

N° SENT
 N° RGAC
 N° CRON



REPUBBLICA ITALIANA
 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Roma – Sedicesima Sezione Civile (ex Terza Sezione Civile), in persona del dott. Francesco Remo Scerrato, in funzione di giudice unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado, iscritta al n° 15099, Ruolo Generale dell'anno 2016, e trattata in decisione all'udienza del 5 novembre 2018, vertente

TRA

elettivamente domiciliato a Roma, via Santa Caterina da Siena n° 46, presso lo studio dell'avv.to Patrizia Rapone, che lo rappresenta e difende in forza di procura speciale in calce alla comparsa di costituzione di nuovo difensore,

OPPONENTE

E

, in persona del legale rappresentante, e per essa, quale procuratore speciale .P A., in persona del legale rappresentante,

CONVENUTA CONTUMACE

E

, in persona del legale rappresentante,
 e per essa, quale procuratore speciale, .., in persona del legale rappresentante,
 elettivamente domiciliata a Roma, 2, presso lo studio dell'avv.to li, rappresentata e difesa dall'avv.to o del Foro di in forza di procura generale alle liti, autenticata nella firma dal notaio data 9/7/2010 ° 10274 racc..

INTERVENUTA

OGGETTO: opposizione a decreto ingiuntivo.

CONCLUSIONI:

per la parte opponente (verbale dell'udienza di p.c. del 5/11/2019): "... l'avv.to recisa le conclusioni riportandosi a quelle rassegnate nell'atto di citazione e nella comparsa di costituzione di nuovo difensore ...";

per l'intervenuta (verbale dell'udienza di p.c.): "... l'avv.to precisa le conclusioni, insistendo in tutto quanto chiesto, dedotto ed eccepito in atti; insiste in particolare, in via principale, nella richiesta di chiarimenti al Ctu sulla scorta delle osservazioni sollevate dal proprio Ctp, cui si richiama, contestando ogni contraria eccezione e difesa avversaria; quanto al merito precisa le conclusioni come rassegnate in comparsa di risposta, chiedendo in subordine che la causa venga trattenuta in decisione con la concessione dei termini di legge ex art. 190 c.p.c. ...".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con tempestiva citazione, ritualmente notificata alla convenuta e per essa alla mandataria , l'attore proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo n° 29436/2015 del 28/12/2015 di questo Tribunale (R.G. n° 80187/2015), ottenuto, nei confronti di esso opponente, dalla banca convenuta per il pagamento della complessiva somma di € 17.998,21, oltre agli interessi convenzionali di mora ed alle spese, quale preteso complessivo saldo debitore, alla data del 4/9/2013, rinveniente dal conto corrente ordinario n° 436795. Al riguardo l'opponente, rilevata la mancanza di idonea documentazione (contrattuale e contabile) a sostegno della pretesa, eccepiva la nullità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, l'illegittima applicazione di interessi ultralegali e l'applicazione della cms, il tutto anche nell'ottica del rispetto della disciplina in tema di interessi usurari. Tanto premesso, l'opponente rassegnava le seguenti conclusioni, riportate in citazione e richiamate all'udienza di p.c.: " ... Voglia il Tribunale adito ... nel merito: in accoglimento della presente opposizione per le motivazioni tutte esposte in narrativa, annullare e/o dichiarare nullo e, per l'effetto, revocare il decreto ingiuntivo opposto e comunque dichiararne l'inefficacia; atteso quanto dedotto in narrativa, dichiarata la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi di cui all'art. 7 delle condizioni generali del contratto di conto corrente de quo, ovvero ritenuta

l'invalidità e l'illegittimità di tale capitalizzazione comunque operata dalla ricorrente in corso di rapporto ... ovvero dichiarata la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi di cui all'art. 7 delle condizioni generali del contratto di conto corrente de quo per la mancata approvazione specifica ..., rideterminare, anche con riferimento alla L. 108/1996 ..., il debito complessivo di € 17.998,21 di cui al ricorso avversario, limitandolo alla somma che risulterà dovuta per legge -se dovessero risultare dovute somme dal dr. _____ alla stregua dell'esperenda ctu contabile, con l'emissione di ogni pronuncia connessa e conseguente; accertare e dichiarare l'eventuale saldo attivo a favore dell'opponente e condannare l'istituto di credito titolare del rapporto di conto corrente de quo n° 0000436795 ..., a pagare detto saldo a favore del dr. _____ in esito alla rideterminazione del saldo come richiesta; ... Con vittoria delle spese, competenze ed onorari di lite".

Nessuno si costituiva in giudizio per la convenuta _____ e, per essa, per la mandataria _____

Interveniva invece in giudizio la _____, cessionaria del credito vantato da _____ e per essa la mandataria speciale _____ che, contestata la domanda attrice, concludeva per l'accoglimento delle conclusioni riportate in comparsa di risposta e richiamate all'udienza di p.c.: "...1.- In via preliminare, dichiarare la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto, stante la fondatezza della pretesa creditoria, documentalmente provata in atti, e la mancanza di prova scritta dei motivi di opposizione; 2.- Ritenere e dichiarare infondate in fatto ed inammissibili in diritto le domande attoree per i motivi esposti in narrativa e, per l'effetto, confermare il decreto ingiuntivo opposto, per l'importo di € 17.998,21 oltre interessi come da domanda dal dovuto sino all'effettivo soddisfo, spese e compensi del procedimento sommario; 3.- In subordine, ritenere e dichiarare infondate in fatto ed inammissibili in diritto le domande attoree per i motivi esposti in narrativa e, per l'effetto, condannare l'opponente al pagamento dell'importo di € 17.998,21 o della maggiore o minore somma che dovesse risultare dovuta in corso di causa, oltre interessi come da domanda dal dovuto sino all'effettivo soddisfo".

Con ordinanza pronunciata all'udienza di prima comparizione del 19/7/2016 era rigettata l'istanza ex art. 648 c.p.c., in quanto non risultava la produzione degli estratti conto relativi all'intera durata del rapporto.

Nel corso del giudizio si costituiva nuovo procuratore per l'attore.

La causa era istruita documentalmente e con ammissione di ctu contabile.

All'udienza del 5/11/2018 la causa era trattenuta in decisione sulle conclusioni su riportate, con assegnazione dei richiesti termini di legge per il deposito di comparse conclusionali (60 giorni) e di eventuali repliche (ulteriori 20 giorni): i termini ex artt. 190 e 281 *quinquies* c.p.c. sono scaduti il 24/1/2019.

Con la comparsa conclusionale il procuratore di parte attrice instava, con riguardo alla richiesta di condanna della parte soccombente alle spese di lite, per la distrazione ex art. 93 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va dichiarata la contumacia della convenuta opposta

Per quanto riguarda l'intervento, per il tramite della mandataria della cessionaria del credito a titolo particolare, .., va ricordato che in base all'art. 111, primo comma, c.p.c., se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie ed il cessionario può intervenire (terzo comma), mantenendo detta veste processuale di interventore, salvo che nel caso di espressa estromissione del cedente (cfr. Cass. 6471/2012), il quale, qualora non estromesso, conserva la piena legittimazione in qualità di sostituto processuale del cessionario, quand'anche quest'ultimo sia intervenuto in giudizio (cfr. Cass. 22424/2009: *“La cessione di credito determina la successione a titolo particolare del cessionario nel diritto controverso, cui consegue, ai sensi dell'art. 111 cod. proc. civ., la valida prosecuzione del giudizio tra le parti originarie e la conservazione della legittimazione da parte del cedente, in qualità di sostituto processuale del cessionario, anche in caso d'intervento di quest'ultimo fino alla formale estromissione del primo dal giudizio, attuabile solo con provvedimento giudiziale e previo consenso di tutte le parti”*).

Perché si abbia l'estromissione del cedente è necessario un formale provvedimento del Giudice ed il consenso di tutte le altre parti, non potendo di per sé l'intervento volontario del cessionario determinare automaticamente l'estromissione del cedente (cfr. Cass. 1535/2010: *“Il successore a titolo particolare per atto tra vivi di una delle parti del processo può intervenire volontariamente nel processo o esservi chiamato, senza che ciò comporti automaticamente l'estromissione dell'alienante o del*

dante causa, potendo questa essere disposta dal giudice solo se le altre parti vi consentano. ..."; Cass. 6302/1995).

Nel caso di specie non risulta né conferente istanza né tanto meno il consenso di parte opponente all'estromissione dell'originaria convenuta, che pertanto deve considerarsi parte processuale a tutti gli effetti (cfr. Cass. 18483/2006).

L'opposizione è in parte fondata e va accolta nei limiti di cui in motivazione; l'opponente va peraltro condannato al pagamento delle somme accertate come dovute.

Preliminarmente giova ricordare che il decreto ingiuntivo è un accertamento anticipatorio con attitudine al giudicato e che, instauratosi il contraddittorio a seguito dell'opposizione, si apre un giudizio a cognizione piena caratterizzato dalle ordinarie regole processuali (cfr. art. 645, 2° comma, c.p.c.) anche in relazione al regime degli oneri allegatori e probatori (cfr. Cass. 17371/2003; Cass. 6421/2003), con la conseguenza che oggetto del giudizio di opposizione non è tanto la valutazione di legittimità e di validità del decreto ingiuntivo opposto, quanto la fondatezza o meno della pretesa creditoria, originariamente azionata in via monitoria, con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia della sentenza (cfr. Cass. 15026/2005; Cass. 15186/2003; Cass. 6663/2002); quindi il diritto del preteso creditore (formalmente convenuto, ma sostanzialmente attore) deve essere adeguatamente provato, indipendentemente dall'esistenza -ovvero, persistenza- dei presupposti di legge richiesti per l'emissione del decreto ingiuntivo (cfr. Cass. 20613/2011).

In ricorso la banca ha allegato che era creditrice, nei confronti di
della complessiva somma di € 17.998,21, quale saldo debitore del conto corrente ordinario n° 436795, alla data del 4/9/2013.

Viceversa, la parte attrice ha contestato la pretesa della banca per l'assenza di idonea documentazione contrattuale e contabile e per l'esistenza di illegittimità della pretesa in tema di interessi ultralegali, anatocistici, usurari e di commissioni.

Nel costituirsi in questo giudizio di merito l'intervenuta ha contestato la domanda attrice con riferimento ai lamentati profili sostanziali in tema di prova del credito e di fondatezza della pretesa creditoria. Ha inoltre integrato la documentazione (contrattuale e contabile).

Tanto doverosamente premesso in ordine alla posizione processuale delle parti, si osserva, applicando i principi generali in materia di adempimento contrattuale e di

riparto dei relativi oneri allegatori e probatori, che nell'azione di adempimento -come nel caso di domanda di condanna contenuta in un ricorso monitorio- il creditore è tenuto a provare l'esistenza della fonte (negoziale o legale) del suo diritto e la scadenza del termine per l'adempimento, ma non anche l'inadempimento da parte dell'obbligato, che va meramente allegato, dovendo infatti essere quest'ultimo, cioè il debitore convenuto ovvero l'opponente, a provare l'esistenza di un fatto modificativo, impeditivo o estintivo dell'altrui pretesa (cfr. Cass. SU 13533/2001; Cass. 9439/2008; Cass. 15677/2009; Cass. 3373/2010; Cass. 15659/2011; Cass. 7530/2012; Cass. 8901/2013; Cass. 826/2015).

Ribadisce il Giudice, in tema di riparto dell'onere allegatorio e probatorio in materia bancaria, che nel caso in cui la banca sia attrice in senso sostanziale, come appunto nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, sulla banca stessa grava integralmente l'onere allegatorio e probatorio in ordine alla fondatezza della pretesa esatta in via monitoria. In dette ipotesi l'istituto di credito non può sottrarsi all'assolvimento dell'obbligo di produzione degli estratti conto, relativamente all'intera durata del rapporto, invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni, in quanto non si deve confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del credito, come appunto nel caso in cui sia la banca ad agire (cfr. Cass. 13258/2017; Cass. 9365/2018).

Si tratta di un principio -quello appunto sull'onere della prova che grava sulla parte che agisce- che si è andato consolidando, nel corso del presente giudizio (cfr. Cass. 15148/2018; Cass. 14640/2018).

E' stata anche evidenziata in giurisprudenza la non divisibilità, in caso di mancata produzione degli estratti conto dalla data del contratto e proprio a conferma della necessaria produzione integrale degli estratti conto, della teoria del c.d. saldo zero e quindi del rimedio dell'azzeramento delle risultanze -se negative per il correntista- del primo estratto conto disponibile (cfr. Cass. 9365/2018: *"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”).

Osserva peraltro il Giudice che va mantenuta adesione alla giurisprudenza che in questi casi consente di utilizzare, proprio perché comunque a vantaggio del correntista e a danno della banca ingiungente, che ha prodotto detta documentazione parziale, di azzerare le risultanze -se negative per il correntista- del primo estratto conto disponibile e di effettuare il calcolo a partire appunto dal saldo in tal modo azzerato.

Questi ultimi principi, dettati in tema di opposizione a decreto ingiuntivo e quindi di giudizi in cui la banca agisce come attore sostanziale, valgono, *mutatis mutandis*, nella contrapposta situazione, in cui sia il correntista ad agire per l'accertamento negativo del credito della banca e quindi sia gravato dei ricordati oneri allegatori e probatori (cfr. Cass. 9201/2015 in motivazione, proprio in tema di accertamento negativo e di prova dei fatti costitutivi ‘negativi’); in questo caso l'onere allegatorio e probatorio grava esclusivamente sul correntista in relazione all'intero periodo dedotto in giudizio (cfr. anche Cass. 21597/2013; Cass. 20693/2016; Cass. 24948/2017; Cass. 4372/2018, in motivazione).

Analogo onere di produzione, in base a conferente allegazione, riguarda il contratto di conto corrente ed il documento di sintesi, contenente le condizioni applicate al contratto; quindi anche in questo caso chi agisce è onerato della relativa produzione, in base ai principi generali ex art. 2697 c.c., da applicare anche in materia bancaria e nei rapporti processuali fra banca e correntista.

Lo stesso discorso varrebbe per gli eventuali altri contratti bancari in essere fra le parti.

Per chiudere il discorso sul riparto degli oneri probatori, va peraltro ribadito che vige pur sempre il principio di acquisizione delle prove, che, comunque ritualmente acquisite al processo, sono utilizzabili ai fini della decisione, a prescindere da chi le abbia materialmente prodotte in giudizio (cfr. Cass. 15162/2008; Cass. 21909/2013; Cass. 500/2017).

Inoltre, ricordato che *“le risultanze dell'estratto di conto corrente allegato a sostegno della domanda di pagamento del saldo legittimano l'emissione di decreto ingiuntivo ed hanno efficacia fino a prova contraria nel relativo giudizio di*

opposizione, con la conseguenza che possono essere disattese solo in presenza di circostanziate contestazioni specifiche dirette contro determinate annotazioni, non già attraverso un nuovo rifiuto del conto o la generica affermazione di nulla dovere: a tal fine, è irrilevante che dette risultanze non siano già state stragiudizialmente rese note al correntista, in quanto anche la produzione in giudizio costituisce trasmissione ai sensi dell'art. 1832 cod. civ. ed onera il correntista di provvedere alle necessarie contestazioni specifiche per superare l'efficacia probatoria della produzione" (cfr. Cass. 9579/2000; Cass. 17242/2006), osserva il Giudice, come da propria giurisprudenza, che esiste un onere per il correntista/opponente di analitica e specifica contestazione delle pretese creditorie della banca opposta (art. 115 c.p.c.), una volta che, a seguito della completa ostensione documentale, il predetto correntista sia stato messo nelle condizioni di poter esaminare la documentazione (contrattuale e contabile) afferente al rapporto per cui è causa e possa quindi individuare le pretese asseritamente contrarie alla legge o al contratto.

Per completezza va ricordato che l'eventuale mancata tempestiva contestazione stragiudiziale degli addebiti effettuati sul conto corrente non rileva in termini di maturazione di decadenze processuali; infatti l'approvazione tacita del conto ex art. 1832 c.c., applicabile anche al rapporto di conto corrente bancario (art. 1857 c.c.), rende incontestabili le relative annotazioni in sé e per sé considerate nella loro realtà effettuale, nonché la verità contabile, storica e di fatto delle operazioni annotate, ma non comporta la decadenza da eccezioni relative alla validità ed efficacia dei rapporti obbligatori (contratto ed altre pattuizioni), da cui derivano dette annotazioni (cfr. Cass. 11626/2011; Cass. 23421/2016): si tratta di giurisprudenza, anche di merito, ormai consolidata.

Deve inoltre essere ribadito che, in sede di opposizione, la mera produzione della certificazione ex art. 50 TUB non è più sufficiente a fornire la prova del credito asseritamente vantato (cfr. Cass. 14640/2018; Cass. 21092/2016; Cass. 14234/2003; Cass. 2751/2002). Ciò deriva dal fatto che si tratta unicamente di una dichiarazione unilaterale di un funzionario della banca creditrice accompagnata dalla certificazione della sua conformità alle scritture contabili e da un'attestazione di verità e liquidità del credito, mentre solo dall'esame degli estratti conto, relativi all'intera durata del rapporto, si riesce a dar conto di tutte le movimentazioni debitorie e creditorie

intervenute dall'ultimo saldo, con le condizioni attive e passive praticate dalla banca (cfr. citata Cass. 21092/2016).

Tornando alla presente opposizione, si osserva che con ordinanza pronunciata all'udienza del 16/5/2017, emessa quindi prima di Cass. SU 24675/2017 in tema di usura sopravvenuta e di Cass. SU 16303/2018 in tema di usura originaria e di incidenza delle cms, è stata ammessa ctu sul predetto conto corrente n° 436795, aperto in data 16/9/2002 e chiuso il 4/9/2013, con il seguente quesito: "... A) *Tasso di interesse passivo (nel caso di mancata valida pattuizione): Calcoli il Ctu gli interessi passivi, applicando agli scoperti di conto, il tasso sostitutivo di cui all'art.117 TUB; B) Variazioni del tasso di interesse (nel caso di valida pattuizione): 1) Predisponga il Ctu il calcolo, applicando il tasso di interesse pattuito tra le parti nella misura numerica ivi indicata ovvero il diverso tasso di interesse modificato dalla banca secondo le variazioni via via intervenute e risultanti dagli estratti conto. 2) Nel caso in cui le variazioni del tasso di interesse non siano state comunicate, calcoli il Ctu gli interessi passivi applicando agli scoperti di conto l'ultimo tasso di interesse pattuito o ritualmente comunicato. C) Anatocismo: Ricalcoli il Ctu l'esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, eliminando la capitalizzazione degli interessi, qualora risulti essere stata applicata la capitalizzazione degli interessi in assenza di reciprocità tra le parti, e quindi in violazione dell'art. 120 TUB; D) Commissione di massimo scoperto e commissioni similari, comunque denominate: Escluda la c.m.s. nel caso di previsione ed applicazione della c.m.s. sull'utilizzato, salvo i seguenti casi: a) se, nel periodo successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione n° 2 del 28/1/2009, la banca abbia stipulato clausole conformi o adeguato le clausole sulla c.m.s. alle previsioni dell'art. 2 bis del decreto legge 29 novembre 2008 n. 185 e successive modifiche; b) se, nel periodo successivo alla data del 1° luglio 2012 (decreto CICR 20 giugno 2012, n. 644), la banca abbia stipulato o adeguato le clausole contrattuali alle previsioni dell'articolo 117-bis del testo unico bancario e del suddetto decreto CICR; E) Usura: 1) Usura originaria: Accerti il Ctu, secondo i D.M. via via intervenuti, se al momento della pattuizione degli interessi o dell'esercizio dello ius variandi da parte della banca, si sia superato il tasso soglia; 2) Calcolo in caso di usura originaria: Qualora risulti che il tasso di interesse effettivo globale (TEG) pattuito o successivamente modificato ai sensi dell'art. 118 TUB nei contratti oggetto di*

causa, in riferimento ai soli interessi corrispettivi, risulti superiore al tasso soglia rilevato dal Ministero del Tesoro con D.M. corrispondente al trimestre in cui vi è stata la pattuizione, ricalcoli il Ctu l'esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, senza tenere conto di alcun interesse a qualsiasi titolo applicato; 3) Usura sopravvenuta: Accerti il Ctu, secondo i D.M. via via intervenuti, se il tasso di interesse pattuito, che al momento della stipulazione del contratto o al momento dell'esercizio dello ius variandi da parte della banca era inferiore al tasso soglia, abbia poi successivamente superato il tasso soglia nel corso del rapporto a seguito delle variazioni di quest'ultimo; 4) Calcolo in caso di usura sopravvenuta: Ricalcoli il Ctu l'esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, riducendo gli interessi nei limiti del tasso soglia previsto per il trimestre di riferimento dai D.M., qualora risulti che il tasso di interesse effettivo globale (TEG) applicato ai contratti oggetto di causa, in riferimento ai soli interessi corrispettivi, risulti nel corso del rapporto aver superato, per uno o più periodi, il tasso soglia rilevato dal Ministero del Tesoro e contenuto nel D.M. trimestrale di riferimento. 5) Parametri da confrontare con il tasso soglia ai fini della verifica dell'usura originaria e sopravvenuta: a) periodo compreso tra l'entrata in vigore della L. 108/1996 ed il 31.12.2009: computi nella base di calcolo da confrontare con il tasso soglia ogni onere con funzione di remunerazione del credito, escluse le imposte, le tasse e le commissioni di massimo scoperto (in particolare, le somme addebitate a titolo di commissione di massimo scoperto andranno calcolate nelle somme dovute senza effettuare alcuna verifica di usurarietà); b) periodo successivo all'1.1.2010: computi nella base di calcolo da confrontare con il tasso soglia ogni onere con funzione di remunerazione del credito, ivi compresa la commissione di massimo scoperto o commissione comunque denominata, con esclusione delle sole imposte e tasse; G) Conteggio finale: All'esito dei conteggi richiesti, determini il Ctu analiticamente i rapporti di dare/avere alla data di chiusura dei conti..." (cfr. citata ordinanza).

Inoltre erano stati indicati determinati criteri per le modalità di effettuazione dei conteggi: "... A) Se sono stati prodotti tutti gli estratti conto a partire dall'inizio del rapporto: con decorrenza dalla data di apertura del conto; B) Se non sono stati prodotti gli estratti conto iniziali, visto che ad agire è la banca opposta: dalla data del primo saldo disponibile, portato a "0" se negativo, invece mantenuto se positivo; C)

Nel caso, invece, in cui la documentazione sia incompleta nei periodi intermedi, visto che ad agire è la banca opposta: tenga conto esclusivamente dei periodi documentati e, qualora l'estratto conto iniziale del periodo documentato (preceduto da un periodo non documentato) rechi saldo negativo, applichi il saldo "0", escludendo quindi l'eventuale peggioramento del saldo formatosi nel periodo non documentato. Qualora, invece, l'estratto conto iniziale del periodo documentato (preceduto da un periodo non documentato) rechi saldo positivo, mantenga il saldo indicato, ..." (cfr. citata ordinanza).

In ordine alla documentazione esaminabile risulta evidenziato nella ctu, a firma del dott. _____ che "... dall'analisi del contratto di accensione del conto corrente ordinario n. 436795 sottoscritto il 16.09.2002 da entrambi i componenti ... è emersa l'assenza delle relative condizioni economiche e di specifiche aperture di credito pattuite in forma scritta e sullo stesso regolanti. ..."; che "... Non si sono peraltro rinvenute in atti, successivamente alla data di accensione del rapporto, aperture di credito integrative sottoscritte dal correntista nelle quali risultassero convenute condizioni economiche specifiche applicabili al rapporto. ..." e che "... Anche tra i documenti indistintamente allegati dalla _____ alla seconda memoria ex art. 183 c.p.c. priva peraltro del relativo indice dei documenti allegati non si sono riscontrate pattuizioni economiche opportunamente predisposte. ...", con la conseguenza che "... In virtù degli accertamenti compiuti non risultano quindi convenuti tra le parti, né i tassi debitori intra e fuori fido, né l'aliquota delle C.M.S. ed i parametri di computo in base ai quali quest'ultima avrebbe dovuto essere applicata. ..." e con la precisazione che "... Le previsioni contenute nella copia di contratto depositato attengono esclusivamente alle "Norme disciplinanti i conti correnti di corrispondenza ed i servizi connessi" e tra queste risulta in particolare prevista la clausola concernente la capitalizzazione trimestrale paritaria degli interessi (cfr. art. 7 delle norme generali). ..." (cfr. ctu, in atti).

Inoltre, il Ctù ha evidenziato che "... Tra i documenti allegati alla seconda memoria dell'opposta sono presenti delle proposte di modifica unilaterale del contratto, nelle quali sono indicati dei tassi debitori riferiti ad un'apertura di credito della quale come già detto non si è rinvenuto in atti alcun contratto, né risultano specificati i relativi limiti di fido in ragione dei quali la Banca avrebbe dovuto trimestralmente calcolare gli

interessi. ...” e che “... Le relazionate circostanze hanno dunque precluso allo scrivente di individuare in modo preciso e determinato le pattuizioni concernenti l’apertura di credito regolante sul rapporto in questione e ne hanno dunque reso inapplicabile il relativo contenuto in sede di ricalcolo del saldaconto. ...”, con la conseguenza che “... Appurata dunque, sia la mancata pattuizione in forma scritta di condizioni economiche certe e precise disciplinati l’apertura di credito regolante sul conto oggetto d’esame, sia i criteri di determinazione della C.M.S., in ossequio alle indicazioni giudiziali, si è rielaborato il saldo del conto, disapplicando quest’ultima, ed applicando in regime di capitalizzazione trimestrale per l’intera durata contrattuale i tassi sostitutivi B.O.T. previsti dal settimo comma dell’art. 119 T.U.B. avendo comunque ritenuto il conto assistito da un affidamento di fatto in base ai principi fissati dalla prevalente giurisprudenza di merito ...” (cfr. ctu in atti).

Inoltre, sempre con riferimento alla documentazione esaminata, il Ctu ha precisato che risultava “... l’avvenuta sottoscrizione del programma “Genius Smart Enti Previdential”, a fronte del quale è stato convenuto un corrispettivo mensile pari ad € 3,87. ...” (cfr. ctu, in atti).

Parziale è risultata anche la produzione, il cui onere gravava sulla banca opposta, della documentazione contabile, avendo invero il Ctu rilevato, a proposito della documentazione allegata alla memoria ex art. 183/6 n° 2 c.p.c., che vi era stato “... l’esclusivo deposito dell’estratto movimenti relativo al lasso temporale intercorso tra la data del 2.1.2007, in cui il saldo iniziale debitore è risultato pari ad € 4.157,85, e quella del 5.4.2012 in cui lo stesso è stato azzerato e poi estinto previo passaggio a sofferenza di un importo pari ad € 17.459,76. ...”, con la conseguenza che “... L’ausiliario, constatata l’assenza degli estratti scalari e dei fogli riepilogativi delle competenze per l’intero periodo oggetto d’indagine, fatta eccezione per quelli relativi al I trim. 2012, ha ritenuto di non poter eseguire gli accertamenti aventi ad oggetto la corretta applicazione dello *ius variandi* (punto B del quesito), la C.M.S. (punto D del quesito) e la verifica dell’usura (punto E del quesito). ...” e che “... Pertanto si è esclusivamente ricalcolato il saldo del conto, capitalizzando trimestralmente i soli interessi calcolati in base ai tassi sostitutivi B.O.T. ex art. 117 T.U.B., rettificando i corrispettivi applicati a fronte del servizio “Genius Smart Enti Previdential”, ove computati dalla Banca in misura difforme rispetto alle condizioni convenute ...” (cfr. ctu, in atti).

Orbene, premesso che all'art. 7 del contratto di conto corrente in atti è prevista la pari periodicità trimestrale nel calcolo degli interessi attivi e passivi e ribadito altresì che solo nel caso di mancata stipula per iscritto del contratto di conto corrente è possibile l'applicazione degli interessi al tasso legale ex art. 1284 c.c. e che, viceversa, solo nel caso di pattuizione per iscritto del contratto e di mancanza di clausola sulla pattuizione del tasso degli interessi ultralegali, vanno applicati gli interessi sostitutivi ex art. 117 TUB, si condividono pienamente le conclusioni cui è pervenuto il Ctù, il quale invero ha correttamente ricalcolato gli interessi ed il saldo finale del rapporto alla data del 5/4/2012 sulla base dei seguenti criteri: "... A) azzerando l'importo iniziale a debito al 2.1.2007 pari ad € 4.157,85 indicato nell'estratto movimenti depositato, stante la mancata produzione ad opera dell'opposta della documentazione contabile iniziale in ossequio a quanto precisato dal magistrato (cfr. punto B del quesito); B) eliminando le competenze originariamente applicate stante l'assenza, sia di una pattuizione scritta delle condizioni economiche applicate che di un dettaglio delle stesse; C) capitalizzando trimestralmente le competenze applicate; D) rielaborando gli interessi attivi e passivi per l'intero periodo in base ai criteri dettati dall'art. 117 c. 7 del T.U.B. e dunque mediante i tassi sostitutivi B.O.T. minimo e massimo "...individuati nei 12 (dodici) mesi precedenti l'anno di applicazione degli stessi", vista la mancata pattuizione dei tassi debitori e creditori nel negozio del 16.02.2002 (cfr. punto A del quesito); E) rettificando gli addebiti relativi al servizio "Genius Smart Enti Previdential" tenuto conto della pattuizione del corrispettivo mensile pari ad € 3,87; F) utilizzando infine la data valuta quale parametro di ordinamento delle movimentazioni per la determinazione degli interessi e del saldo, vista la mancata contestazione dell'opponente su tale aspetto. ..."

(cfr. ctù, in atti).

Facendo buon governo delle risultanze processuali, il Ctù è condivisibilmente pervenuto alla conclusione che "... Per effetto delle elaborazioni eseguite in luogo dell'originario saldo debitore trasferito il 5.4.2012 a crediti risolti/scaduti pari ad € 17.459,76 ... si è generato un nuovo importo a debito pari ad € 2.847,01 ...", con una differenza, rispetto al saldo contabile, di € 14.612,75 credito dell'opponente (cfr. ctù, in atti).

Alla luce delle superiori osservazioni in fatto e in diritto e portando a sintesi le superiori risultanze processuali, osserva il Giudice che va individuato, alla data del

5/4/2012, un saldo negativo, a debito di parte attrice, pari appunto complessivamente a - € 2.847,01, a fronte del saldo contabile di - € 17.459,76.

Per quanto riguarda la domanda restitutoria, valgono le seguenti osservazioni.

Al riguardo, come discorso di carattere generale, va ribadito, premesso che la domanda di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. presuppone che la dazione di denaro risulti priva di causa per mancanza originaria (cfr. Cass. 3994/2006) ovvero per mancanza sopravvenuta di una *causa debendi* (cfr. Cass. 9052/2010), che, nel caso in cui il conto corrente fosse ancora in essere al momento della notificazione della citazione, sarebbe inammissibile qualsiasi domanda di ripetizione di indebito, fondata sul presupposto della nullità di alcune delle clausole del contratto; infatti l'annotazione in conto corrente di una posta, relativa a commissioni o ad interessi in ipotesi illegittimamente addebitati, comporta unicamente un incremento del debito del correntista o, nel caso di affidamento, una riduzione del credito in ipotesi disponibile, ma in alcun caso si risolve in un trasferimento patrimoniale ed in una rimessa solutoria e quindi in un pagamento, oggetto di possibile ripetizione.

Lo stesso discorso varrebbe anche per l'eventuale eccezione di compensazione, in quanto detta modalità di estinzione del debito del correntista nei confronti della banca presupporrebbe l'esigibilità del proprio preteso controcredito per restituzioni, controcredito che invece non sarebbe esigibile fino alla chiusura del conto corrente.

Nel caso di specie, in presenza di un conto corrente pacificamente chiuso, la domanda di ripetizione sarebbe astrattamente ammissibile.

La stessa è peraltro infondata, in quanto, pur a fronte di una differenza contabile fra quanto richiesto in via monitoria dalla banca e quanto invece accertato come effettivamente dovuto, non vi è alcuna prova, in base a conferente allegazione, che detta differenza sia stata effettivamente pagata dal correntista alla chiusura del conto, con passaggio a sofferenza, così che la dazione della maggior somma, rispetto a quella effettivamente dovuta, possa costituire un indebito oggettivo.

In conclusione, la domanda di ripetizione è infondata per l'insussistenza stessa del requisito dell'avvenuto pagamento da parte del correntista e di estinzione del debito risultante dal saldo contabile.

Tali essendo le risultanze di causa, si ritiene pertanto necessario revocare il decreto ingiuntivo opposto, in quanto, alla luce delle risultanze di causa, non risulta dovuta dalla parte opponente l'intera somma esatta in via monitoria, pari a € 17.459,76.

Peraltro, in base alle superiori osservazioni in fatto ed in diritto, l'attore va condannato al pagamento, in favore della cessionaria del credito per cui è causa, della complessiva somma, alla data del 5/4/2012, di € 2.847,01, oltre agli interessi convenzionali dal 6/4/2012 fino al saldo effettivo.

La possibilità di revoca del decreto ingiuntivo opposto e di contestuale condanna per la differenza è pacifica in giurisprudenza, in quanto sia con il ricorso per decreto ingiuntivo che con la domanda di rigetto dell'opposizione vi è esercizio di un'azione di condanna (cfr. Cass. 10104/1996; Cass. 9021/2005); quindi non vi è alcun vizio di extrapetizione, neanche a fronte di una mera richiesta di conferma del decreto ingiuntivo opposto, e nulla impedisce, in caso di revoca del decreto ingiuntivo per parziale infondatezza della pretesa azionata in via monitoria ovvero per pagamenti *medio tempore* eseguiti dall'opponente ovvero per questioni formali attinenti al decreto monitorio, che l'opponente possa essere condannato al pagamento della somma accertata come dovuta alla data della sentenza (cfr. Cass. 1954/2009; Cass. 9021/2005; Cass. 15186/2003; Cass. 15339/2000): si consideri inoltre l'art. 653, 2° comma, c.p.c., in tema di accoglimento parziale dell'opposizione, ed il generale principio che nel più sta il meno (cfr. Cass. 28660/2013).

Per quanto riguarda il regime delle spese dell'intera procedura -si rammenta che la procedura (fase monitoria e fase di opposizione) è unica e che il decreto ingiuntivo è stato revocato anche in ordine al capo delle spese -, osserva il Giudice che le spese di lite devono essere compensate per intero, alla luce dell'esito complessivo del giudizio in ordine all'accertamento della debenza di parte della somma esatta in via monitoria (cfr. Corte Cost. 77/2018)

Le spese di cui, già liquidate in corso di causa con separato decreto del 10/4/2018, vanno definitivamente poste per metà a carico dell'opponente e per la restante metà a carico dell'intervenuta.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando:

- dichiara la contumacia di

- dichiara ammissibile l'intervento ex art. 111 c.p.c. di l. e per essa, quale mandataria speciale, in parziale accoglimento dell'opposizione proposta dall'attore revoca il decreto ingiuntivo opposto n° 29436/2015 del 28/12/2015 di questo Tribunale (R.G. n° 80187/2015);
- condanna peraltro l'opponente al pagamento, in favore di, cessionaria del credito per cui è causa, della complessiva somma, alla data del 5/4/2012, di € 2.847,01, oltre agli interessi convenzionali dal 6/4/2012 fino al saldo effettivo;
- rigetta la domanda attorea di ripetizione;
- compensa per intero le spese di lite fra le parti costituite;
- pone definitivamente le spese di ctu, liquidate con separato decreto del 10/4/2018, per metà a carico dell'opponente e per metà a carico dell'intervenuta.

Così deciso a Roma, il 21/3/2019

il Giudice
dott. Francesco Remo Scerrato