



REPUBBLICA ITALIANA
INNOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Lecce - Sezione *Prima* Civile - composta dai Signori:

dott. **Riccardo MELE** - Presidente
dott.ssa **Patrizia EVANGELISTA** - Consigliere
dott.ssa **Crescenza DONGIOVANNI** - Giudice Aus. estensore

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile in grado di appello iscritta al n. 780 del Ruolo Generale delle cause dell'anno 2017,

T R A

[REDACTED]
(p.i. 02085630750) in persona del curatore avv.

- APPELLANTE -

E

[REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall' [REDACTED] come da mandato in atti;

- APPELLATA e APPELLANTE INCIDENTALI -

[REDACTED]

- APPELLATO CONTUMACE -

All'udienza del 3 aprile 2019 le parti costituite hanno precisato le

conclusioni come da relativo verbale, il cui contenuto deve intendersi qui integralmente richiamato e trascritto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

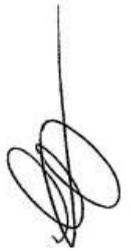
con atto di citazione del 26/04/2012 propose opposizione av-
verso il del Tribunale di Galatina con il quale, su istanza

nella sua qualità di procuratore de titolare del rap-
porto dedotto in giudizio, gli era stato ingiunto in quanto fideiussore della debi-
trice , fallita nel 2011, il pagamento della complessiva somma di €
126.545,92, di cui € 67.321,10 per scoperto del c/c n. 18/79436 aperto il
10/03/1993 e la restante somma per rate impagate e capitale residuo relative al
mutuo fondiario del 02/08/2004 e al finanziamento del 28/07/2005, oltre spese
del monitorio. Eccepi:

- A) riguardo al rapporto di c/c l'inefficacia/nullità degli addebiti di interessi attivi e passivi applicati al c/c, della clausola relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, degli addebiti per cms, per cd. giorni valuta e spese varie;
- B) la nullità del contratto di mutuo e del finanziamento perché di fatto destinati non al finanziamento fondiario ma ad appianare il saldo negativo del conto derivante dall'applicazione di condizioni pattizie nulle o comunque non concordate tra le parti.

Concluse chiedendo 1) l'accertamento e la dichiarazione delle varie nullità eccepite nel corpo della opposizione; 2) l'accertamento e la dichiarazione dell'esatto dare avere del rapporto di c/c; 3) conseguentemente la revoca del DI.

Si costituì in data 07/06/2012 eccependo preliminarmente la



prescrizione e la decadenza delle richieste restitutorie e nel merito la infondatezza della opposizione.

La causa venne istruita documentalmente e a mezzo di CTU contabile.

In data 14/07/2015 e prima dell'udienza del 17/09/2015 fissata per la precisazione delle conclusioni, il fallimento _____ depositò comparsa di intervento ex art. 105 cod.proc.civ. aderendo alle eccezioni, argomentazioni e conclusioni già sviluppate da _____ sia in ordine al c/c che al contratto di mutuo e di finanziamento, aggiungendo nelle conclusioni la condanna della banca al pagamento della somma risultante a seguito del ricalcolo del saldo del conto corrente depurato dagli effetti delle clausole nulle.

La causa fu decisa con sentenza n. 5379/2016 pubblicata il 19/12/2016 con la quale il Tribunale di Lecce:

- dichiarò inammissibile l'intervento del fallimento

in quanto avvenuto oltre i termini assegnati per proporre o precisare domande;

- rigettò l'eccezione di prescrizione formulata dalla banca, non avendo l'attore proposto domanda di ripetizione di indebito, ma solo di accertamento del saldo;

- dichiarò illegittima la clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi e ritenne non dovute le spese di tenuta del conto perché non pattuite. Ritenne, al contrario dovuta la cms, pattuite espressamente in contratto nella misura dello 0,500%;

- accertò, sulla base delle conclusioni del c.t.u., l'esistenza, alla data della revoca, di un saldo a credito del conto corrente pari a € 126.310,25 (non essendo stati depositati tutti gli estratti conto, ritenne doversi ricostruire il rapporto partendo



dal cd.saldo zero in caso di prima annotazione a debito del correntista e, in caso contrario, dal saldo effettivo, operando, per i periodi in cui mancavano gli estratti, un raccordo tra i diversi saldi) ritenendo che l'onere della prova, circa la ricostruzione del rapporto di c/c, incombeva all'istituto di credito, che aveva agito in giudizio per il pagamento, e che la ricostruzione del rapporto andava effettuata partendo dal primo estratto conto disponibile se a credito del cliente o dal saldo zero se il primo estratto conto disponibile era a debito del cliente e che nel caso in cui fossero mancati dopo il primo estratto conto disponibile quelli successivi la ricostruzione doveva essere fatta sulla base degli estratti conto disponibili, concluse che, in base a quanto evidenziato dalla condivisa CTU, era emersa l'esistenza di un credito della parte attrice nei confronti della convenuta scaturente dal rapporto di c/c;

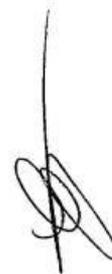
- ritenne rinunciate le eccezioni di nullità dei contratti di mutuo e di finanziamento, perché non riproposte in sede di pc, con la conseguente condanna al pagamento della somma di € 61.465,54 in favore di _____ in virtù dell'inadempimento mai contestato delle obbligazioni nascenti dai due contratti;
- revocò il DI opposto, che recava condanna ad un importo maggiore.

Compensò per intero tra le parti le spese di lite e pose a carico delle stesse parti in egual misura le spese di CTU.

Avverso la sentenza non notificata il fallimento

_____ ha proposto appello con atto di citazione notificato il 15/06/2017 chiedendone la riforma con due motivi di gravame e riproponendo le domande già proposte in primo grado.

In data 09/11/2017 si è costituito _____ resistendo al gravame e



proponendo appello incidentale sulla base di tre motivi di censura.

Non si è costituito S

All'udienza collegiale del 3 aprile 2019 le parti costituite hanno precisato le conclusioni come da verbale in atti e la Corte ha riservato la decisione con assegnazione dei termini ex art. 190 cpc.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente la Corte dichiara la contumacia di al quale l'appello risulta regolarmente notificato.

Con il primo motivo la curatela ha censurato la sentenza per violazione dell'art. 268 cod.proc.civ. nella parte in cui ha ritenuto inammissibile l'intervento per tardività. Ritiene che, invece, a norma dell'art. 268 cod.proc.civ. il termine ultimo per spiegare intervento volontario nel giudizio pendente tra soggetti terzi è l'udienza di pc e che il divieto previsto dal II comma della stessa norma riguardi la sola attività istruttoria e non già la possibilità di proporre domande nuove ed autonome.

Il motivo è fondato.

L'intervento svolto dalla curatela ex art.105 cod.proc.civ. è ammissibile perché lo stesso si è perfezionato, in ossequio alla previsione dell'art. 268 cod.proc.civ., prima dell'udienza di pc. L'avvenuta costituzione dopo lo spirare del termine di cui all'art.183 cod.proc.civ. ha l'unico effetto di impedire la formulazione di istanze istruttorie per le quali sono già maturate le preclusioni di rito. È invece possibile per l'interventore formulare anche domande nuove e diverse da quelle introdotte nel giudizio dall'attore (v.cass. sent.n. 25798/2015 *“la formulazione della domanda costituisce l'essenza stessa dell'intervento principale e litisconsortile, sicché la preclusio-*



ne sancita dall'art. 268 c.p.c. non si estende all'attività assertiva del volontario interveniente, nei cui confronti non opera il divieto di proporre domande nuove ed autonome in seno al procedimento "fino all'udienza di precisazione delle conclusioni", configurandosi solo l'obbligo, per l'interventore stesso ed avuto riguardo al momento della sua costituzione, di accettare lo stato del processo in relazione alle preclusioni istruttorie già verificatesi per le parti originarie").

Con il secondo motivo l'appellante principale ripropone l'eccezione di nullità del contratto di mutuo e del finanziamento ex art. 1418 cc.

Rileva la corte che la domanda è improcedibile con riferimento alle questioni poste relativamente al contratto di mutuo ed a quello di finanziamento.

Risulta che nelle more del giudizio di primo grado il credito riveniente dai contratti di mutuo 26/08/2004 e di finanziamento 28/07/2005, diversamente da quello riveniente dal c/c, è stato ammesso al passivo del fallimento in via privilegiata nella misura di € 61.585,18, con espressa approvazione del Curatore e in accoglimento dello stato passivo dallo stesso redatto (cfr. il decreto di esecutività dello stato passivo del 25/03/2016 allegato nel primo grado di giudizio). Come allegato dalla banca e non contestato dalla curatela il decreto di esecutività, peraltro, non è stato impugnato ex art. 98 L.F., sicché è divenuto definitivo.

L'ammissione al passivo comporta che gli organi della procedura hanno ritenuto che i due contratti fossero immuni da vizi che inficiassero le ragioni di credito fatte valere dalla banca. Le decisioni assunte in sede concorsuale sono in netto ed evidente contrasto con la pretesa della curatela, azionata in questa sede, di far valere, sulla base del medesimo rapporto contrattuale, un vizio che inficia in radice l'efficacia dei titoli negoziali. Se, infatti, il curatore avesse ritenuto fondato



L'assunto sostenuto in sede di opposizione a decreto ingiuntivo – inesistenza del credito della banca ed esistenza di un credito del correntista – avrebbe dovuto far valere detta situazione ai sensi dell'art.95 comma 1 l.fall. ed eventualmente, a fronte di un provvedimento del g.d. di accoglimento della domanda di insinuazione al passivo, proporre opposizione ex art.98 l.fall.. Tale conclusione è in linea con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui *“l'accertamento del diritto di credito conseguente al decreto di esecutività ex art.97 l.fall., pur non avendo valore di giudicato al di fuori del fallimento, ma effetto preclusivo soltanto durante la procedura fallimentare, impedisce che, in corso di essa, possano essere proposte dal creditore e dal debitore, ad un giudice diverso da quello fallimentare, le questioni riconducibili al credito ammesso al passivo, come pure alla validità ed opponibilità del titolo da cui esso deriva”* (così cass.sent.n.6738/14 e sent.n.12683/11).

Le questioni sollevate dalla curatela con riferimento al rapporto di conto corrente – per il quale la domanda di ammissione al passivo proposta dalla banca venne rigettata – possono essere esaminate – per evidenti ragioni di connessione – con il primo motivo di appello incidentale con il quale censura la
sentenza nella parte in cui accerta e dichiara un saldo del c/c di € 126.310,25 alla data del 14/10/2011. Sostiene che il giudice avrebbe fatto mal governo del principio dell'onere della prova che nella fattispecie spettava allo , il quale, avendo agito con domanda riconvenzionale di accertamento del saldo, avrebbe dovuto produrre tutti gli estratti conto dall'inizio del rapporto. In mancanza di detta integrale produzione, i calcoli del CTU sono stati eseguiti sulla base di documentazione incompleta e parziale, impiegando criteri di raccordo e presuntivi



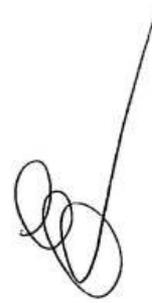
del tutto inidonei a suffragare le richieste dell'opponente. Conclude affermando che il giudice, accertate le nullità delle clausole contrattuali avrebbe dovuto revocare il DI per carenza di prova ma allo stesso tempo rigettare la domanda riconvenzionale di accertamento del dare- avere proposta dallo Stefanizzi.

Il motivo di appello è fondato e va accolto.

Nella fattispecie in esame lo con l'atto di opposizione ha proposto, oltre ad una domanda di accertamento della illegittimità dell'applicazione di interessi, spese di tenuta conto e cms, anche una domanda di accertamento negativo del credito. Tale ultima domanda proposta dallo è fatta propria anche dal fallimento di con l'atto di intervento è rimasta sfornita di prova e perciò va rigettata. Infatti come stabilito da ultimo dalla Cassazione con sentenza n. 500/2017: *"chi propone una domanda riconvenzionale, di natura creditoria, deve provare l'esistenza e l'entità del credito. L'opponente a decreto ingiuntivo, convenuto in senso sostanziale rispetto alla domanda creditoria formante oggetto del provvedimento monitorio, assume la posizione, anche sotto il profilo dell'onus probandi, di attore, in ordine alla proposizione della domanda riconvenzionale"* precisando nel contempo che: *"Non modifica il regime dell'onere probatorio, secondo l'orientamento costante di questa Corte, neanche la qualificazione giuridica della domanda come di accertamento negativo del credito di controparte, dal momento che l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude ne' inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, in tal caso la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario,*



od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo. (Cass. 23229/2004; Cass. 9099/2012). (Cass. 9201 del 2015 in motivazione).” Stabilito che l'onere della prova gravava sull'opponente con riguardo alla domanda di accertamento del credito si precisa che tale onere della prova andava assolto con la produzione da parte dell'opponente di tutti gli estratti conto, a partire dall'inizio del rapporto. Si cita a riguardo fra tante la sentenza della Cassazione n. 20693/2016 secondo cui: “*Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultra legali a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso i relativi estratti a partire dalla data della sua apertura, così effettuandosi l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere, con applicazione del tasso legale, sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, invece, rivelandosi, a tal fine, criteri presuntivi od approssimativi. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto non provato l'intero andamento di un rapporto ultraventennale, avendone il correntista, gravato del corrispondente onere per aver agito ex art. 2033 c.c., prodotto, tardivamente, solo alcuni estratti conto in aggiunta a quelli relativi all'ultimo decennio depositati dalla banca, non risultando nemmeno incontroverso il saldo ad una determinata data).*” Orbene lo non ha prodotto tutta la documentazione contabile necessaria per la ricostruzione del rapporto, non assolvendo al proprio *onus probandi*. La documentazione prodotta in atti risulta, infatti, incompleta e frammentaria per tutto il periodo dall'apertura del conto alla chiusura. Mancano gli estratti conto riguardanti mesi o addirittura anni (mancano per es. estratti conto e scalari dal 30/12/1997 al 18/12/1998 o dal 01/01/2002 al 01/05/2003). Lo peraltro, non solo ha mancato di produrre la documentazione relativa all'andamento del conto (che



pure avrebbe dovuto essere nella sua disponibilità non essendo contestato l'invio a cura della banca), ma si è anche opposto all'adempimento da parte della banca all'ordine di esibizione di detta documentazione ex art.210 cod.proc.civ., ordine emesso dal g.i. con ordinanza del 28/11/2013 (alla richiesta di esibizione del CTU rivolta alla banca e allo come da convocazione del 5 marzo 2014, quest'ultimo dichiarò di non essere in possesso della documentazione richiesta, invitò il CTU ad utilizzare quanto già prodotto con note ex art. 183 cod.proc.civ. e propose formale opposizione ad ogni e ulteriore acquisizione).

La mancata di compiuta documentazione riguardo l'andamento del rapporto di conto corrente comporta che anche la domanda di pagamento della banca, come peraltro evidenziato dalla stessa con l'appello incidentale, è rimasta sfornita di prova, per cui la relativa domanda proposta con il ricorso per DI va rigettata.

In conseguenza dell'accoglimento del primo motivo di appello incidentale risultano assorbiti gli ulteriori due motivi condizionati al rigetto del primo.

Si rileva che la parte della sentenza che dichiara e accerta la nullità degli addebiti a titolo di interessi spese e capitalizzazione trimestrale è passata in giudicato non essendo stata oggetto di impugnazione.

Inoltre risulta passata in giudicato anche la parte della sentenza che ha condannato il fideiussore al pagamento della somma di € 61.465,54 a titolo di credito rinveniente dai contratti di mutuo e del finanziamento oltre interessi dalla domanda al soddisfo.

In considerazione della reciproca parziale soccombenza le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti.

Le spese di CTU vengono poste in ugual misura a carico di tutte le parti.

