

Il cliente deve attivarsi per documentare l'usurarietà del tasso di interesse bancario

Tribunale di Taranto, 15 settembre 2015. Relatore Claudio Casarano.

Conto corrente bancario – Tassi usurari – Onere probatorio – A carico del correntista attore

La nullità del tasso debitorio, quando è il correntista ad agire in ripetizione, diviene un fatto costitutivo della domanda la cui prova, ex art.2697 c.c.,deve essere fornita dall'attore.

Deve quindi il correntista attivarsi ex art.119 T.U.B. per acquisire i documenti mancanti; e in caso di inerzia della banca, se del caso esperire l'azione monitoria, quando è in grado di dimostrare la loro esistenza.

Così come l'iniziale saldo negativo per il correntista attore non può essere tradotto in saldo zero, dal momento che la mancanza di documentarne che ne permetta il ricalcolo rappresenta una conseguenza ineludibile del mancato assolvimento dell'onere probatorio a carico del correntista ex art.2967 c.c. ma anche ex art.119 T.U.B..

Conto corrente bancario – Tassi usurari – Nullità – Ricalcolo dei tassi – In caso di documentazione incompleta – Criteri

Deve ritenersi in linea di principio che la mancanza di alcuni estratti conto di per sé non impedisca il ricalcolo del saldo, fatti salvi i casi in cui il dato mancante sia così significativo da rendere fallace il ricalcolo delle competenze dovute.

(Massime a cura di Chiara Bosi – Riproduzione riservata)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI TARANTO - II SEZIONE

In composizione monocratica, dott. Claudio Casarano
Ha pronunciato la seguente

SENTENZA NON DEFINITIVA

nella causa civile iscritta al n. 1383 R.G. anno 2011 Affari Civili
Contenziosi promossa da:

S S - rappresentata e difesa dall'Avv. *;

CONTRO

MPS GESTIONE CREDITI BANCA S.p.A. – rappresentata e difesa dall'avv. *

OGGETTO: "Altri contratti bancari..."

Conclusioni: le parti rassegnavano quelle in atti e qui da intendersi riportate.

MOTIVI DELLA DECISIONE

IL FONDAMENTO DELLA DOMANDA, LA DIFESA DELLA BANCA ED IL PROCESSO

La sig.ra Sara S con atto di citazione notificato in data 07.03.2011 conveniva in giudizio la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. allo scopo di veder pronunciata l'invalidità totale e/o parziale del contratto di conto corrente ordinario n°4893/H *acceso nel 1990* presso l'ex Banca Nazionale dell'Agricoltura (oggi MPS) Filiale di Massafrà.

L'istante precisava che *nel 1999* quest'ultima mutava la propria ragione sociale in Banca Antoniana Popolare Veneta e l'originario conto veniva diversamente identificato con il n. 10564 W, senza che venisse meno la sua unicità giuridica.

Il conto veniva poi chiuso il 21-05-2001.

A fondamento della domanda l'attrice sosteneva in primo luogo che era stato applicato un tasso di interesse debitorio illecito, per non essere stato pattuito per iscritto o perché veniva fatto il vietato generico rinvio agli usi su piazza.

Spesso era addirittura divenuto maggiore del tasso - soglia ai sensi e per gli effetti della L.108/96.

L'attrice lamentava anche l'applicazione di interessi anatocistici in violazione dell'art. 1283 c.c..

Contestava infine l'illegittimo e pregiudizievole esercizio dello *ius variandi*, addebiti di spese, di c.m.s. ed il conteggio di giorni – valuta, peraltro non pattuiti.

L'attrice concludeva per la condanna della convenuta alla ripetizione della somma di euro 51.653,158 o di altra somma da determinarsi con apposita perizia contabile.

La banca si costituiva in giudizio contestando i fatti costitutivi della domanda, ed a tal proposito ricordava come dovesse gravare sulla controparte l'onere probatorio in materia; eccepiva poi la prescrizione.

L'istruttoria s'incentrava sull'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. impartito alla banca convenuta ed avente a oggetto una copia del contratto di conto corrente e degli estratti conto mancanti relativi al periodo 2000-2001, posto che con lettera racc. a/r del 23.10.2010, inviata ai sensi dell'art. 119 e segg. del T.U.B., invano la correntista aveva provato ad acquisire i predetti documenti prima dell'introduzione del giudizio.

La banca si limitava a produrre i riassunti scalari relativi al periodo dal 31-03-1999 al 31-05-2001; giustificava poi il mancato reperimento di altra documentazione anche per il lungo termine trascorso.

Veniva poi disposta perizia contabile.

All'udienza del 20.05.2015, precisate le conclusioni, la causa veniva riservata per la decisione, con l'autorizzazione al deposito di note conclusionali e memorie di replica ex art. 190 c.p.c.

L'ONERE DELLA PROVA EX ART. 2697 C.. RIGUARDA ANCHE LA DOMANDA DI NULLITÀ DI CLAUSOLE DI CONTO CORRENTE BANCARIO

L'attrice non produceva copia del contratto e quindi ex art. 2697 c.c. deve ritenersi che non abbia assolto all'onere di provare l'assenza in contratto della previsione scritta di un tasso convenzionale o che vi fosse stato un rinvio agli usi su piazza.

In altri termini non può dirsi nullo il contratto sotto il profilo della mancata osservanza della forma scritta, quanto alla previsione del tasso debitorio; né è dimostrabile la genericità della sua indicazione, per il mero rinvio agli usi su piazza.

La nullità infatti quando è il correntista ad agire in ripetizione diviene un fatto costitutivo della domanda, la cui prova, secondo la regola codicistica generale sopra evocata, deve essere fornita dall'attore.

COME SOPPERIRE ALLA MANCATA DISPONIBILITÀ DEL DOCUMENTO CONTRATTUALE DA PARTE DEL CORRENTISTA?

IL POSSIBILE RICORSO ALL'ART. 119 DEL T.U.B. ED ART. 210 – 116 C.P.C.

L'art. 119, IV co., del T.U.B. così recita:

“4. Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Al cliente possono essere addebitati solo i costi di produzione di tale documentazione”.

A rigore la norma concerne i soli documenti contabili ma non sembra che vi siano ostacoli a che si possa estendere la portata di questa disposizione anche allo stesso contratto.

Si tratterebbe infatti di perseguire più pienamente il meritevole interesse della trasparenza bancaria.

La norma deve ritenersi che si applichi anche ai contratti in corso, come quello qui in esame.

Il precetto della norma si traduce nella regola per cui solo per dieci anni dalla loro formazione i documenti inerenti un rapporto bancario debbano essere conservati dalla banca.

Con la conseguenza che quando il correntista intende proporre una causa bancaria e non abbia copia del contratto o documenti contabili, *massime* estratti – conto, deve attivarsi prima del giudizio per precostituirsi la prova documentale dei fatti che fonderebbero le asserite nullità; ad essere altrimenti la causa finirebbe con l'aver la vietata natura esplorativa.

Deve quindi il correntista attivarsi ex art. 119 T.U.B. per acquisire i documenti mancanti; ed in caso di inerzia della banca se del caso esperire l'azione monitoria, quando è in grado di dimostrare la loro esistenza.

Se però si tratta di documenti risalenti ad oltre dieci anni prima, la banca può utilmente eccepire di non possederli più, in quanto distrutti.

Così accadeva per il caso in esame per la copia del contratto, posto che risaliva addirittura al 1990; mentre i documenti contabili infradecennali la banca li produceva in giudizio dopo l'ordine ex art. 210 c.p.c.-

Se invece si tratta di documenti di formazione infradecennale ed il correntista opta per l'immediato ricorso all'azione di merito, anziché per quella in forma specifica tesa alla consegna dei documenti, il rischio è di fare ugualmente un buco nell'acqua, se poi la banca non esegue l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c..

Beninteso fatta salva la possibilità di trarre argomenti di prova ex art. 116, II co., c.p.c..

Solo che tale prova critica è praticamente inapplicabile per gli estratti – conto, considerata la loro natura tecnica complessa; ed anche per il contratto, non potendosi, almeno di regola, ammettere per la semplice inosservanza dell'ordine ex art. 210 c.p.c. la prova della mancata pattuizione di un tasso debitorio o la sua genericità.

Non può allora ritenersi che si sia configurata una nullità del tasso debitorio, per mancata pattuizione scritta o per sua generica indicazione. Così come, applicando lo stesso principio in un caso consimile, l'iniziale saldo negativo all'1-04-1990 di – euro 7.117,93 per la correntista attrice non può essere tradotto in saldo zero, dal momento che la mancanza di documentazione che ne permetta il ricalcolo rappresenta una conseguenza ineludibile del mancato assolvimento dell'onere probatorio a carico del correntista ex art. 2697 c.c.; ma anche ex art. 119 T.U.B., trattandosi di documentazione che la banca non era tenuta a conservare, per essere di formazione ultradecennale.

LA VARIAZIONE COSTANTE DEL TASSO: LA SANZIONE DELLA NULLITÀ DEL NUOVO TASSO DEBITORIO, E DELLE ALTRE FORME DI REMUNERAZIONE DEL CREDITO, NON POTENDO APPLICARSI LA LEGGE 154 DEL 1992 E D.LGS. N. 385-1993

E' pur vero che la banca variava il tasso di interesse trimestralmente, come evidenziava il CTU, senza osservare alcuna prescrizione formale.

Come a dire che il tasso debitorio, che pure deve supporre come originariamente pattuito per quanto sopra detto, di fatto veniva disapplicato.

Ora deve ricordarsi che il contratto dedotto in giudizio per essere stato stipulato nel 1990 non è soggetto alle leggi n. 154-1992(la cui data di entrata in vigore è da ritenersi il 09-07-1992) e 385-1993(entrata in vigore l'01-01-1994); quindi per individuare le prescrizioni formali riguardanti la convenzione sugli interessi, e su ogni altra forma di remunerazione equivalente, e cioè spese, c.m.s. e valute, occorre aver riguardo all'art. 1284, III co., c.c.: "Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale".

Per i tassi allora in concreto applicati, al pari delle altre forme di remunerazione del credito equivalenti, a partire dai trimestri per i quali risultano gli estratti conto, la forma scritta imposta dalla predetta norma codicistica non si è in concreto data e quindi vanno applicati solo gli interessi legali; tanto sia dal lato attivo sia dal lato passivo, non potendosi applicare la diversa regola sui Bot, perché sopravvenuta rispetto al contratto in esame.

Viceversa il CTU applicava i tassi legali prima dell'entrata in vigore delle predette leggi in materia bancaria e poi i tassi BOT annuali.

Sia pure per altra via interpretativa (*iura novit curia*) dunque si perviene alla pronuncia di nullità dei tassi debitori applicati di fatto nei trimestri

individuati in citazione, oltre che per le spese, c.m.s. e giorni – valuta(così sul punto il CTU: “*Altro aspetto importante da sottolineare è la presenza dell’effetto valuta*”: la Banca, infatti, rendeva disponibili le somme “avere” o dichiarava indisponibili le somme “dare” in giorni differenti (successivi e precedenti) il giorno di effettuazione dell’operazione.”

LA PROVA DELLA CAPITALIZZAZIONE

Risultava pacifica l’applicazione della capitalizzazione trimestrale, per il cui accertamento non occorre la produzione del contratto, essendo vietata la sua applicazione concreta.

Spettava poi alla banca dimostrare che fosse stata pattuita per iscritto con la condizione di reciprocità; onere che tuttavia nel caso di specie non veniva assolto.

L’AZIONE DI RIPETIZIONE E L’ECCEZIONE DI PRESCRIZIONE: RIMESSE SOLUTORIE?

Dopo la statuizione sulle nullità contrattuali, si apre l’esame dell’azione di ripetizione.

Si deve premettere che il conto corrente è stato chiuso pacificamente in data 22.05.2001,

mentre il relativo atto di citazione per cui è causa è stato notificato in data 07.03.2011.

In materia come è noto il *dies a quo* cambia a seconda di come si considera la rimessa effettuata del cliente sul conto: se ripristinatoria, occorre aver riguardo alla chiusura del conto; se invece è solutoria, ossia si sia trattato di un vero pagamento, occorre aver riguardo alla data in cui veniva eseguito.

Proprio perché questa distinzione è da considerarsi ormai diritto vivente, s’impone comunque per la banca convenuta l’onere di individuare sin dalla comparsa di costituzione e risposta la rimessa solutoria – o al più nella prima memoria di precisazione ex art. 183, VI co., c.p.c..

Giammai potrebbe ammettersi che il tema di indagine sia differito alla fase istruttoria e cioè rimettere il compito al CTU, proponendogli apposito quesito.

Non avendo la convenuta assolto a siffatta prescrizione processuale, l’eccezione deve considerarsi generica e quindi inammissibile.

La difesa della banca opinava però che il conto fosse privo di affidamento e quindi tutte le rimesse fossero da considerarsi solutorie.

La tesi non può essere accolta, posto che, come osservava il CTU, la storia ultradecennale del conto corrente ha visto ripetuti saldi negativi, anche di rilevanti importi, per i quali mai la banca ha inteso anche soltanto mettere in mora il cliente richiedendo il suo pagamento.

Si va ben oltre cioè la c.d. *mera tolleranza* di un saldo negativo non autorizzato, che ovviamente non avrebbe fatto modificare la natura della successiva rimessa.

Per di più la banca applicava anche c.m.s., che nei trimestri variavano: come a dire che la banca implicitamente manifestava la volontà di dare esecuzione ad una forma di conto corrente affidato.

Si versa insomma in una forma di contratto di fatto, ossia di un affidamento di fatto concesso dalla banca all’attrice, senza peraltro alcun limite di fido.

Né peraltro all'epoca della stipula del contratto era prescritta la forma scritta *ad substantiam*, la cui osservanza imperativa avrebbe potuto rappresentare un ostacolo alla configurabilità di un contratto per *facta concludentia*.

IL TASSO USURARIO SOPRAVVENUTO E LA INDIVIDUAZIONE DELLA SANZIONE APPLICABILE

IL CTU (calcolato secondo la formula indicata dalla Banca d'Italia nelle sue periodiche circolari inserendo, però, correttamente anche le cms tra gli oneri pagati dal correntista per l'ottenimento del credito, trattandosi di un costo che si sommava al tasso debitorio) accertava il superamento del tasso - soglia di riferimento sia nel 2° trimestre 1997 che negli anni 1999, 2000 e 2001 come da allegata tabella di calcolo.

Tuttavia errava il perito quando applicava la sanzione ex art. 1815, II co., c.c., ossia escludendo ogni forma di interesse.

Infatti siffatta più drastica sanzione si applica quando il tasso è pattuito, mentre nel caso in esame, come sopra si è evidenziato, l'applicazione delle diverse forme di remunerazione avveniva unilateralmente da parte della banca e a rapporto già in essere.

Non potendosi applicare il tasso nei limiti del tasso soglia, per il fatto che il tasso debitorio, e le altre forme di remunerazione ad esso equivalenti, non venivano concordati nella forma prescritta, seguirà anche per tali periodi l'applicazione del tasso legale e non la più grave sanzione ex art. 1815, II co., c.c., ossia nessun tasso(nel diverso caso in cui fosse stato rispettata la forma scritta, sarebbe stato applicabile il tasso convenzionale lecito, e cioè sempre nei limiti del tasso – soglia(e non, peraltro, quello coincidente con questo puramente e semplicemente).

I TRIMESTRI PRIVI DI DOCUMENTAZIONE CONTABILE

Il CTU individuava tre trimestri nel periodo 1991-1996 per i quali risulta carente la documentazione contabile.

Da qui due tesi contrapposte: secondo la difesa attrice occorre procedere ugualmente al ricalcolo facendo un'operazione di raccordo per dare continuità al rapporto; secondo la difesa convenuta il CTU non avrebbe dovuto effettuare il ricalco se non da quando la documentazione contabile risultava completa e cioè dal IV trimestre 1996.

Deve ritenersi in linea di principio che la mancanza di alcuni estratti - conto di per sé non impedisca il ricalcolo del saldo, potendo le operazioni del perito prendere le mosse dai saldi iniziali del trimestre immediatamente ad essi successivo.

Fatti salvi i casi in cui il dato mancante sia così significativo da rendere fallace il ricalcolo delle competenze dovute.

Il che però non si dava nel caso di specie, posto che erano solo tre i trimestri non coperti da documentazione contabile, e dai saldi iniziali dei trimestri immediatamente successivi non si desumeva l'esistenza di movimenti significativi: i primi due erano addirittura positivi per il cliente.

La causa va allora rimessa sul ruolo dovendosi effettuare il ricalcolo secondo queste più corrette indicazioni: 1) consideri il CTU il conto come affidato; 2) tenga conto del saldo al 01-04-1990 di euro - 7.117,93; 3) operi per i tre trimestri privi di documentazione con i raccordi contabili effettuati, ossia conteggiando i saldi iniziali del trimestre successivo a quello privo di documentazione, sia nel caso in cui siano positivi sia nel

caso in cui siano negativi; 4) escluda ogni forma di capitalizzazione e di remunerazione: tasso debitorio applicato, spese, c.m.s. e giorni valuta; applichi sia dal lato attivo sia dal lato passivo gli interessi legali ex art. 1284 c.c.; in caso di superamento del tasso – soglia, applichi gli interessi legali.

Spese al definitivo.

P.T.M.

Pronunziando non definitivamente sulle domande proposte dalla sig.ra Sara S, con atto di citazione regolarmente notificato, nei confronti della MPS Gestione Crediti Banca, rigettata ogni altra domanda ed eccezione così provvede:

Accoglie la domanda di nullità e dichiara non dovute le somme a titolo di tasso debitorio, spese, c.m.s. e giorni valuta;

Rigetta l'eccezione di prescrizione;

Dispone come da separata ordinanza per il ricalcolo del saldo di conto corrente dedotto in giudizio;

Spese con la sentenza definitiva.

TARANTO, 15-09-2015

Il Giudice – dott. Claudio Casarano