

Non compete alla banca l'onere di provare la natura solutoria delle rimesse delle quali viene chiesta la ripetizione

Tribunale di Mantova, 11 giugno 2014. Estensore Benatti.

Conto corrente – Ripetizione di pagamenti indebiti – Prescrizione – Decorrenza – Distribuzione dell'onere della prova.

Nell'ambito dell'azione di ripetizione del cliente di indebiti pagamenti fatti alla banca, la tesi di Cass. SS.UU. n.24418/2010 (che distingue il correre della prescrizione a seconda si tratti di remessa intrafido o extrafido, per quest'ultima eventualità muovendo la stessa dal versamento e non dalla chiusura del conto) comporta che la banca debba provare la natura solutoria di ogni remessa. Tale tesi va respinta perché "così facendo si impone alla banca una prova che è del tutto negativa", consistente appunto nella "prova dell'assenza del fido". Pertanto, si deve ritenere che la "banca adempie al proprio onere di prova dell'eccezione allegando e deducendo il decorso del termine decennale", spettando invece al correntista l'onere del carattere ripristinatorio della remessa. (Riproduzione riservata)

omissis

MOTIVI DELLA DECISIONE

a) riepilogo delle questioni

La banca Monte dei Paschi di Siena (BANCA) ha ottenuto il 15/6/09 un decreto ingiuntivo (n. 1195/09) provvisoriamente esecutivo per € 759.506,78 nei confronti di A. srl, debitore principale, per € 706.511,40 nei confronti di E. G., quale fideiussore, e per € 150.000,00 nei confronti di G. BE., anch'ella quale fideiussore di parte dei crediti. Il credito verso A. srl azionato e oggetto del provvedimento monitorio con riferimento al periodo febbraio-maggio 2009 era rappresentato dalle seguenti cinque posizioni, la cui numerazione sarà seguita nel prosieguo della motivazione:

1) un rapporto di portafoglio n. 5508 acceso presso BANCA spa con saldo negativo di € 106.511,40;

oltre ad altri rapporti originariamente accessi presso la Banca A., Istituto di Credito successivamente (16/9/08) incorporato in BANCA e, in particolare:

2) saldo debitore conto corrente BANCA 101347/19	€ 28.445,91;
3) effetti insoluti a valere sbf sul rapporto PI 9	€ 198.579,36;
4) saldo debitore rapporto anticipi SI 9382146,15	€ 142.053,39;
5) saldo debitore rapporto anticipi SI 9382046,12	€ 283.916,72;
Totale rapporti ex BANCA	€ 652.995,38.

I crediti erano altresì garantiti da fideiussione di E. G., sino a € 360.000,00 quanto al rapporto 1 e sino a € 600.000,00 quanto agli altri (ex BANCA), nonché da fideiussione di G. BE. sino a € 150.000,00 sui rapporti ex BANCA. Revocati gli affidamenti e richiesto l'adempimento, la banca evidenziò la situazione debitoria e il pericolo derivante dalle recenti dismissioni immobiliari degli ingiunti e dai protesti finanziari subiti ottenendo la provvisoria esecutorietà del decreto.

Contro il decreto formularono opposizione la società A. srl e i due fidejussori evidenziando come la banca avesse agito esecutivamente sulla base della provvisoria esecutività del decreto iscrivendo ipoteche (doc. 4) e notificando un pignoramento presso terzi (doc. 5). Contestarono la falsità delle firme di E. G. sui docc. 12 e 14 relativi a richieste di anticipazioni nonché, nel merito eccepirono:

- 1) la mancanza di prova scritta ex art. 634 cpc e art. 50 d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385 e ss. Mod (c.d. TUB) di tutti i crediti per cui fu emanato il decreto;
 - 2) riguardo al rapporto n. 1 (n. 5508 BANCA) e in relazione al conto corrente in essere sino al dicembre 2008, l'applicazione di interessi ultralegali, anatocismo vietato, commissioni illegittime, valute difformi dalle date contabili. Quanto alle operazioni di sconto effetti (doc. 5 monitorio e 7 attoreo) non sarebbe determinato il tasso mentre la successiva scrittura 3/5/2000 (doc. 8), sulla base della quale sarebbero stati aperti diversi conti n° 6198.32, n° 6520.09, n° 6311163.75, n° 631260.75 e n° 631260.75, non sarebbe idonea all'uopo subendo gli stessi le stesse censure di illegittimità degli interessi, della capitalizzazione, in quanto accedenti sul conto principale 5508.12;
 - 3) lo stesso conto corrente 5508 e tutti i rapporti accessori sarebbero tutti nulli per mancanza di forma scritta ex art. 117 comma I nn. 1 e 3 d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385 e ss. Mod (c.d. TUB) con conseguente obbligo di restituire tutti gli interessi e le competenze relative. In subordine gli oppositori instavano per la sua riliquidazione previa depurazione dall'anatocismo, dalle commissioni e valute;
 - 4) riguardo ai rapporti ex BANCA, il conto 101347/19 (rapporto 2 nell'elenco suindicato) aperto da A. spa nel dicembre 1996 (doc. 8) e i rapporti accessori subiscono le stesse censure di nullità, contestando altresì che il documento depositato faccia riferimento al conto in oggetto e che le condizioni effettivamente applicate rispecchino lo schema contrattuale;
 - 5) quanto in particolare ai rapporti nn. 4 e 5 (SI) gli stessi sarebbero nulli per mancanza di forma scritta ex art. 117 tub cit. in quanto i documenti sono privi della firma di un funzionario bancario;
 - 6) sarebbero del tutto nulle le anticipazioni relative alle scritture disconosciute;
 - 7) riguardo all'apertura di credito 1911347.31 si ripropongono tutte le censure di nullità di interessi ultralegali ecc...
 - 8) illegittimità usurarietà degli interessi ultralegali applicati alle operazioni di sconto e di anticipazione relativi ai rapporti 3) (PI9), 4) e 5) (SI) in quanto non approvati per iscritto e comunque usurari perché con l'applicazione delle poste illegittime da parte dell'Istituto di Credito si sarebbe “..certamente in presenza di un costo del denaro superiore alla soglia dell'usura determinata dal DM 12 dicembre 2006 e successivi aggiornamenti (doc. n. 18)”.
- Gli oppositori hanno quindi chiesto in via preliminare la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto e nel merito la sua revoca oltre al risarcimento del danno.

Si è costituita la banca ingiungente contestando le affermazioni attore ed evidenziando che:

- a) quanto al rapporto 2, il doc. 7 sarebbe idoneo estratto conto ex art. 50 TUB;
- b) quanto ai rapporti 1 e 3 sarebbe idoneo il saldaconto e i contratti depositati, essendo l'art. 50 TUB applicabile anche ai rapporti diversi dal conto corrente;
- c) quanto ai rimanenti rapporti 4 e 5 (SI) la documentazione depositata sarebbe del tutto idonea a rendere la validità dei rapporti;

- d) quanto al rapporto 1 (già BANCA), l'assenza della sottoscrizione del contratto 5508 sarebbe sanata dalla produzione in giudizio da parte della banca che vale accettazione e sarebbe idoneo a individuare il rapporto;
- e) il contratto era in regola con le norme e la giurisprudenza vigente al momento della sua stipula;
- f) gli interessi ultralegali sarebbero altresì regolarmente stipulati così come le modifiche ex art. 118 tub;
- g) il pagamento spontaneo sarebbe irripetibile perché in esecuzione di obbligazione naturale;
- h) mai vi furono contestazioni sino al decreto ingiuntivo con conseguente decadenza dall'impugnazione per mancata contestazione degli estratti conto;
- i) quanto all'anatocismo, lo stesso sarebbe legittimo e comunque lo sarebbe a decorrere dall'aprile 2000 essendosi la banca adeguata alla delibera CICR 9/2/00 e dovendosi ritenere l'intervenuta capitalizzazione paritetica un miglioramento delle condizioni per il cliente ai sensi dell'art. 7 di detta delibera;
- l) le commissioni applicate sarebbero conformi a quelle applicate normalmente dalla banca ai clienti;
- m) la contestazione delle valute non avrebbe fondamento in quanto nessuna norma vieta di applicare diverse valute negli addebitamenti e accreditamenti. Non sarebbero identificate precise violazioni dell'art. 120 tub;
- n) quanto al rapporto 2 e al rapporto 3, sussisterebbe per analoghe ragioni la validità del contratto ex art. 117 TUB avendo la parte dichiarato espressamente di accettare il contenuto del contratto e di riceverne copia;
- o) quanto ai rapporti 3 e 4, la produzione in giudizio sarebbe sufficiente alla loro validità;
- p) quanto alle ulteriori censure d'anatocismo, interessi ultralegali, ecc.. vale quanto già indicato sul conto corrente;
- r) la censura d'usura sarebbe del tutto generica e strumentale.

La convenuta ha comunque eccepito la prescrizione di ogni rimessa anteriore al 25/6/99¹ nonché il difetto di legittimazione attiva dei fidejussori in relazione alle censure che spetterebbero al solo debitore principale A. srl, chiedendo quindi la verifica delle scritture disconosciute, la conferma del decreto ingiuntivo opposto e la reiezione dell'istanza ex art. 649 cpc.

Con ordinanza 2/10/09 il giudice precedentemente assegnatario del procedimento ha accolto l'istanza ex art. 649 cpc. Nelle more del procedimento questo Tribunale in composizione collegiale, con sentenza 27-28/1/2010, dichiarò il fallimento di A. srl sicché il processo fu interrotto il 30/3/2010. Riassunto dagli altri attori e dichiarata la contumacia del fallimento, il giudice suindicato dispose due consulenze tecniche, l'una volta ad accertare l'autografia delle sottoscrizioni disconosciute e la successiva volta alla riliquidazione del conto ex BANCA (rapporto 2) nonché alla verifica della misura degli interessi sui rapporti 4 e 5 (SI). Con ordinanza 19/7/2012 convocò poi nuovamente il CTU contabile dott. BIANCHI per chiarimenti fissando l'udienza del 20/11/12 ma, con provvedimento del 15/9/2012 e nell'ambito di una riorganizzazione dei ruoli, il procedimento fu assegnato al sottoscritto che, all'udienza fissata, dispose la trattazione urgente in deroga all'art. 6 dl 74/12² e ss. modificazioni formulando al CTU la richiesta di

1 Dieci anni prima della domanda

2 Sospensione dei procedimenti a seguito dei terremoti del maggio 2012

chiarimenti succitata, all'esito della quale fu fissata l'udienza di precisazione delle conclusioni.

b) la questione preliminare

Non può condividersi l'eccezione di parte convenuta in ordine alla "legittimazione attiva" dei garanti in ordine alle illegittimità censurate nei confronti del rapporto tra la convenuta e il debitore principale³ trattandosi di nullità che, quantomeno con riferimento all'anatocismo, possono essere rilevate anche d'ufficio.

c) la nullità del decreto ingiuntivo opposto

Come già evidenziato dal giudice precedentemente assegnatario del procedimento nella sua ordinanza 2/10/2010, il decreto ingiuntivo opposto è parzialmente illegittimo per mancanza di prova scritta di parte dei crediti sui quali si fonda. Se è vero che, ai fini dell'integrazione del requisito ex art. 50 TUB non è necessario depositare tutti gli estratti conto a partire dall'apertura del conto, è altresì vero che non è più sufficiente, dopo l'entrata in vigore di tale norma (1993), il mero saldaconto ossia l'attestazione del saldo di tale conto privo delle movimentazioni.

Quanto al rapporto 1, ossia il conto 5508 per anticipi, il doc. 4 è un mero saldaconto che dà atto della debenza di € 106.511,40 e senz'altro non integra il requisito. Ciò appare già sufficiente per la revoca del decreto ingiuntivo opposto senza necessità di analizzare le ulteriori censure sul punto che rileveranno solo per il giudizio d'opposizione. Le conseguenze di tale revoca sono infatti diverse da quelle sostenute dagli attori superstiti⁴. Se è pacifico come nel giudizio d'opposizione l'accertata illegittimità del provvedimento emanato conduce invariabilmente alla sua revoca, la domanda in esso proposta rimane valida essendo compito del giudice dell'opposizione accertare la fondatezza delle ulteriori censure e quindi l'effettiva entità del credito. Quanto alle iscrizioni ipotecarie effettuate sulla scorta della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto, se è senz'altro condivisibile la giurisprudenza citata in comparsa conclusionale (pag. 10) riguardo all'ordine di cancellazione dell'ipoteca⁵, la stessa massima riportata, nella parte non sottolineata, chiarisce come tale cancellazione sia esclusa dall'accoglimento in tutto o in parte della domanda riformulata dal creditore nel giudizio d'opposizione⁶. Si tratta quindi di una comune applicazione del principio di cui all'art. 653 cpv cpc con la conseguenza che le richieste cancellazione o riduzione possono disporsi solo ove il credito sia del tutto infondato ovvero i beni ipotecati abbiano valore sproporzionato rispetto al suo importo.

È però da ritenersi procedibile la sola domanda formulata da parte convenuta contro i fidejussori, atteso che l'intervenuto fallimento del debitore principale determina l'obbligo di far valere le eventuali pretese attraverso il meccanismo

3 Sez. 1, Sentenza n. 25841 del 18/11/2013 (Rv. 628470)

4 Dopo il fallimento del debitore principale

5 Sez. 1, Sentenza n. 12318 del 04/12/1997 (Rv. 510714)

6 Nel caso in esame alla Suprema Corte si trattava di un credito inesigibile e non certo della mancanza di un estratto conto

previsto dall'art. 52 cpv. legge fall. La domanda di condanna della società, oggi fallita, deve quindi ritenersi comunque inammissibile.

d) le ulteriori eccezioni

Parte convenuta ha altresì eccepito la decadenza degli attori dal diritto di censurare gli addebiti nei conti non essendovi stata contestazione ex art. 1832 cc e art. 119/3 tub ma la censura non coglie nel segno atteso che è pacifica la giurisprudenza secondo cui la mancata impugnazione rende inattaccabile il rapporto solo sotto il profilo contabile ma non impedisce di contestare gli addebiti sotto il diverso profilo della loro legittimità⁷. È del pari infondata l'eccezione d'irripetibilità del "pagamento" delle predette somme che si configurerebbero come adempimento di un'obbligazione naturale ex art. 2034 cc. La norma prevede infatti che perché si concreti tale fattispecie occorre che il pagamento sia "spontaneo" mentre le somme di cui è chiesta ripetizione sono autonomamente addebitate e quindi trattenute dalla banca in modo asseritamente indebito o comunque in esecuzione di clausole nulle, non essendo quindi il pagamento in alcun modo ultroneo⁸.

e) il rapporto 2 conto ex BANCA 101347.31

Quanto al rapporto 2, ovvero il contratto di conto corrente doc. 8 acceso presso la BANCA 101347.31 in data 12/12/2006, lo stesso appare integrare perfettamente la forma richiesta, risultando sottoscritto dal cliente E. G. per A. e da un funzionario bancario, lo stesso che ha sottoscritto lo *specimen* delle firme. Infondata è l'eccezione sul fatto che le firme siano sottoposte non al complessivo regolamento contrattuale bensì a una lettera con cui si dichiara di avere ricevuto lo "schema contrattuale". Dal doc. 8 emerge come si tratti in realtà di un unico modulo contenente le condizioni del conto con pagine numerate da 1 a 15 e, nell'ultima pagina, sottoscritto sia dal cliente, due volte ex art. 1341/2 cc, che dal funzionario bancario e senza alcuna limitazione. Del tutto infondata è altresì la censura secondo cui la dichiarazione sarebbe estranea al conto in quanto la dichiarazione di ricevere lo schema riporterebbe un diverso numero (389883). Una lettura più attenta dei moduli consente di rilevare che il numero indicato dagli attori è quello della "pratica" che ricorre su tutte le pagine successive sino a quella di sottoscrizione finale che riportano chiaramente il numero del conto 101347.

Il contratto prevede analiticamente tutte le poste relative ai rapporti tra le parti compresi i tassi creditori e debitori, le spese di tenuta del conto, le commissioni sullo stesso applicate (pag. 1 e 2 di 15) e la capitalizzazione in tempi paritetici degli interessi suindicati (pag. 8 di 15). Alla stregua di tali previsioni che appaiono del tutto in linea con quelle di legge e prive di indeterminatezza, risulta arduo comprendere perché il giudice precedentemente assegnatario del procedimento abbia disposto la riliquidazione del conto 101347.31, rinviando a più oltre quanto riguarda l'applicazione pratica delle condizioni concordate.

Quanto all'anatocismo non sono per nulla condivisibili le argomentazioni formulate da parte attrice in ordine alla presunta illegittimità della delibera CICR 9/2/2000. Come più volte affermato dalla giurisprudenza, tale delibera

7 Sez. 1, Sentenza n. 6514 del 19/03/2007 (Rv. 595689)

8 Che è parola che, contrariamente a quanto si ritiene comunemente, significa etimologicamente: "spontaneo" e non inutile o eccessivo come viene di consueto distorta in ambito giuridico.

è stata adottata in esecuzione dell'art. 25/2 del d. lgs. 342/99 il quale prevede già di per sé come legittima la pratica anatocistica purché sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori che creditori. Il comma terzo dell'art. 25 prevedeva invece una specie di sanatoria generale di tutti gli anatocismi precedenti. La sentenza della Corte Costituzionale 17 ottobre 2000 n. 425, lungi dall'affrontare la questione relativa alla natura degli usi bancari anatocistici, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di quest'ultimo comma e per mero eccesso di delega. Ne deriva che, al di là di considerazioni di carattere politico o sociologico sull'opportunità di regolare in tal modo determinate situazioni, la pratica anatocistica deve ritenersi legittima quando, come nel caso specifico, ricorrano le condizioni di pari periodicità nella capitalizzazione.

Quanto alla censura di mancata applicazione delle condizioni concordate, il consulente tecnico si limita a riferire di documentazione insufficiente a verificare la correttezza dell'applicazione delle valute, peraltro contestate del tutto genericamente, e di addebiti per spese di amministrazione addirittura inferiori a quelle pattuite per contratto⁹. Nella integrazione di consulenza disposta dal giudice precedentemente assegnatario e la cui relazione è stata depositata il 23/1/13 il CTU ha chiarito come, quanto alle spese la banca abbia addebitato la somma di € 766,47 quando per contratto avrebbe dovuto addebitare al cliente € 1.843,49, sicché la banca ha violato il contratto a favore del cliente e a proprio svantaggio applicando commissioni ridotte di oltre la metà di quanto concordato.

Non è peraltro chiaro perché, sulla base di queste condizioni, dovrebbe ritenersi non corretta l'applicazione degli interessi, competenze e spese, essendo comunque il CTU vincolato al quesito come formulatogli da quel giudice che aveva disposto la riliquidazione del conto sulla base dei tassi ex art. 117 tub. La questione è comunque superata e assorbita dai risultati della consulenza tecnica e, in particolare, da quelli riguardanti il conto nel caso in cui sia depurato dalla posizione SI 9382046.12¹⁰, ove risulta che la nuova determinazione determinerebbe uno sbilancio a sfavore del cliente per € 11.776,55. Lo stesso conto, ove invece caricato dei risultati del conto SI di cui al rapporto 5, si ribadisce effettuando una riliquidazione quantomeno discutibile, determinerebbe una differenza a favore del titolare, riducendone il saldo di analoga somma € 11.039,40 (€ 283.916,72 di cui al decreto ingiuntivo e € 272.877,32 riliquidate).

Deve però tenersi conto che, anche nel caso in cui fosse fondata la censura di mancata applicazione delle clausole contrattuali o addirittura dovesse ritenersi fondata, come invece non si ritiene, la censura d'indeterminatezza dei tassi e d'anatocismo operandosi così la riliquidazione ex art. 117 tub senza alcuna capitalizzazione, il risultato sarebbe del tutto indifferente per la presente causa ove il credito verso il debitore principale, ora non più agibile atteso il suo fallimento¹¹, non si riducesse al di sotto delle somme per le quali i garanti, attori superstiti, hanno prestato le loro fidejussioni (per G. € 360.000,00 sul rapporto 1 BANCA, per € 600.000,00 per i rapporti ex BANCA e per la BE. € 150.000,00 sui rapporti ex BANCA).

9 vv. pag. 7 della relazione ove si indica come “le altre voci di spesa indicate per singole operazioni hanno quasi sempre importi inferiori a quelli indicati nel contratto”.

10 vv. pag. 8 della integrazione di relazione tecnica

11 Con conseguente inutilità di rideterminare comunque il credito del debitore principale

f) il rapporto 1 e la prescrizione

Poiché il conto 5508 risulta aperto nel 1996, parte convenuta ha tempestivamente eccepito la prescrizione decennale delle rimesse operate sul conto in epoca precedente il decennio anteriore alla domanda. A tale eccezione è stato risposto che, ai sensi dell'orientamento adottato da Cass. Sez. Unite 24418 del 2010¹², poiché la decorrenza del decennio dipende dalla natura solutoria dei pagamenti, ai sensi dell'art. 2697 cpv cc tale prova incomberebbe su parte convenuta. Come si vedrà la rilevanza di tale questione è modesta nel procedimento presente ma risulta comunque necessario analizzare il problema anche atteso il contrasto tra le parti sul punto.

È noto che la maggior parte dei giudici di merito che si sono occupati della questione ha condiviso l'impostazione attorea e che vi è stato anche un arresto di legittimità in tal senso (Cass. 26 febbraio 2014 n. 4518). Tuttavia questo giudice, come anche gli altri appartenenti alla stessa sezione, ritengono che la tesi sostenuta non sia convincente in quanto basata su presunzioni non provate o comunque bisognosa di approfondimenti. Se infatti non vi è dubbio che ai sensi dell'art. 2697/2 cc l'eccepiente deve provare i fatti su cui la sua eccezione d'estinzione si fonda, non vi è altresì dubbio che in relazione all'azione di ripetizione d'indebito, quale quella in sostanza effettuata da parte attrice quantomeno con riferimento agli addebiti che sarebbero travolti dalla nullità dei rapporti, si applichi il termine di prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 cc. La tesi attorea comporta quindi che parte convenuta, oltre a far rilevare il decorso del termine, dovrebbe provare e indicare la natura solutoria di ogni singola rimessa o, in altre parole, provare l'assenza di quelle ragioni che impedirebbero il decorso della prescrizione. Poiché la pronuncia a sezioni unite citata distingue il decorso della prescrizione, dalle singole rimesse o dalla chiusura del conto, a seconda della natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse medesime, seguendo l'impostazione attorea la banca sarebbe onerata della prova di assenza di tale ultima natura ripristinatoria o, in altre parole, dell'assenza di affidamenti o comunque di aperture di credito che la determinino.

Tale soluzione è l'effetto stridente del criterio adottato dalla Suprema Corte che, pur astrattamente condivisibile, ha creato più problemi di quelli che era chiamata a risolvere in quanto, mutuando una distinzione delineata sin dal 1982¹³ in tema di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente effettuate dal fallito nel c.d. periodo sospetto, ha negato la revocabilità di tali rimesse nel caso le stesse avessero natura ripristinatoria della provvista, dovendo ritenersi tali quelle che attengano al ripristino della somma oggetto d'affidamento. Dovrebbero quindi considerarsi solutorie (e far decorrere la prescrizione) le rimesse che oltrepassino tale somma o che siano effettuate sul conto "scoperto" e che in quanto tali avrebbero invece natura di "pagamenti" in senso stretto¹⁴.

12 Sez. U, Sentenza n. 24418 del 02/12/2010 (Rv. 615490)

13 Cass. 18 ottobre 1982, n. 5413 con innumerevoli conferme sino alla recente Sez. 1, Sentenza n. 16610 del 03/07/2013 (Rv. 627145)

14 Si omette il richiamo alla norma introdotta dal Governo dell'epoca con l'art. 2/61 del d.l. 225/2010 dove, all'evidente fine di "sanare" le situazioni pregresse e con una formula peraltro non chiara, si faceva decorrere la prescrizione dalle "annotazioni" in conto concludendo comunque con un'ampia sanatoria con divieto di ripetizione. Nuovamente la Corte Costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 78 del 5 aprile 2012 dichiarando l'incostituzionalità della norma, questa volta per ragioni di merito, negando il carattere

Nel caso di revocatoria fallimentare la banca convenuta dal curatore ha, secondo il pacifico orientamento giurisprudenziale citato, il rigoroso onere di provare l'esistenza dell'affidamento con il contratto scritto la cui forma è prevista *ad substantiam* dall'art. 117 TUB e non ammette equipollenti, quali la prova testimoniale, il risultato degli estratti conto e neppure la produzione del libro dei fidi tenuto dalla banca¹⁵ ancorché in conformità con la relativa regolamentazione.

La traslazione del principio alla materia dell'indebito comporta un ribaltamento delle posizioni e del loro interesse probatorio sicché la banca, che in materia fallimentare aveva interesse a provare l'esistenza ed entità del fido onde contrastare la revocatoria delle rimesse, nel nostro caso ha invece interesse opposto, ossia che le rimesse avvengano in assenza di affidamenti e quindi, essendo allo scoperto, siano di natura solutoria. Specularmente si pone il (ex) cliente, che vorrebbe invece la ripristinatorietà di tutte le rimesse onerando la controparte della prova della solutorietà. Così facendo si impone alla banca una prova che è del tutto negativa: prova della solutorietà significa infatti prova dell'assenza di un fido, e il principio presenta già numerosi profili critici ponendosi in contrasto con il principio *negativa non sunt probanda*¹⁶. In più, ove si debba adottare lo stesso rigore previsto in materia fallimentare, come sembrerebbe dal ragionamento delle Sezioni Unite, dovrebbe ritenersi necessaria una prova positiva del contratto di apertura di credito o comunque dell'affidamento secondo la prova scritta prevista a pena di nullità dall'art. 117 TUB e ritenere inammissibile ogni equipollente. Alla nullità dell'apertura di credito conseguirebbe la "solutorietà" di tutte le rimesse.

Alla stregua di tali argomentazioni e ove le stesse non risultino errate, non si può condividere l'orientamento ripetutamente richiamato da parte attrice volto a deferire tale prova negativa in capo alla banca e non solo per la difficoltà di fornire la prova dell'inesistenza di un fatto ma per i presupposti su cui la tesi si baserebbe. Al di là infatti delle numerose pronunce di merito che si limitano ad affermare il principio senza punto chiarire da dove lo si dovrebbe ricavare¹⁷, va ricordata la sentenza di legittimità 4518/14 che, asserendo anch'essa come in sostanza la solutorietà delle rimesse debba essere provata da cui intende farvi decorrere la prescrizione, fonda la sua convinzione sull'affermazione secondo cui le rimesse in un conto corrente "hanno normalmente funzione ripristinatoria". Ne deriva che la I sezione, senza minimamente entrare nell'annoso problema della natura del contratto di conto corrente¹⁸, ritiene ad essa connaturata la presenza di affidamenti al

d'interpretazione autentica alla norma stessa e ribadendo l'assetto fissato dalle Sezioni Unite del 2010.

15 Sez. 1, Sentenza n. 13445 del 20/06/2011 (Rv. 618398)

16 Che ammette senz'altro eccezioni vv. Cass. 9 giugno 2008, n. 15162 ma che, in quanto eccezioni a un principio, dovrebbero essere stabilite dalla legge.

17 vv. ad esempio Tribunale di Pescara 24/6/2013 che si limita a richiamare Tribunale di Taranto, 28 giugno 2012; cfr. altresì Tribunale di Campobasso, 22.04.2012 e Tribunale di Novara, 01.10.2012, o Tribunale Prato 1/3/2013, che si limita a richiamare Trib. di Napoli, Sez. XI, Sent. N. 1467 del 6/2/2012 Trib. Aosta, sent. 2/3/2012, n. 96; Trib. Taranto, sent. 445 del 3/3/2011 Trib. e Roma, Sez. XI, Sent. N. 20994 del 26/10/2011

18 È ritenuta infatti del tutto superata la teoria della reciproca concessione di credito prevalendo oggi quella del contratto normativo o secondo alcuni la compensazione reciproca

punto da stabilire una presunzione *iuris tantum* di ripristinatorietà ex art. 2727/2729 cc fondata non si sa bene su quale fatto, norma o principio. È appena il caso di ricordare che ove un conto corrente presenti sempre saldi attivi parrebbe esclusa ogni ripristinatorietà delle rimesse e ogni presunzione relativa. Anche la Corte d'Appello di Brescia si è pronunciata sul punto¹⁹ richiamando semplicemente la pronuncia di legittimità, evidentemente condividendola, e senza ravvisare la necessità d'approfondire la questione.

Del pari la presenza di scoperti di conto corrente non consente di evincere automaticamente la presenza di affidamenti. È noto che qualche giudice di merito ha ravvisato, in scoperti persistenti, l'esistenza di un "affidamento di fatto" che sarebbe di per sé idoneo a far presupporre la ripristinatorietà delle rimesse. Anche qui però ci si scontra con la previsione della norma che prevede la nullità ex art. 117 TUB dei contratti bancari non redatti per iscritto negando ogni valore a un contratto "di fatto". Se ciò vale per il contratto di conto corrente, dovrebbe valere anche per i contratti di apertura di credito ex art. 1842 e ss. cc (salvo quanto previsto in casi particolari dallo stesso art. 117 TUB) con conseguente nullità dell'affidamento e solutorietà di tutte le rimesse.

In attesa di ulteriori approfondimenti giurisprudenziali che affrontino il problema e forniscano soluzioni convincenti pare quindi doversi confermare l'orientamento già adottato da questo Tribunale dopo la sentenza a sezioni unite secondo cui la banca adempie al proprio onere di prova dell'eccezione allegando e deducendo il decorso del termine decennale dalla rimessa spettando invece a chi vuol far valere un decorso successivo, e quindi una diversa natura della rimessa, la prova della sua ripristinatorietà. Pare a questo giudice che così non si cada da una presunzione apodittica all'altra, poiché la rimessa è senza dubbio un fatto certo e contabilizzato, in quanto tale astrattamente idoneo a far decorrere i termini prescrizionali ad esso relativi. Si pone invece come eccezione, e quindi da provare, il suo inquadramento in una fattispecie di affidamento che ne dia una diversa interpretazione facendo decorrere la prescrizione non dall'illecito addebito che si vuole ripetere, ma da uno successivo (chiusura del conto).

Deve quindi ritenersi che siano prescritte tutte le rimesse operate sul conto di cui al rapporto 1 dalla sua accensione sino al 29/5/99, ossia dieci anni prima della domanda giudiziale che, avendo effetto interruttivo, esclude dalla prescrizione le rimesse operate successivamente.

g) il rapporto 1, le altre censure.

Tornando alla valutazione del conto di cui al rapporto 1, non è accoglibile l'eccezione di nullità con riferimento al conto, documentato sub 5. Se infatti deve convenirsi che si tratti di contenuto contrattuale che riguarda servizi d'incasso o di accettazione degli effetti, documenti, assegni sull'Italia e sull'estero, deve ritenersi che l'individuazione del conto, come risulta dal frontespizio e le clausole ivi indicate costituiscano idonea documentazione scritta del conto stesso. Nel caso specifico poi, la produzione in giudizio da parte dell'istituto di credito costituisce accettazione e supplisce alla carenza di firma di un funzionario bancario, atteso che la stessa è intervenuta prima. Va infatti ricordato che in questo caso il conto fu acceso con la stessa BANCA e quindi non con una diversa società poi incorporata.

Sono invece fondate le eccezioni relative alla mancata individuazione dei tassi e della capitalizzazione con riferimento al conto in oggetto. Quanto

19 n. 736/14 Manifattura Tessile Ballasina c. Banco Credito Cooperativo

all'indeterminatezza dei tassi è ormai pacifico che ogni rinvio agli usi non sia idoneo a integrare la fattispecie contrattuale e che occorra fare riferimento al meccanismo specificamente previsto dall'art. 117 del TUB. Quanto all'anatocismo vietato, va accolta la tesi attorea volta a sancire l'irrilevanza dello spontaneo adeguamento, nell'aprile 2000 e da parte della banca, alla previsione della citata delibera CICR poiché non può essere considerato miglioramento delle condizioni, ai sensi dell'art. 7 della stessa delibera, il passaggio da un sistema di capitalizzazione nullo, e quindi da riliquidarsi senza alcuna capitalizzazione²⁰, e un sistema di capitalizzazione paritetica trimestrale. Il credito garantito va così ridotto nella misura calcolata dal CTU in relazione al conto in oggetto, tenuto conto quanto già detto in tema di prescrizione. Secondo i risultati della consulenza tecnica riportati a pag. 16 della relativa relazione, il saldo al 31/12/2008 ricalcolato con i conteggi dal 25/9/99 determina un saldo a favore del cliente maggiore di € 55.605,41 (€ 57819,89- € 2148,70) rispetto a quanto indicato dalla banca.

h) il rapporto 3 ossia il PI9

Si tratta di un rapporto relativo a saldi a valere salvo buon fine ritornati insoluti. Lo stesso è regolarmente documentato con il doc. 10, sottoscritto in data 12/1/07, in modo analogo a quanto stabilito per il conto corrente stipulato con Banca Agricola Mantovana. Lo stesso risulta sottoscritto dal cliente e dallo stesso funzionario della banca nella sezione relativa alla ricezione di copia dello "schema contrattuale", da ritenersi equivalente alla sottoscrizione del contratto, e nuovamente e doppiamente sottoscritto dal cliente e dal funzionario a pag. 12. L'importo di quanto dovuto appare certificato delle singole anticipazioni per un totale di € 198.579,36, ov'è indicata anche la destinazione delle somme nel conto 101347. L'importo suindicato di fatto non è disconosciuto, atteso che non vi è specifica contestazione che quelle anticipazioni siano state fatte e che gli effetti siano tornati insoluti. Al di là infatti del generico riferimento ad un onere probatorio di controparte non vi è mai una contestazione specifica di avere ricevuto quel denaro e che gli effetti sono rimasti insoluti con il che, ex art. 115 cpc, deve ritenersi pacifica la circostanza.

In ogni caso la ctu contabile (pag. 9) ha accertato come le anticipazioni relative ai 4 insoluti di cui alla certificazione doc. 9 sono stati effettivamente accreditati sul conto 101347.31 e poi non sono stati successivamente riaddebitati in esso con il che il credito è pacificamente esistente.

Con riferimento a tali poste, destinate sul conto corrente citato, non hanno fondamento le paritetiche eccezioni di anatocismo, capitalizzazione ecc.. perché mai addebitate come si è detto.

Lo stesso CTU ha quindi concluso, previa liquidazione ex art. 117 tub, per l'esistenza del debito di € 198.579,36 più gli interessi ammontanti a € 273,83. Del tutto indeterminata l'eccezione di usurarietà che l'attore riterrebbe sussistere "certamente" solo per la presenza di tali presunte nullità, e ciò anche per ciò che concerne i rapporti successivi (4 e 5).

i) i rapporti SI nn. 4 e 5.

Si è già indicato di come l'attore E. G. abbia disconosciuto la sua sottoscrizione sui docc.

20 vv. la già citata Cass. SS.UU. 24418 del 02/12/2010

- n. 12, ossia la richiesta di anticipazione del rapporto n. 4 (SI 9382146,15) limitatamente alla richiesta 28/11/07 di anticipazione di € 79.423,30 (ultimo foglio doc. 12);

- n. 14, con riferimento alle richieste del rapporto n. 5 (SI 9382046,12):

a) 17 o 27/1/09 di anticipazione di € 37.506,00;

b) 16/1/09 di anticipazione di € 90.000,00;

c) 15/4/08 di anticipazione di € 21.909,10.

Ne deriva che tutte le altre richieste d'anticipazione devono ritenersi ritualmente sottoscritte e pertanto incontestate.

A fronte delle quattro firme disconosciute la consulenza tecnica grafologica, come risulta dalla relazione depositata il 8/8/11, ha riconosciuto l'autografia delle prime due e dell'ultima, sancendo invece la falsità della sottoscrizione individuata come X3 ossia quella di cui sopra alla lettera b) e definita dalla consulente a pag. 3 della relazione come sottoscrizione apposta con penna biro su modulo²¹ richiesta a BANCA di anticipazione relativa alla fattura n. 148/08. Deve però convenirsi con parte convenuta sul fatto che, pur non potendo tenere conto di tale sottoscrizione, sul retro del modulo vi è altra sottoscrizione del G. quale mittente della richiesta²² che non è stata disconosciuta. Ne deriva che, non essendo contestata altra e diversa alterazione del documento, deve ritenersi che quando il G. ha sottoscritto per invio quale mittente la richiesta d'anticipazione il suo contenuto non fosse dissimile, a prescindere dalla sottoscrizione sul verso, da quella oggi in atti. Ne deriva la totale irrilevanza della falsità accertata dal CTU.

Per le altre questioni si ribadisce che non vi sono contestazioni specifiche che possano rendere inefficaci le documentazioni in atti a provare l'entità del credito oggetto d'ingiunzione, peraltro accertate anche dalla CTU contabile come si vedrà subito.

Con particolare riferimento al rapporto 4 (SI 9382146,15) il CTU ha accertato come anche lo stesso acceda al conto corrente 101347.31 ma come sul conto siano avvenuti solo gli accrediti e non gli addebiti per effetti poi insoluti con conseguente sussistenza del credito della convenuta. Poiché effettivamente risulta indeterminato il tasso e non son pattuiti gli interessi ultralegali, deve condividersi il calcolo operato dal CTU in ossequio al quesito postogli che, riliquidando il rapporto, ha determinato il credito, originariamente quantificato dalla banca in € 142.053,39 in una somma ancora maggiore e ammontante a € 145.136,76 comprensiva di interessi passivi per € 4.176,94.

Con analogo riferimento al rapporto 5 (SI 9382046,12) il CTU ha accertato come anche lo stesso acceda al conto corrente 101347.31 ma come sul conto siano avvenuti solo gli accrediti e non gli addebiti per insoluti con conseguente sussistenza del credito della convenuta. La riliquidazione operata dal CTU ha la stessa finalità e l'ausiliario ha determinato il credito, originariamente quantificato dalla banca in € 283.916,72 in una somma ancora maggiore e ammontante a € 285.511,14 comprensiva di interessi ex art. 117 tub quantificati in € 3.064,38.

21 Nella sottoscrizione successiva il CTU ha dato atto di avere analizzato la sottoscrizione "sul retro" del modulo (vv. pag. 3) con il che si ha conferma che, nel caso specifico, la firma non autografa è quella sul fronte del modulo.

22 Al fine del conferimento di data certa

l) conclusioni

Operando la somma algebrica degli importi dovuti da A. sui conti ex BANCA come riliquidati si ottiene un credito della banca ammontante a € 646.170,45 (posizioni ex BANCA). Questo però ove si convenisse sulla riliquidazione del rapporto 2 che, come si è visto, deve invece ritenersi del tutto legittimo. Anche quindi ove si convenisse sulla quantificazione suindicata, in un qualche modo fatta propria anche dalla convenuta nella sua comparsa conclusionale, dedotta la somma residua del conto 5508 (€ 55.605,41) e aggiunto il debito per il rapporto di portafoglio (doc. 4 € 106.511,40) si perverrebbe a un debito di A. di € 697.076,44. Di questi, come si è visto, € 646.170,45 sono relativi ai conti ex BANCA, e € 50.905,99 per il conto BANCA come riliquidato.

Ne deriva che, poiché G. risponde di fidejussioni per € 360.000,00 per i debiti originariamente con BANCA (doc. 6 - fidejussione rilasciata prima della fusione) e di € 600.000,00 per i debiti ex BANCA (doc. 15) mentre la BE. risponde di € 150.000,00 per i soli debiti ex BANCA (doc. 16), di fatto la parte di decreto ingiuntivo che li riguarda è leggermente ridotta per il G. e intonsa per la BE.. Sommando infatti le due poste a carico del G. si arriva a € 697.076,44 mentre per la BE. ci si ferma comunque a 150.000,00. Ne deriva che il G. dovrà essere condannato al pagamento di € 600.000,00 per i debiti ex BANCA e di € 50.905,99 per quelli BANCA per un totale di € 650.905,99 mentre per la BE. va confermata la posta indicata nel decreto ingiuntivo.

Naturalmente tali aggiustamenti hanno sì scarsa rilevanza nel complesso da non incidere in alcun modo sulle ipoteche giudiziali iscritte a carico dei garanti. Del tutto infondata è quindi anche la domanda risarcitoria in relazione alla presunta illegittimità delle iscrizioni.

m) le spese

Il procedimento ha concretato l'accoglimento dell'opposizione per ragioni per lo più formali, ma anche l'accoglimento della quasi totalità della domanda di parte convenuta ingiungente. Se parte delle eccezioni attoree si sono rivelate fondate, dall'altra parte le stesse non hanno avuto soverchia rilevanza nell'economia del giudizio atteso che gli attori rimasti rispondevano solo parzialmente del debito. A ciò si aggiunga che la condotta processuale volta a disconoscere ingiustamente tre firme autografe su quattro non depone a favore dell'attore G..

Ne deriva una sostanziale situazione di soccombenza reciproca che comporta, ex art. 92 cpc, la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Sulle domande proposte da A. srl, E. G. e G. BE. contro Banca Monte dei Paschi di Siena spa, uditi i procuratori delle parti, ogni altra istanza ed eccezione respinta, così provvede:

- accoglie la domanda di E. G. e G. BE. e, per l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo opposto;
 - dichiara inammissibile la domanda di condanna di A. srl, oggi fallita, formulata da parte convenuta;
 - in accoglimento di domanda di parte convenuta, condanna E. G. e G. BE. al pagamento, in solido tra loro e a favore della convenuta Banca Monte dei Paschi di Siena spa, nella persona del rappresentante legale, della somma di € 650.905,99 limitando per G. BE. l'importo dovuto a € 150.000,00.
- Compensa tra le parti le spese del procedimento, ponendo definitivamente le spese delle consulenze tecniche a carico, per metà ciascuno, degli attori e della convenuta.

Così deciso in Mantova, 11 giugno 2014