

Sentenza n. 290/2023 pubbl. il 10/02/2023
 RG n. 4043/2018

N. R.G. 4043/2018

290/2023



REPUBBLICA ITALIANA
 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
 CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA

Terza Sezione Civile

SENTENZA CIVILE

N. *290/2023*
 depositata il *26/02/2023*
 R.G. *4043/2018*
 Cron. *605/2023*
 Rep.

La Corte di Appello nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Anna De Cristofaro	Presidente
dott. Michele Guernelli	Consigliere
dott. Carlo Luigi Santilli	Consigliere Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. r.g. 4043/2018 promossa da:

[REDACTED] tutti rappresentati e difesi, per mandato allegato all'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, dall'Avv. Lorenzo Buldrini (CF BLDLNZ66H22D548C) (PEC lrenzobuldrini@ordineavvocatibo.it), elettivamente domiciliati presso il suo studio in Bologna, via de' Poeti n. 8,

APPELLANTI

Contro

INTRUM ITALY S.P.A., con sede in Milano (C.F.10311000961) - quale mandataria di "PENELOPE PSV S.R.L., (C.F. - P.I.04934510266) società avente per oggetto la cartolarizzazione dei crediti ai sensi della legge 30 aprile 1999 n. 130, iscritta al n. 35449.8 dell'elenco delle società veicolo istituito presso la Banca d'Italia, cessionaria dei crediti della "CASSA DI RISPARMIO DI BOLOGNA S.P.A." nell'ambito di un'operazione unitaria di cartolarizzazione ai sensi della Legge 130/1999 ed in forza di un contratto di cessione di crediti cui è stata data pubblicità mediante avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - nel presente procedimento rappresentata e difesa dall'avv. [REDACTED]

[REDACTED] giusto mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta

APPELLATA

In punto a:

Appello contro la sentenza n. 787/2018, emessa dal Tribunale di Ferrara in data 31/10/2018, pubblicata il 9/11/2018.

Le parti, depositate note di precisazione delle conclusioni per l'udienza cartolare del 28 giugno 2022, hanno chiesto:

PARTE APPELLANTE: *"Voglia l'Ill.ma Corte d'Appello adita, disattesa ogni contraria istanza, per*

Sentenza n. 290/2023 pubbl. il 10/02/2023
RG n. 4043/2018

tutti i motivi esposti in atto di citazione in appello, in riforma dell'impugnata sentenza del Tribunale di Ferrara n. 787/2018, emessa nella causa civile R.G. n. 3736/2017, dal Giudice Dott.ssa Caterina Arcani, in data 31/10/2018, pubblicata il 9/11/2018, non notificata; revocare il decreto ingiuntivo n. ing. 1182/2017 – RG n. 2829/2017 emesso dal Tribunale di Ferrara siccome nullo e/o inammissibile e, comunque, inefficace e, comunque infondato, per le ragioni tutte esposte; accertare la nullità delle clausole del contratto di conto corrente ordinario n. 0740/81 oggetto di causa, così come è stato accertato dal Giudice di I grado, avendo riguardo all'illegittima applicazione d'interessi anatocistici ed ultra-legali (uso piazza), all'illegittima applicazione di commissioni di massimo scoperto e spese non pattuite ma applicate dalla banca, con ogni conseguente statuizione di legge. Accertare e dichiarare l'inammissibilità, improponibilità, ed infondatezza delle domande e pretese di credito tutte fatte valere da Cassa di Risparmio di Bologna S.p.A. nei confronti dei [REDACTED] per mancanza di prova del credito e per i motivi esposti nell'atto di citazione in appello e negli atti di cui al fascicolo di I grado. Respingere tutte le domande proposte Cassa di Risparmio di Bologna S.p.A. nei confronti dei [REDACTED] perché non provate, illegittime e comunque infondate. Vinte le spese e i compensi del primo e del secondo grado di giudizio oltre alla rifusione delle spese generali, IVA e CPA, da liquidare a favore del sottoscritto procuratore che si dichiara antistatario”.

PARTE APPELLATA: “Piaccia all'Ecc.ma Corte d'Appello di Bologna, ogni e diversa istanza reietta, in via preliminare dichiarare l'appello dei sigg. [REDACTED] inammissibile per violazione dell'art.342 cpc e/o comunque per la manifesta infondatezza dei motivi di impugnazione ex art.348 bis e ter cpc, con ogni conseguenza di legge; in via graduata di merito respingere l'appello proposto dai [REDACTED] in quanto infondato e, per l'effetto, confermare la sentenza impugnata n.787/2018, pronunciata dal Tribunale di Ferrara in data 31 ottobre 2018, pubblicata il 9 novembre 2018, che rigetta l'opposizione confermando il decreto ingiuntivo opposto. Con vittoria di onorari e spese di entrambi i gradi di giudizio”

CONCISE RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

La Cassa di Risparmio di Bologna (in seguito la Banca) chiedeva e otteneva la pronuncia di un decreto monitorio provvisoriamente esecutivo (n. 1182/17 – RG n. 2829/17) con cui il Tribunale di Ferrara ingiungeva ai signor [REDACTED] quali garanti in forza di una fideiussione omnibus, della [REDACTED] dichiarata fallita con sentenza del 14/5/2015, il pagamento della somma € 232.405,60 corrispondente all'importo massimo, alla data del 30/06/2017, della fideiussione prestata in relazione al conto corrente n. 05093/0740/81 intestato alla società fallita e alle operazioni bancarie di qualsiasi natura da questa intrattenuti con la Banca.

Gli ingiunti proponevano opposizione deducendo, in primo luogo, che il rapporto di conto corrente non era stato acceso, come affermato dalla creditrice, il 18/3/2005, bensì il 12/11/1987, per cui la data del 18/03/2005 riguardava una modifica contrattuale riferita al conto corrente.

Quanto al credito azionato, eccepivano che:

nel contratto di apertura del conto corrente (art. 7 delle norme generali), per il calcolo degli interessi era richiamata una clausola riferita agli usi su piazza, senza, pertanto, che fosse indicata la percentuale del tasso applicabile al rapporto, per cui, ai sensi dell'art. 4 della l. 154 del 17/2/1992, la clausola doveva considerarsi nulla;

l'art 7 del predetto contratto prevedeva una differente capitalizzazione per gli interessi creditori e debitori (annuale per gli interessi a favore della società attrice, trimestrale per gli interessi a favore della Banca convenuta), determinandone, così, un'ulteriore causa di nullità per violazione dell'art. 1283 C.C., tenuto conto, altresì, che l'apertura del rapporto di conto corrente era antecedente all'entrata in vigore della Delibera CICR del 9.2.2000;

Sentenza n. 290/2023 pubbl. il 10/02/2023
RG n. 4043/2018

il contratto originario, in particolare la modifica del 2005, presentava un difetto in relazione alle condizioni contrattuali, portando ad esempio l'indicazione delle commissioni di massimo scoperto, pari allo 0,5000%, priva delle indicazioni delle modalità di calcolo e del limite dell'affidamento concesso, mentre sarebbe stata valida solo qualora fosse stato determinabile l'onere aggiuntivo imposto al cliente.

Concludevano per la revoca del decreto ingiuntivo perché nullo e/o inammissibile, comunque inefficace e/o infondato. Inoltre chiedevano che il Tribunale accertasse e dichiarasse la nullità delle clausole del contratto di conto corrente con riferimento all'illegittima applicazione d'interessi anatocistici, ultra-legali (uso piazza), all'illegittima applicazione di commissioni di massimo scoperto e spese non pattuite ma applicate dalla banca, con ogni conseguente statuizione di legge; infine perché accertasse e dichiarasse l'inammissibilità, improponibilità e infondatezza delle domande della Banca opposta in mancanza della prova del credito.

La Banca si costituiva chiedendo il rigetto dell'opposizione.

In particolare, riferendosi alle eccezioni aventi a oggetto l'art. 7 del contratto di fideiussione, affermava che la garanzia prestata era autonoma, quindi non dotata del carattere dell'accessorietà proprio della fideiussione, tanto che l'art. 8 prevedeva espressamente che *"nell'ipotesi in cui le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione s'intende fin d'ora estesa a garanzia dell'obbligo di restituzione delle somme comunque erogate"*.

La banca, poi, produceva la documentazione relativa all'affidamento a suo tempo concesso sul conto corrente, le richieste di affidamento e rinnovo, il contratto quadro e la modifica consensuale delle condizioni di affidamento, oltre a copia degli estratti conto a partire dal mese di ottobre 2001 sino alla chiusura.

Contestava le ulteriori ragioni degli opposenti perché limitate a semplici enunciazioni di principio, senza specifiche contestazioni, mentre, relativamente alla nullità della clausola "usi su piazza" ne contestava la fondatezza e, comunque, che una eventuale nullità non sarebbe stata assoluta, bensì avrebbe portato la sostituzione della clausola con la norma dell'art. 1284, terzo comma, C.C. (*"con conseguente applicazione degli interessi legali al rapporto in oggetto, ovvero, ancora con l'applicazione della disposizione di cui all'art.117 comma 7 T.U.B."*).

In mancanza di richieste di ammissione di prove, le parti precisavano le conclusioni all'udienza del 12 luglio 2018: all'esito del deposito delle memorie conclusive, il Tribunale rigettava l'opposizione confermando il decreto ingiuntivo e dichiarando interamente compensate tra le parti le spese di lite.

I fideiussori hanno proposto appello affidandolo a due motivi.

Con il primo (*"Sull'onere probatorio della Banca ed errata applicazione dell'art 2697 c.c."*) hanno contestato al Tribunale di aver confermato il decreto ingiuntivo nonostante la mancata prova del credito azionato dalla Banca, in particolare in relazione alla parziale produzione degli estratti conto e alla conseguente impossibilità di ricostruire il rapporto di conto corrente.

Il secondo motivo (*"Sul dovere della Banca creditrice di conservare tutti gli estratti conto al fine di provare il proprio credito"*) è incentrato sull'affermazione del Tribunale, ritenuta errata, secondo cui *"non è dato, è vero, di conoscere quale fosse l'andamento del rapporto negli anni precedenti al primo estratto conto prodotto dalla Banca ma tale carenza non può ripercuotersi a carico della banca che non è tenuta a conservare documentazione contrattuale per oltre 10 anni ai sensi dell'art. 119 4 co. T.U.B"*.

Entrambi i motivi, la cui evidente connessione ne consente la trattazione unitaria, sono fondati per cui l'appello deve essere accolto.

Premesso che la questione delle diverse date concernenti la modifica del contratto originario è stata chiarita dalle stesse parti, va condivisa l'argomentazione secondo cui la Banca, attrice sostanziale nel

Sentenza n. 290/2023 pubbl. il 10/02/2023 RG n. 4043/2018

giudizio d'opposizione a decreto ingiuntivo, aveva l'onere di fornire la prova dei fatti costitutivi del credito per il quale ha agito in via monitoria.

Infatti, se nella fase sommaria la prova del credito si può trarre dall'estratto conto certificato ai sensi e per gli effetti dell'art. 50 del D.lgs. n. 385/1993, quindi eventualmente anche tramite la produzione parziale degli estratti conto, nella fase di cognizione ordinaria la produzione documentale deve essere completa; l'estratto conto certificato, quindi, non costituisce di per sé prova del credito azionato dalla banca la quale, di conseguenza, è tenuta a supportare la propria pretesa creditoria tramite la produzione integrale degli estratti conto e del contratto di conto corrente; solo la documentazione integrale e continuativa delle movimentazioni che hanno determinato il saldo di conto corrente è idonea a provare i fatti costitutivi di quel saldo, quindi, del credito oggetto di ingiunzione¹.

Il primo Giudice ha opportunamente evidenziato che *"in questa causa agisce non già il cliente della banca, ma i garanti e, come correttamente osservato dalla difesa attorea, gli impegni prestati devono qualificarsi come contratti autonomi di garanzia, con i quali i garanti si sono obbligati a pagare immediatamente e a non sollevare eccezioni fondate sul rapporto fondamentale"*, dopodiché ha precisato come le eccezioni formulate dai fideiussori riguardano anche *"la nullità del contratto fondamentale per violazione di norme imperative, precisamente dell'art.1283 c.c. e dell'art.1284 c.c."*; di conseguenza, quindi, secondo il pronunciamento della Corte di Cassazione (ordinanza n. 371/2018) *"nel contratto autonomo di garanzia, il garante è legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative. Ne consegue che può essere sollevata nei confronti della banca l'eccezione di nullità della clausola anatocistica atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta"*.²

Premesso quanto precede in merito al potere dei garanti di formulare eccezioni proponibili dal debitore principale rispetto al contratto originario, il Tribunale ha comunque ritenuto di non accogliere l'opposizione *"per difetto di prova delle doglianze attoree"*; a fronte della produzione documentale della Banca (relativa agli estratti conto a partire dal 2001), infatti, ha concluso che *"ben avrebbe potuto parte opponente svolgere compiutamente le proprie difese, indicando gli specifici addebiti che la banca*

¹ Cass. n. 27589/2020: *"nel contratto di conto corrente bancario, la banca che assuma di essere creditrice del cliente ha l'onere di produrre in giudizio i relativi estratti conto a partire dalla data della sua apertura, non potendo pretendere l'azzeramento delle eventuali risultanze del primo degli estratti utilizzabili in quanto ciò comporterebbe l'alterazione sostanziale del medesimo rapporto, che vede nella banca l'esecutrice degli ordini impartiti dal cliente, i quali si concretizzano in operazioni di prelievo e di versamento, ma non integrano distinti e autonomi rapporti di debito e credito tra cliente e banca, rispetto ai quali quest'ultima possa rinunciare azzerando il primo saldo"* (Cass. 9365/2018, 22208/2018, 23313/2018).

² Cass. SS UU n. 3947/2010: *"l'impermeabilità del contratto autonomo di garanzia alle eccezioni di merito del garante trova un limite, oltre che nel caso in cui sia proponibile la cd. exceptio doli generalis seu presentis, basata sull'evidenza certa del venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causale, in queste altre ipotesi: quando le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia; quando esse ineriscano al rapporto tra garante e beneficiario; quando il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito; quando, infine, la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta [...].L'accessorietà dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio principale assume un carattere elastico, di semplice collegamento e coordinamento tra obbligazioni, ma non viene del tutto a mancare: e ciò sarebbe dimostrato, oltre che dal meccanismo di riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse, proprio dalla rilevanza delle ipotesi in cui il garante è esonerato dal pagamento per ragioni che riguardano comunque il rapporto sottostante"*.
Cassazione, n. 24011/2021: *"questa Corte ha recentemente statuito che nel contratto autonomo di garanzia il garante è legittimato a proporre eccezioni fondate sulla nullità anche parziale del contratto base per contrarietà a norme imperative, con la conseguenza che può essere sollevata anche da costui, nei confronti della banca, l'eccezione di nullità della clausola anatocistica, atteso che la soluzione contraria consentirebbe al creditore di ottenere, per il tramite del garante, un risultato che l'ordinamento vieta (vedi Cass. n. 371 del 10/01/2018; Cass. S.U. 3947/2010, in motivazione.)"*

Sentenza n. 290/2023 pubbl. il 10/02/2023
RG n. 4043/2018

*avrebbe compiuto illegittimamente”.*³

Così argomentando il Tribunale non ha tenuto conto che conoscere quale fosse stato l'andamento del rapporto negli anni precedenti al primo estratto conto prodotto dalla banca, quindi dall'inizio del rapporto, come pacificamente ritenuto dalla giurisprudenza, sarebbe stato fondamentale per accertare il reale importo del credito della Banca, e che allo stesso risultato non sarebbe stato nemmeno possibile giungere (sembra che il Tribunale abbia così inteso superare la “carenza” determinata dalla parziale produzione degli estratti conto) con la documentazione riferita agli ultimi 10 anni del rapporto, posto che, come scrive, la Banca “non è tenuta a conservare documentazione contrattuale per oltre 10 anni ai sensi dell'art.119 co.4 TUB”⁴ (ma un conto è la documentazione che l'istituto deve tenere a disposizione del cliente per 10 anni, altra cosa è considerare se, compresa nell'arco di tempo decennale, quella documentazione sia sufficiente a dare prova del credito)⁵.

Il primo Giudice, peraltro richiamando giurisprudenza risalente, ha quindi erroneamente ritenuto che la produzione in giudizio, da parte della Banca della “copia del contratto di conto corrente 12/4/1994, copia del documento di sintesi 10/12/2009 inviato alla correntista e dalla stessa ricevuto, copia degli estratti conto dal 31/12/2004 al 20/6/2013 e copia del contratto di fideiussione,” provando i contratti da cui traggono origine i rapporti, fossero sufficienti a dare la prova del credito azionato con la richiesta di ingiunzione.

In sostanza, l'onere della prova dei fatti costitutivi del diritto di credito è compiutamente assolto, qualora gli estratti conto siano contestati, solo con la loro completa produzione: dunque il decreto ingiuntivo, pur legittimamente concesso in base alla dichiarazione ex art. 50 TUB, deve essere revocato.

Per completezza di motivazione, in merito al secondo motivo, osserva la Corte che la giurisprudenza, di legittimità e di merito, ha, costantemente, ribadito l'infondatezza della tesi che intende affermare la possibilità, per la Banca, di non disporre della documentazione inerente il rapporto oltre il termine decennale di cui all'art. 119 del TUB, perché tale facoltà non comporta una deroga all'onere di provare il fatto costitutivo del diritto di credito vantato.

In conclusione, la mancanza di tutti gli estratti conto necessari all'accertamento dell'esistenza del rapporto di conto corrente e della validità di tutte le relative pattuizioni, impedisce di ritenere provato il credito di cui al decreto ingiuntivo perché, nel successivo giudizio di opposizione, l'opposta, attrice

³ Sentenza pag. 5: “L'opponente si limita, invece, a contestazioni che rimangono ancorate ad astratte affermazioni di principio e come tali inidonee a paralizzare la pretesa creditoria.

Parte opponente ha omesso di allegare quali importi siano stati addebitati a titolo di interessi e di specificare per quali importi detti interessi siano risultati superiori al tasso legale, senza previa pattuizione scritta ed in violazione, quindi, dell'art.1284 c.c. Né ha specificato quali importi siano stati applicati a titolo di commissioni asseritamente non dovute perché non ritualmente pattuite. Parte convenuta, per parte sua, ha documentato il pluriennale andamento del rapporto e prodotto prova di numerosi affidamenti”.

⁴ Cass. n. 18541/2013: “la produzione degli estratti conto relativi ad un arco temporale più breve selezionato arbitrariamente dalla banca, deve ritenersi in toto inidonea ad assolvere l'onus probandi posto a carico della stessa. In pratica, la banca non può difendersi sostenendo che la previsione di un arco temporale lungo per la conservazione dei documenti, i “famosi” dieci anni, vada interpretata come una limitazione dell'onere posto a carico della banca stessa di dimostrare il credito. Pertanto i Giudici della Suprema Corte, richiamando l'orientamento fatto proprio dalle Sezioni Unite con la Sentenza n. 21095/2004, hanno concluso stabilendo che la banca è tenuta a produrre gli estratti conto a partire dall'apertura del conto, anche oltre il decennio, perché non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito quando le contestazioni del debitore riguardano l'intera durata del rapporto”.

⁵ (Cass. n. 18541/2013) è rilevante per la Suprema Corte è “la radicale diversità tra le esigenze probatorie (di natura sommaria, o fondate sulla fede privilegiata attribuita ad alcuni documenti unilateralmente provenienti dal creditore) della fase monitoria da quelle del giudizio a cognizione piena, ove occorre dimostrare l'esistenza e l'entità del proprio credito mediante la puntuale applicazione dell'art. 2697 c.c.”.

Sentenza n. 290/2023 pubbl. il 10/02/2023
RG n. 4043/2018

sostanziale, non ha fornito la piena prova del suo diritto⁶.

Accolto, dunque, il primo motivo d'appello, assorbita ogni altra questione dedotta, si deve disporre la revoca del decreto ingiuntivo opposto.

Le spese liquidate come da dispositivo e distratte in favore del difensore di parte appellante dichiaratosi antistatario, sono a carico della parte soccombente per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza ed eccezione disattesa o assorbita, in accoglimento dell'appello proposto da ██████████ contro INTRUM ITALY S.P.A. quale mandataria di "PENELOPE PSV S.R.L. e in riforma della sentenza n. 787/2018, emessa dal Tribunale di Ferrara in data 31/10/2018, pubblicata il 9/11/2018, così dispone:

I – in accoglimento dell'opposizione revoca il decreto ingiuntivo n. 1182/2017 emesso dal Tribunale di Ferrara per il pagamento di € 232.405,60;

II – condanna INTRUM ITALY S.P.A. quale mandataria di "PENELOPE PSV S.R.L. alla refusione, in favore di parte appellante, delle spese di lite, che liquida, quanto al primo grado, in ██████████ per compenso, quanto all'appello in € ██████████ per compenso ed € ██████████ per anticipazioni (C.U.), oltre al 15% di spese forfettarie e agli oltre accessori di legge, spese che distrae in favore dell'Avv. Lorenzo Buldrini dichiaratosi antistatario.

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio della Terza Sezione Civile, il 17/01/2023.

Il-Presidente
dott.ssa Anna De Cristofaro

Anna De Cristofaro

Il Consigliere estensore
dott. Carlo Luigi Santilli

Carlo Luigi Santilli

ADDETTO ALL'UFF
ALESSANDRA SIMIÙ
A. S.

CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA
Depositato in Cancelleria
Bologna, 20/02/2023

ADDETTO ALL'UFF
ALESSANDRA SIMIÙ
A. S.

⁶ Cfr. Corte d'Appello Bologna III Sez. 13.07.2021 - Corte d'Appello di Bologna - III sezione, n. cron. 1067/2018 del 09/03/2018