare l'inerzia, il



tempo del pagamento ed il tipo di prescrizione invocata. Deve considerarsi, in proposito, che l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene (da ultimo, Cass. 22 febbraio 2018, n. 4372 e Cass. 26 luglio 2017, n. 18581, che richiamano precedenti ulteriori, fra cui Cass. 29 luglio 2016, n. 15790; Cass. 20 gennaio 2014, n. 1064).

c) Se, a questo punto, il tempo decorso dalle annotazioni passive integri il periodo necessario per il decorso della prescrizione, diviene onere del cliente provare il fatto modificativo, consistente nell'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quei versamenti come mero ripristino della disponibilità accordata e, dunque, possa spostare l'inizio del decorso della prescrizione alla chiusura del conto. Apertura di credito che non è di per sé, come è noto, un contratto necessariamente riconnesso a quello di conto corrente. Giova al riguardo osservare come la decisione citata dal ricorrente (Cass. 26 febbraio 2014, n. 4518, non massimata), laddove in motivazione ha statuito che "i versamenti eseguiti su conto corrente, in corso di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens" e che "Tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto", ha quale presupposto, appunto, l'esistenza di un contratto di apertura di credito: onde il principio va ricondotto all'ambito di specie suo proprio. Come si è in molte altre pronunce precisato, occorre dunque distinguere "a seconda che il contratto risulti "affidato" o meno: in caso di conto "non affidato", tutte le rimesse devono automaticamente reputarsi solutorie, con conseguente inesistenza di alcun onere in capo alla banca di individuarle specificamente" (Cass. 24 maggio 2018, n. 12977; Cass. civ. (ord.), 22-02-2018, n. 4372). Ne



deriva che grava sull'attore in ripetizione, al fine di poter considerare detti versamenti alla stregua di meri atti di ripristino della disponibilità - come tali, non aventi lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca e, dunque, inadeguati al decorso della prescrizione - l'onere di provare l'esistenza di un affidamento.

In definitiva, poichè la decorrenza della prescrizione dalla data del pagamento è condizionata al carattere solutorio, e non meramente ripristinatorio, dei versamenti, essa sussiste sempre in mancanza di un'apertura di credito: onde, eccettuata dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebitato per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quel pagamento come mero ripristino della disponibilità accordata.”.

Dalla lettura per esteso della parte motiva delle due sentenze si evince che, la Corte ha sicuramente ribadito il fatto che grava sull'attore che agisce in ripetizione l'onere di provare il contratto di affidamento, ma non ha sancito alcun onere di prova scritta.

Ed infatti, nell'ambito della azione di ripetizione, quello che risulta da provare per il correntista è che un accordo con la banca sull'affidamento vi è stato e che detto accordo ha avuto attuazione, anche mediante regolazione del medesimo in conto corrente; assolto detto onere probatorio, anche mediante l'analisi degli estratti conto e delle comunicazioni banca cliente ex art. 118 TUB da parte della CTU, come avvenuto nel caso in esame, appare irrilevante, ai fini della prescrizione, il fatto che il contratto scritto non sia stato versato in atti.

In tal senso si è anche espressa anche la Corte di Appello di Firenze in una recente pronuncia, la cui motivazione nella parte che ci interessa, per



completezza argomentativa, si riporta: *“Deve in primo luogo rilevarsi che i contratti di conto corrente stipulati tra le parti erano certamente “affidati”, nel senso che era concessa al correntista la possibilità di attingere dal conto somme superiori a quelle in “provvista”, tanto che era stata espressamente pattuita la soglia di interesse, pari al 18%, che in tal caso la banca avrebbe applicato al prelievo.*

Pur condividendo la nuova impostazione giurisprudenziale, portata dalla più recente pronuncia della Suprema Corte, recante il n. 15895/2019, nella quale effettivamente si afferma che, nel contesto della nota distinzione tra rimesse ripristinatorie e solutorie, alle quali si ricollegano diverse modalità ed un diverso “dies a quo” dal quale conteggiare il termine decennale di prescrizione dell’azione di ripetizione dell’indebitto, l’onere probatorio sulla qualità delle rimesse spetta non più al soggetto che eccepisce la prescrizione ma a colui che invece intenda sostenere l’infondatezza della stessa e che, di conseguenza, la società attrice (e non la banca) avrebbe dovuto provare la qualità dei versamenti effettuati, deve, in ogni caso, rilevarsi che, dall’istruttoria processuale, con peculiare riferimento al tenore dei documenti depositati dalle parti, è pacificamente emersa la natura “affidata” dei rapporti bancari in esame.

Lungi dal prospettare la presenza di un fido di fatto, dall’esame dei contratti di conto corrente allegati in atti e dalla stessa perizia redatta dal dott. Terigi, si evince che le parti non solo avevano concordato l’apertura del fido tant’è che, da un lato, ne avevano disciplinato il tasso di interesse (intorno al 18%) , ma che poi, effettivamente, durante lo svolgimento del rapporto, in più occasioni, la società correntista ebbe ad attingere e prelevare somme dal fido concesso dall’istituto bancario. Lo stesso CTU, infatti, al punto sub



1.3 del proprio elaborato accertava che “in alcuni pe-riodi la banca ha calcolato gli interessi passivi applicando un tasso aggiuntivo sui saldi passivi eccedenti il fido concesso, precisando, inoltre, di non conoscere esattamente gli importi dell’affidamento concesso tempo per tempo, al fine di riconteggiare gli interessi passivi maturati ai tassi convenzionali sui nuovi saldi di conto corrente e, pertanto, di aver utilizzato il tasso convenzionale medio di periodo, determinato rapportando gli interessi passivi calcolati dalla banca con i numeri complessivi del periodo “. In effetti, da una semplice visione dell’elaborato peritale, si evince che, in alcuni periodi, il tasso medio applicato dalla banca rasenta quello indicato in contratto in relazione all’utilizzo di affidamento, sicché è da ritenere che, pur non essendo effettivamente indicato l’ammontare massimo del fido, sia stato consentito al correntista il prelievo di somme superiore a quelle depositate e che in tale istante la banca ha ritenuto di applicare il tasso di interesse dovuto nel caso di ricorso all’affidamento, pur dando atto che in alcun caso risulta indicato l’ammontare massimo del fido consentito” (Corte Appello Firenze n. 1512 del 2020).

Da ultimo, preme rilevare che le argomentazioni della XXX a riguardo non sono condivisibili anche per un’altra ragione.

Come già accennato prima, invero, i contratti di apertura di credito rientrano nella categoria dei contratti per i quali dal 2003 è possibile la stipula in forma semplificata e senza forma scritta.

Appare evidente, quindi, che risulterebbe del tutto irragionevole ancorare la prova della sussistenza dell’affidamento alla produzione in giudizio di un contratto che potrebbe anche non esistere.



4.4 Quindi, ricapitolando, relativamente al conto n. 1X 00, deve dichiararsi che, al momento della chiusura del medesimo conto nel 2012, l'esatto dare avere tra le parti era pari a € 371.921,58 e, quanto al conto n. 077, che al momento del 31.3.16, data di fine analisi in base agli estratti conto in atti, l'esatto dare avere tra le parti era pari a € 76.626,74.

5. Tanto premesso risulta necessario esaminare le domande relative alla causa riunita di opposizione a decreto ingiuntivo n. 2XX del 2017.

Ed infatti, dagli atti e dalle allegazioni delle parti, come già detto, risulta che tra la società attrice e la XXX venne stipulato il 27.10.10 un contratto di finanziamento n. 3XX 10 di importo pari ad € 250.000,00, garantito con fidejussione omnibus a prima richiesta dagli odierni opposenti.

L'importo finanziato venne trasferito sul conto corrente n. 1X900 per ripianare il debito ivi esistente, ad € 226.424,77 (cfr. doc. 7 atto di opposizione).

5.1 Ciò posto, in primo luogo va rigettata l'eccezione di nullità sollevata dagli opposenti con riguardo al mutuo in questione. Questo giudice intende aderire al maggioritario orientamento della giurisprudenza di merito, secondo cui nel caso in cui il mutuo sia stipulato per ripianare pregresse passività, tale finalità non può considerarsi ex se sufficiente a rendere nulla o illegittima la causa del contratto di finanziamento e vada affermato che anche il mutuo utilizzato dalla banca per ripianare l'esposizione debitoria mantiene la sua causa tipica e lecita.

5.2 Tuttavia, nel caso in esame, il decreto ingiuntivo n. 5XX del 2017 deve



essere comunque revocato.

Difatti, come richiesto da entrambe le parti, va operata la compensazione tra i controcrediti esistenti tra le parti e in particolare tra il credito liquidato nel procedimento a favore della società attrice per € 371.921,58, a titolo di somme dovuto in restituzione dalla **XXX** al momento della chiusura del conto nel dicembre del 2012, e il credito comunque vantato dalla **XXX** a titolo di restituzione delle somme mutate e degli interessi corrispettivi pattuiti, ammontante al momento della pronuncia monitoria ad € 213.832,71.

Operata la compensazione, pertanto, la società attrice risulta ancora creditrice della somma di € 158.088,87, oltre interessi legali dalla data della chiusura del conto ad oggi.

Ne segue la condanna della **XXX** al pagamento di tale importo in favore della società attrice.

Ne consegue altresì l'assorbimento di tutte le altre questioni sollevate dalle parti sui contratti di garanzia.

6. Quanto alle spese di lite, le stesse vanno liquidate in ragione dell'ammontare della somma effettivamente riconosciuta a credito della società attrice e poste a carico della **XXX**.

Gli oneri di CTU come già liquidati vanno posti a carico della **XXXX**

P.Q.M.



Il Tribunale di Livorno, definitivamente pronunciando sulla causa 1XXX del 2016 a cui è riunita la causaXXX 6 del 2017, ogni diversa istanza, eccezione e difesa disattesa e respinta, così provvede:

- 1) revoca il decreto ingiuntivo n. 5X del 2017;
- 2) condanna XXX al pagamento in favore della società attrice della somma di € 158.088,87, oltre interessi legali dalla data della chiusura del conto ad oggi;
- 3) Dichiaro che l'esatto dare avere tra le parti rispetto al saldo del conto corrente n. 077, al 31.3.16, era pari a € 76.626,74;
- 4) Condanna la XXX alla refusione delle spese di lite in favore di parte attrice, con pagamento in favore del procuratore dichiaratosi antistatario, che liquida in complessivi € 15.444,50, di cui € 2.430,00 per la fase di studio della controversia, € 1.550,00 per la fase introduttiva del giudizio, € 5.400,00 per la fase istruttoria/di trattazione, € 4.050,00 per la fase decisionale, € 2.014,50 per spese generali ex art. 2 d.m. 55/14, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge, oltre anticipazioni per c.u.;
- 8) Pone a definitivo carico della XXX le spese di CTU;

Così deciso in data 19 gennaio 2021 dal Tribunale di Livorno

IL GIUDICE
dott. Azzurra Fodra

