



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Pavia
SEZIONE TERZA

Il giudice designato Dott. Laura Cortellaro, all'esito dell'udienza del 16.1.2018
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA ex art 702ter c.p.c.

nella causa civile cautelare iscritta al N. 6267/2016 R.G. promossa da:

con il patrocinio degli avv. TORTI BARBARA e , con
elezione di domicilio in viale Libertà 14/e 27100 PAVIA presso avv. TORTI BARBARA;

RICORRENTE

contro:

Pavia

RESISTENTI

RILEVATO

che con ricorso ex art. 702bis la parte ricorrente ha convenuto in giudizio la resistente per vedere accertata la nullità parziale del contratto oggetto di causa e rideterminazione del saldo, nonché, in seguito alla chiusura del conto, per sentirla condannare alla restituzione delle somme indebitamente addebitate e/o riscosse, alla luce della nullità delle clausole anatocistiche, commissioni di massimo scoperto e spese non pattuite;

che, la resistente si è costituita chiedendo il rigetto delle domande, eccependo preliminarmente l'inammissibilità delle domande, la prescrizione del diritto vantato e, nel merito, l'infondatezza della pretesa e, in via riconvenzionale chiedendo la condanna di

il pagamento del saldo debitorio del conto e del finanziamento;

che la presente controversia sia – dopo il deposito della perizia tecnica – matura per la decisione;



RITENUTO PRELIMINARMENTE

Che parte ricorrente abbia instaurato il presente giudizio, sommario, proponendo domanda di mero accertamento finalizzata alla rideterminazione del saldo del conto; che, tuttavia, nelle more, il conto corrente è stato chiuso su iniziativa della banca - che ha altresì segnalato la ricorrente presso la Centrale Rischi - pertanto, ha richiesto la condanna della Banca alla restituzione di tutte le somme indebitamente trattenute; che tale domanda di condanna deve ritenersi ammissibile in quanto *“il conto corrente nelle more del giudizio di primo grado è stato chiuso e, pertanto, la domanda di condanna della Banca alla restituzione delle somme, in luogo della mera rideterminazione del saldo è ammissibile”*. (Corte di Appello di Milano sentenza n. 3418/2017, pubblicata il 20.07.2017). *“Sul punto, trova applicazione quanto affermato dalle SS.UU. della Corte di Cassazione, in base a cui “la modificazione della domanda ... può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa, sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali. Ne consegue l'ammissibilità della modifica, nella memoria ex art. 183 cod. proc. civ., dell'originaria domanda formulata ex art. 2932 cod. civ. con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo”* (SS. UU., sentenza n. 12310 del 15.06.2015); che, pertanto, anche per le richiamate ragioni di economia processuale la domanda di condanna deve ritenersi ammissibile;

RITENUTO ANCORA IN VIA PRELIMINARE

Che debba essere parzialmente rigettata l'eccezione di prescrizione sollevata dalla resistente, potendosi ritenere ripetibili tutti i versamenti indebitamente eseguiti a partire dai primi estratti conto disponibili; che, invero, è pacifico che il termine decennale di prescrizione, decorra dalla chiusura del conto e che, quanto all'onere probatorio in ordine alla qualificazione delle varie rimesse, compete alla Banca, quale soggetto che eccepisce la prescrizione, specificare quali siano le rimesse aventi natura solutoria, vale a dire i singoli pagamenti in relazione ai quali sarebbe decorso il termine di prescrizione ed in relazione ai quali essa intenda avvalersi della facoltà di eccepire la prescrizione. Ciò in applicazione sia delle regole di cui all'art. 2697 c.c. sia



della natura dispositiva dell'eccezione di prescrizione che, in quanto eccezione in senso stretto, impone a colui che le solleva di allegare e provare i fatti fondanti l'eccezione stessa. La prescrizione deve essere pertanto eccepita dalla Banca in modo preciso, con l'indicazione dei versamenti che avrebbero avuto una funzione solutoria (cfr Appello Milano 20 luglio 2017 n. 3418/2017);

che, infine, i versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens e, poiché tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto, una diversa finalizzazione dei singoli versamenti, o di alcuni di essi, deve essere in concreto provata da parte di chi intende far percorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste illegittimamente addebitate (Cassazione civile, sez. I 26 febbraio 2014 n 4518);

che, nello specifico, tutte le rimesse devono intendersi ripristinatorie, da un lato, alla luce della considerazione del CTU in forza della quale, a decorrere dal 20.10.1995, il conto corrente diventa attivo (CTU pag. 21), tutte le rimesse successive devono ritenersi avere natura ripristinatoria. Dall'altro lato in quanto, entrambe le parti confermano che il conto in oggetto fosse affidato, con la precisazione che parte ricorrente evidenzia l'assenza di una valida pattuizione relativa al limite dell'affidamento, evidenziando come il doc 13 di parte convenuta sia sottoscritto dal solo cliente. In proposito, si osserva come la nullità di cui all'art. 117 TUB costituisca una ipotesi riconducibile alle c.d. nullità di protezione di derivazione comunitaria, le quali, per la peculiarità della disciplina che le caratterizza, non appaiono in alcun modo sovrapponibili alla nullità codicistica, tradizionalmente intesa come quella patologia di gravità tale da rendere il negozio radicalmente improduttivo di effetti e insuscettibile di sanatoria. La forma scritta prescritta a pena di nullità dall'art. 117 TUB, nella logica di quello che è stato definito in dottrina come "neoformalismo comunitario", assolve essenzialmente alla funzione di colmare il divario informativo esistente in determinati settori tra i soggetti che vi operano professionalmente ed il contraente debole. Ne consegue che la forma scritta prescritta dall'art. 117 TUB non appare integrare un elemento costitutivo e strutturale del contratto, imposto, come nella tradizione romanistica, allo scopo di richiamare il contraente sull'importanza del negozio che si accinge a compiere, ma appare un adempimento imposto al contraente forte e strumentale ai doveri di correttezza, buona fede e trasparenza contrattuale necessari a colmare l'iniziale e fisiologico



deficit informativo tra le parti. Tale nullità, atteso il suo carattere "relativo" e la finalità protettiva degli interessi particolari del contraente debole, può apprezzarsi, ad avviso dello scrivente, solo se vi sia stata in concreto una lesione dell'interesse protetto, lesione che, è di palmare evidenza, non può sussistere per la mera mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca contraente, atteso che il cliente, ricevendo il contratto redatto per iscritto, è stato pienamente messo in grado di conoscere e di comprendere ogni clausola contrattuale. In altri termini, con la nullità atipica di cui all'art. 117 TUB il legislatore ha recepito il principio comunitario che impone, in caso di asimmetria informativa tra le parti, l'obbligo di clare loqui, affinché il cliente sia quanto più possibile reso edotto dei diritti e obblighi connessi ai contratti relativi ai rapporti bancari e all'erogazione del credito.

Ricostruita tale "nullità" in termini di una peculiare forma di tutela del contraente debole, ne consegue come la stessa non possa ritenersi sussistente qualora il contratto (rectius: il documento che raccoglie le clausole contrattuali) sia effettivamente redatto per iscritto e consegnato alla parte che l'ha sottoscritto, laddove venga dedotto soltanto il difetto di forma dell'accettazione da parte della Banca;

che, ancora, in merito alla validità del contratto monofirma da parte del cliente, si sono pronunciate anche le SSUU della Cassazione, con sentenza in data 16/01/2018 n° 898;

che, pertanto, deve ritenersi valido il contratto prodotto sub doc 13 da parte convenuta, dal quale emerge il limite dell'affidamento e si desume che il conto fosse affidato anche precedentemente;

che, è noto che in caso di affidamento illimitato, ovvero di mancato superamento del limite (indicato dopo il 2001), come precisato anche dal CTU, tutte le rimesse devono considerarsi ripristinatorie della commessa;

RITENUTO

Che quanto all'eccezione relativa alla non esaustività dei documenti, sebbene sia noto l'orientamento che ritiene necessaria la produzione di tutti gli estratti conto analitici al fine di rideterminare il saldo, ovvero il *quantum* di indebito da ripetere, si osserva come la documentazione mancante indicata dal CTU risulta influente ai fini della decisione e non ha inficiato l'elaborato peritale del consulente d'ufficio, laddove lo stesso precisa che "*Per quadratura dei conti correnti sono stati inseriti gli importi indicati nelle colonne "Dare/Avere". Nel caso di periodi privi di qualsiasi documento è stato ripreso il saldo*



progressivo del periodo successivo e nei conteggi effettuati non si è tenuto conto di eventuali oneri non rilevabili”.

RITENUTO

Che, al fine di decidere in merito alla fondatezza delle domande della ricorrente, è necessario richiamare la perizia depositata dal consulente tecnico ove, con metodo logico ed immune da vizi, il consulente ha fornito diverse ipotesi restitutorie, tenuto conto del quesito formulato dal giudice;

che, condivisa e richiamata la perizia depositata, nonché le difese di parte ricorrente, l'ipotesi che questo giudice condivide è la n 2, con le precisazioni di seguito indicate;

che, infatti, è pacifica la giurisprudenza, di merito e legittimità, relativa alla nullità delle clausole anatocistiche, nonché delle clausole che richiamano genericamente gli “usi piazza”, delle commissioni di massimo scoperto non determinate in contratto – nullità per indeterminatezza dell’oggetto - dell’indebito versamento di spese non pattuite (in proposito si richiama la corposa e attuale giurisprudenza riportata nel ricorso) e il conseguente obbligo restitutorio degli importi indebitamente ricevuti a tali titoli;

che, come indicato dal CTU, risulta corretto applicare:

Tassi debitori

- fino al 9.07.1992 tasso legale
- dal 10.07.92 al 27.08.2001 tasso sostitutivo art.117 TUB
- dal 28.08.2001 al 31.05.2016 tassi convenzionali (doc.13 parte convenuta)

Tassi creditori

- fino al 9.07.1992 tasso legale
- dal 10.07.1992 al 26.07.07 tasso sostitutivo art.117 TUB
- dal 27.07.2007 al 31.05.2016 tassi convenzionali (doc.25 parte convenuta)

senza alcuna capitalizzazione, anche in seguito al 30.6.2000, data di entrata in vigore della delibera CICR, tenuto conto del fatto la parte resistente non ha fornito prova della negoziazione con il cliente in ordine alla reciproca capitalizzazione di interessi attivi e passivi in seguito a detta data;



che, infatti debba escludersi l'applicazione di clausole anatocistiche anche in presenza di condizione di reciprocità, qualora non sia provata l'approvazione delle stesse da parte del cliente (in proposito si vedano gli orientamenti della Corte Appello Milano e Genova);
che, invero, questo giudice aderisce all'orientamento di merito secondo il quale detta delibera, in relazione ai rapporti sorti prima della sua entrata in vigore, non può trovare applicazione, perché emessa in attuazione del comma 3 dell'art. 25 D.lgs 342/1999, norma di cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale con sentenza della Corte Costituzionale n. 425 del 17.10.2000. Con il venir meno dell'art. 25 Dlgs 342/99, atto di normazione primaria, è infatti venuto meno il fondamento dello stesso art. 7 della delibera CICR del 9.2.2000, atto di normazione secondaria finalizzato ad attuarlo. Conseguentemente, poiché il principio di irretroattività di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale per poter applicare la capitalizzazione periodica degli interessi passivi in contratti stipulati anteriormente è necessaria una nuova pattuizione scritta, non essendo sufficiente una mera comunicazione unilaterale della banca ancorché rispondente a quanto stabilito dall'art. 7 della delibera CICR del 9.2.2000;

che, pertanto, la pubblicazione sulla G.U. è condizione necessaria ma non sufficiente per l'adeguamento della Banca al combinato disposto dell'art. 120 TUB e dell'art. 7 della Delibera CICR del 2000 poiché, ai sensi del comma 2 della norma in esame, essa avrebbe dovuto fornire anche "opportuna notizia per iscritto alla clientela".

che, in ordine alla validità del contratto sottoscritto solo dal cliente (prodotto sub doc 13) si è già detto sopra;

che, quanto alle commissioni di massimo scoperto, ovvero delle commissioni disponibilità fondi, deve evidenziarsi come le stesse siano state unilateralmente applicate dalla banca nel corso degli anni, in assenza di specifica pattuizione – sino al 10.5.2012, contratto doc 30 parte resistente - risultando nulla la relativa pattuizione per indeterminatezza dell'oggetto, ai sensi degli artt. 1346 e 1418 co. 2 cod. civ.

che, invero, la CMS viene determinata in modo generico in assenza di specifica indicazione di tutti gli elementi che concorrono a determinarla, vale a dire la percentuale, la base di calcolo, i criteri e la periodicità di addebito, dovendosi dichiarare la nullità della clausola che prevede l'applicazione della commissione di massimo scoperto per indeterminatezza dell'oggetto (in proposito cfr Corte d'Appello di Milano, sentenza n. 3418/2017 pubblicata il 20.7.2017) e ciò sino alla pattuizione richiamata del 10.5.2012;



che, infatti, questo giudice ritiene sufficientemente determinata e, quindi, priva di vizi la clausola pattizia disciplinante la c.d. commissione di massimo scoperto contenuta nel contratto sub doc 30 di parte convenuta laddove precisa che *“L'importo dovuto a titolo di c.d.f. (commissione disponibilità fondi, laddove sino a tale data gli addebiti unilateralmente determinati ed applicati venivano esposti quali “commissioni di massimo scoperto”) è calcolato al termine di ogni trimestre solare, applicando la percentuale indicata a tale titolo alla media dell'ammontare complessivo delle aperture/linee di credito concesse al Cliente in essere durante il trimestre stesso, anche solo per parte di questo periodo e anche qualora tale ammontare complessivo sia stato utilizzato in tutto o in parte”*;

che, in particolare, sebbene la formula non sia del tutto cristallina, la stessa permette la determinabilità della commissione, con ciò rispettando i requisiti di cui all'art. 1346 c.c.;

che, alla luce di quanto precede, dall'importo indicato dal CTU a titolo di CMS, per € 80.017.39, devono essere dedotte le CDF maturate a far data dal 10.5.2012 in quanto legittimamente addebitate – pari ad € 9.133,42 - ovvero dalla sottoscrizione della variazione contrattuale prodotta sub doc 30 di parte convenuta, ottenendo così l'importo di € 70.884,97 a titolo di CMS indebitamente addebitate;

che, quanto agli interessi maturati su altri conti, ed in particolare sul conto anticipi salvo buon fine, si rileva come agli atti non risulta una specifica pattuizione degli interessi applicati e ciò sino alla pattuizione in data 24.05.2005 (doc. 16 convenuta);

che, pertanto, risulta corretta la tesi difensiva di parte ricorrente, laddove sostiene la necessaria restituzione degli interessi ivi maturati, in quanto privi di pattuizione;

che, infatti, la banca, tenuta a fornirne la prova, non ha dimostrato la sussistenza di una valida pattuizione negoziale, in relazione alla misura degli stessi e ciò sino al 24.05.2005 (doc. 16 convenuta);

che, pertanto, dall'importo determinato dal CTU, in € 334.380,81, devono essere dedotti gli interessi maturati sul conto anticipi salvo buon fine a partire dal 24.05.2005, per € 152.472,37, ovvero dal momento in cui risulta agli atti una pattuizione, sottoscritta dal solo correntista, della misura degli interessi stessi;

che, infine, in ordine alla domanda di ripetizione relativa agli interessi maturati a fronte del finanziamento stipulato in data 17.2.2009, si ritiene che la stessa non sia fondata in quanto non risulta corretto dichiarare la nullità di un contratto in quanto privo di causa sulla base di circostanze *ex post* emerse;



che, pertanto, parte convenuta sia tenuta a restituire **€ 918.148,42** pari all'importo indicato a titolo di saldo ricostruito (1.095.418,42 - 9.133,42 a titolo di CMS legittimamente addebitate=1.086.285,00) nel prospetto riportato alla pag. 23 della perizia depositata (che richiama all. 15) dedotti gli interessi maturati su mutuo (15.664,01) ed € 152.472,57 per interessi legittimamente maturati su altri conti (sbf), il tutto oltre interessi al tasso legale, dalla data della domanda al saldo effettivo;

che le spese di CTU, già liquidate con precedente decreto, vengono poste a carico definitivo della parte resistente, così come le spese di lite del presente giudizio, liquidate in complessivi € 27.804,00 per compensi, € 870,00 per spese esenti, € 3.134,86 per spese di mediazione; € 15.000,00 per spese di CTP, paramtrate sulle spese liquidate al CTU, il tutto oltre rimborso forfettario, oneri fiscali e previdenziali come per legge;

- P. Q. M. -

Il Tribunale di Pavia, definitivamente pronunciando, così provvede:

- **condanna** a corrispondere a l'importo di **€ 918.148,42** oltre interessi come indicati in motivazione;
- **condanna** a rifondere a C

le spese di lite liquidate in € 27.804,00 per compensi, € 870,00 per spese esenti, € 3.134,86 per spese di mediazione; € 15.000,00 per spese di CTP, paramtrate sulle spese liquidate al CTU, il tutto oltre rimborso forfettario, oneri fiscali e previdenziali come per legge;

- **pone** definitivamente a carico della resistente le spese di CTU già liquidate con precedente decreto;
- **dichiara** la presente ordinanza provvisoriamente esecutiva;

MANDA alla cancelleria affinché la presente ordinanza sia comunicata alle parti

Pavia, 1.2.2018

Il Giudice
DOTT. LAURA CORTELLARO

