REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Benevento, II Sezione civile
in persona del giudice monocratico Dr. FLAVIO CUSANI ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. [redacted]/2017 del R.G.A.C., avente ad oggetto: opposizione a precetto - APERTURA DI CREDITO IN CONTO CORRENTE GARANTITA DA IPOTECA

TRA

[redacted] rappresentata e difesa dall'Avv. [redacted], come da procura in atti;

OPPONENTE

E

[redacted] **E PER ESSA** [redacted], rappresentata e difesa dall'avv. [redacted] come da procura in atti;

OPPOSTA

CONCLUSIONI

Quelle di cui al verbale di udienza del 17/9/2020, ove le parti costituite hanno concluso riportandosi a tutti i propri atti e scritti difensivi ed alle conclusioni ivi rassegnate, insistendo per il loro accoglimento ed il rigetto di quelle avverse.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione notificato in data 31/10/2017 la [redacted] faceva opposizione al precetto notificato in data 11/20/2017 dalla [redacted] - e per essa da [redacted] - per il complessivo importo di Euro 354.640,03 in forza di un asserito titolo esecutivo, costituito da contratto di apertura di credito in conto corrente ipotecaria stipulato in data 8/9/2010 con la [redacted], per euro 300.000,00 a tasso variabile e della durata di 120 mesi, a rogito del [redacted] Deducevano a motivi: 1) la carenza di legittimazione attiva della banca precettante; 2) la nullità dell'atto di precetto in quanto fondato su un atto pubblico non indicante sussistenza e misura del credito; 3) la natura sostanziale di mutuo ipotecario del rapporto dedotto in giudizio, sebbene definito in contratto come apertura di credito in conto corrente assistita da garanzia ipotecaria; 4) l'usurarietà originaria del

finanziamento, anche in virtù dell'interesse moratorio pattuito in contratto, con applicazione dell'art. 1815 comma 2 c.c. (non debenza degli interessi). Per tali motivi chiedeva di dichiarate la nullità dell'atto di precetto e in subordine di rideterminare l'eventuale importo da restituire alla banca, con condanna della stessa al risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c.

Si costituiva in giudizio l'opposta banca, la quale chiedeva il rigetto dell'opposizione, per infondatezza in fatto ed in diritto dei motivi, rilevando in ogni caso il buon diritto della banca di proseguire nell'azione esecutiva, visto che la maggior parte del credito intimato è costituito da capitale finanziato e non restituito.

Rigettata la richiesta di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo azionato, espletata ctu contabile, la causa veniva riservata in decisione.

L'opposizione è fondata e pertanto va accolta.

Preliminarmente, riguardo all'eccezione di legittimazione attiva dell'opposta, va evidenziato che la [redacted] ha prodotto tutti gli atti dai quali si desume che la [redacted], con atto in data 20 ottobre 2008 rep n. 47912 Racc. n. 13013 a rogito Notaio [redacted] ebbe a fondersi per incorporazione in [redacted]. Quest'ultima, in data 14/07/2017, nell'ambito di un'operazione unitaria di cartolarizzazione ai sensi degli articoli 4 e 7.1 Legge 130 del 1999 e dell'art. 58 del D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, ha concluso, con [redacted], un contratto di cessione di crediti, debitamente pubblicato, nella Gazzetta Ufficiale Parte II – del 8 agosto 2017. Da detta pubblicazione – che, ai sensi dell'art. 58 commi 3 e 4 TUB, supplisce a qualsiasi altro adempimento pubblicitario e a qualsiasi altra notifica utile ai fini dell'opponibilità della cessione – emerge che, l'oggetto della stessa, è costituito da tutti i crediti di [redacted] "*derivanti da contratti di mutuo, di apertura di credito o da finanziamenti erogati in altre forme tecniche concessi a persone fisiche e persone giuridiche nel periodo compreso tra il 1971 e il 2016 e qualificati come attività finanziarie deteriorate*", per cui essa comprende anche il rapporto bancario di cui titolo precettato.

Ciò posto va osservato che ai sensi dell'art. 474 c.p.c. l'esecuzione forzata non può avere luogo che in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile fondato, tra gli altri, su un atto ricevuto da notaio. Nel caso in esame il titolo esecutivo richiamato in precetto è il contratto denominato "apertura di credito in conto corrente assistita da garanzia ipotecaria", il quale prevede, a differenza del mutuo, non l'erogazione, ma solo la messa a disposizione della somma di euro 300.000,00 decrescente nel

tempo e con termine del 31.12.2020. Nel caso in cui la parte si avvalga dell'intera somma affidata, il contratto prevede una rateizzazione con l'applicazione di un tasso di interessi determinato in ragione dell'Euribor a sei mesi, maggiorato di 2 punti percentuali (art. 4 del contratto); mentre, per il caso di mora del debitore, l'art. 5 del contratto prevede un tasso di mora "nella misura del tasso contrattuale vigente maggiorato di tre punti in ragione di anno".

Dall'atto notarile azionato con precetto non risulta, dunque, se il correntista abbia usufruito in tutto o in parte della linea di credito, né il tempo dei singoli prelievi e dei versamenti restitutori o ripristinatori eseguiti, né il calcolo degli interessi, delle commissioni e delle spese addebitati dalla banca sul conto corrente. La situazione è quindi ben diversa dal mutuo ipotecario, dal cui rogito notarile emerge come certa la somma erogata dalla banca al cliente e spetta al mutuatario provare di aver estinto in tutto o in parte il debito. In pratica, mentre nel mutuo ipotecario può essere intimata con il precetto una somma che va dall'importo massimo da restituire previsto in contratto fino a quella minore che la banca mutuante assume di non avere ricevuto in restituzione, nell'apertura di credito in conto corrente assistita da garanzia ipotecaria non vi è l'indicazione di alcuna somma erogata dalla banca, ma solo l'indicazione della somma massima che la banca mette a disposizione del soggetto affidato. Solo successivamente al perfezionamento del contratto, e in caso in cui il soggetto finanziato decida di avvalersi dell'apertura di credito, si determina la posizione creditoria della banca, peraltro mutevole e anche estinguibile dal correntista a suo piacere nel tempo. La somma dovuta dal mutuatario per essere dimostrata abbisogna, dunque, della produzione degli estratti conto dall'inizio del rapporto fino alla data dell'intimazione di pagamento.

Quindi erra la difesa dell'opposta quando, in comparsa di costituzione, allega che stante "l'erogazione dell'importo finanziato di euro 300.000,00, compete al debitore che, come nella specie, contesti il diritto del creditore di agire *in executivis,* l'onere di dimostrare di avere integralmente adempiuto la sua obbligazione". Né ha fondamento l'affermazione contenuta nell'atto di precetto opposto, secondo cui, stante il titolo esecutivo, "sulla debitrice incombe l'obbligo del pagamento delle rate di finanziamento dovute".

La giurisprudenza è ferma nello statuire che il titolo esecutivo deve contenere in sé i dati necessari per effettuare una quantificazione del credito attraverso un mero calcolo matematico, sulla base di elementi certi contenuti nel titolo stesso e non attinti da altre fonti (cfr. Cass. 5/2/2011 n. 2816; Cass.

23/4/2009 n. 9693). In pratica, l'atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale, per essere titolo esecutivo relativamente ad una obbligazione pecuniaria, deve essere autosufficiente per dare contezza della certezza, liquidità ed esigibilità del credito; quindi il rinvio ad altra documentazione non omogenea (ad es. estratti conti) fa sì che l'atto non possa essere titolo esecutivo: la certezza del credito deve risultare dallo stesso titolo esecutivo e non da altri documenti non dotati di tale efficacia, mentre il contratto notarile indica soltanto la somma messa a disposizione dei correntisti ma non la reale esposizione debitoria.

Tale istituto è infatti chiamato anche "scoperto di conto corrente" poichè il cliente ha la possibilità di prelevare dal conto corrente dei soldi che non vi ha prima depositato, entro un limite e per un tempo convenuto. L'utilizzo di questa opportunità porterà il conto corrente "in rosso", cioè in una condizione debitoria verso la banca ed alla fine di ogni giornata saranno calcolati gli interessi in base all'esposizione del debito. Quindi mentre per il mutuo il debito è certo sin dall'origine, nel conto corrente ipotecario non lo è e può variare, nel corso della durata, in base ai movimenti in entrata ed in uscita decisi dal correntista. Per sapere in che termini ed in che misura tale disponibilità sia stata effettivamente utilizzata dal correntista e quale sia il conseguente debito nei confronti della banca, è necessario rifarsi agli estratti del conto corrente. Si tratta però di documenti successivi ed esterni rispetto all'atto ricevuto dal notaio. E questo è il motivo per cui il contratto di conto corrente ipotecario non è un titolo esecutivo e non può essere rilasciata dal notaio la copia esecutiva.

Per quanto sopra detto il precetto va dichiarato nullo in quanto non fondato su un titolo esecutivo aventi i requisiti di cui all'art. 474 c.p.c.

Ma risulta fondato anche un altro dei motivi dedotto dall'opponente, quello della natura usuraria dell'operazione di finanziamento.

L'opponente, invero, con approfondite e argomentate osservazioni del ctp dott. Alessandro Lombardi, deduce che l'individuazione della tipologia di operazione bancaria necessaria ai fini della determinazione del tasso soglia usurario ex L. 108/1996, va fatta non meramente sulla base del nomen iuris formalmente attribuito dalle parti al contratto, ma in base alla effettiva natura sostanziale dell'operazione bancaria. In particolare l'opposta allega che la banca è ricorsa formalmente alla stipula di un'apertura di credito assistita da garanzia ipotecaria, concludendo di fatto un mutuo ipotecario, per eludere il più stringente tasso soglia usurario previsto per questa seconda tipologia di operazione bancaria.

Il contratto di conto corrente ipotecario è una forma di finanziamento bancario, assistito da ipoteca, con il quale la banca mette a disposizione del cliente su un apposito conto corrente un affidamento, ossia una determinata somma di denaro concedendogli la facoltà di compiere operazioni di addebito in conto corrente fino alla cifra concordata, con obbligo da parte del correntista di rimborsare alle scadenze determinate solo il capitale ed i relativi interessi sulle somme effettivamente utilizzate. Salvo diverso accordo, il cliente può utilizzare, in una o più volte, il credito concessogli e può, con successivi versamenti, nonché bonifici o altri accrediti, ripristinare la disponibilità della linea di credito. La banca si obbliga a tenere a disposizione del cliente una data somma di denaro, cui il cliente può attingere per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato. Soltanto con il prelevamento il cliente diventa debitore verso la banca ed è tenuto, da tale momento, alla restituzione dell'importo utilizzato, con i relativi interessi, connessi ovviamente al tempo di effettiva utilizzazione. Il titolare può utilizzare il conto corrente ipotecario liberamente, in base alle proprie esigenze, mediante movimenti di denaro in entrata e in uscita a seconda delle necessità, pagando periodicamente il solo interesse sulle somme effettivamente utilizzate e quindi sullo scoperto di conto corrente. Poichè è un finanziamento assistito da ipoteca, deve essere redatto con atto notarile, così come il più noto e conosciuto classico contratto di mutuo ipotecario. Ma il contratto di apertura di credito in conto corrente, a differenza del mutuo, non contempla sin dall'origine l'erogazione di una somma determinata ma solo la messa a disposizione di una somma massima, posto che il credito per la banca si determina solo con l'utilizzazione delle somme da parte del correntista nel corso del rapporto, nei limiti della somma disponibile. Mentre il mutuo viene concesso ed erogato realmente per una determinata somma di denaro, che deve essere poi rimborsata ratealmente, con il conto corrente la banca mette a disposizione del cliente una somma e il cliente può decidere di utilizzarla o meno. La banca non accredita sul conto corrente la somma finanziata come avviene con il mutuo ma concede al cliente la facoltà di effettuare degli "scoperti" fino ad un importo massimo prestabilito.

Questa astratta differenza formale e teorica delle due operazioni di finanziamento può essere irrilevante in relazione alle particolari modalità di pattuizioni e all'effettivo svolgimento in concreto del rapporto bancario. In particolare può non rilevare ai fini tributari e sicuramente non rileva ai fini della normativa antiusura, materie in cui la sostanza dell'operazione negoziale prevale sulla forma e sulla veste giuridica data dalle parti.

Invero, come argomentato pure dalla recente Cass. Civ. S.U. 19597 del 21/9/2020, le ragioni che sottendono la normativa antiusura (quali la protezione del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario) impongono che i rimedi previsti a tutela del soggetto debitore – contraente debole non sia aggirati attraverso condotte elusive e collegamenti negoziali in frode alla legge. Ciò vale segnatamente ai fini dell'individuazione dei tassi di interessi effettivi globali medi di cui di cui alla L. 108/1996. Invero i decreti ministeriali di rilevazione del tegm descrivono le operazioni di finanziamento in base a tipologie genericamente e sinteticamente indicate e nel caso in esame due sono essenzialmente le categorie di operazioni che vanno considerate: l'apertura di credito in conto corrente oltre euro 5.000,00 e il mutuo con garanzia ipotecaria a tasso variabile. Per l'apertura di credito in conto corrente (per essa i decreti ministeriali nemmeno prendono in considerazione l'eventualità della garanzia ipotecaria), nel trimestre di riferimento (III trimestre 2010), il tegm è del 9,14 mente per il mutuo il tegm è del 2.56.

Una così rilevante differenza di tassi di interesse medi, applicati dagli operatori bancari, tra le due operazioni si giustifica in quanto nell'apertura di credito in conto corrente, a differenza del mutuo:

a) la somma non viene erogata immediatamente, in base ad un contratto che stabilisce sin dall'origine quale sarà il ricavo che ne farà la banca, atteso che mentre la banca è tenuta a tenere a disposizione del cliente una certa somma, il cliente è libero di decidere se, in che misura e in che tempo utilizzare il credito affidatogli;

b) la situazione patrimoniale, economica e finanziaria complessiva del correntista non è esaminabile e determinabile in modo certo per tutta la durata del rapporto, ma è di per sé variabile, come sono incerti e variabili la misura e il modo in cui il correntista adempierà ai suoi obblighi restitutori, nel caso in cui utilizzi la somma affidata;

c) la restituzione dell'eventuale credito della banca non è garantito da ipoteca, che assicura al creditore diritto di seguito e prioritaria soddisfazione sul bene immobile dato in garanzia.

Tali caratteristiche fanno sì che l'apertura di credito sconta un tasso effettivo globale medio di molto superiore a quello del mutuo ipotecario.

Orbene, secondo l'art. 1362 c.c., nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti,

si deve valutare il loro comportamento complessivo, anche posteriore alla conclusione del contratto. Se tali principi sovraintendono all'individuazione degli effetti del contratto tra le parti, a maggior ragione devono trovare applicazione quando viene in gioco l'applicazione di norme inderogabili, costituenti norme di ordine pubblico, quali quelle di cui alla legge 108/1996 sull'usura, che prevedono importanti norme sanzionatorie penali e civili (art. 644 c.p. e art. 1815 comma 2 c.c.).

Il contratto di apertura di credito dedotto in giudizio dovrà quindi essere inquadrato, per quanto sopra argomentato, ai fini dell'applicazione della legge 108/1996, nella categoria "contratti di mutuo a tasso variabile ", come sostenuto da parte attrice, facendosi valere l'operazione effettivamente posta in essere, senza dare rilevanza al titolo formale dato al contratto stipulato.

Nella fattispecie concreta in esame, emergono una serie di elementi, anche testuali, che inducono ad assimilare, ai fini dell'usura, l'operazione posta in essere ad un mutuo ipotecario:

1) all'art. 1 del contratto viene esplicitato lo scopo del finanziamento, indicato come "*ampliamento dell'opificio come da documentazione relativa*", cosa che è tipica del mutuo, atteso che nell'apertura di credito il correntista è libero di dare alle somme utilizzate la destinazione che vuole;

2) sempre all'art. 1 è scritto che "*all'uopo viene aperto un conto corrente a nome dell'impresa, destinato esclusivamente all'utilizzo e al rimborso del finanziamento*". Anche la pratica dell'apertura di un nuovo conto corrente "di appoggio" è tipico del mutuo ipotecario, tanto più che è incontestato che l'impresa avesse altro conto corrente presso la stessa filiale, sul quale poteva essere concessa l'apertura di credito, se le parti avessero voluto realmente dare luogo semplicemente ad un affidamento in conto corrente;

3) all'art. 2 del contratto (condizioni del finanziamento) si condiziona l'utilizzazione della linea di credito ad una serie di stringenti vincoli e adempimenti da parte dell'impresa, che normalmente sono quelli che vanno adempiuti prima o contestualmente alla stipula del mutuo;

4) tra le condizioni è elencata, fino a è subordinare ad essa il perfezionamento dell'intera operazione, l'iscrizione ipotecaria, vale a dire quella potente garanzia reale che nel mutuo permette di ottenere interessi a tasso molto più basso rispetto alle altre forme di finanziamento, tra cui l'apertura di credito;

5) all'art. 3 è prevista la riduzione del finanziamento a precise scadenze temporali semestrali specificamente indicate, come se si trattasse del

pagamento delle rate di mutuo, tanto da essere allegato al contratto addirittura "il piano di ammortamento" tipico dei contratti di mutuo;

6) il piano di ammortamento prevede rate costanti con quota decrescente di interessi e quota crescente di capitale, tipica del mutuo c.d. "alla francese" e addirittura è indicato il preammortamento, con la prima rata ben superiore alle altre;

7) il considerevole importo mutuato, la periodicità semestrale delle rate e il termine decennale dell'operazione di finanziamento sono prettamente quelle dei mutui;

8) al terzo capoverso dell'art. 6 del contratto il notaio (e i dichiaranti, che sottoscrivono) si fa scappare anche testualmente la reale volontà negoziale delle parti, laddove al terzo e quarto rigo fa riferimento alle "*commissioni e spese, percepibili durante l'intera durata del mutuo ed indicate nell'allegato documento di sintesi*";

9) nello stesso stralcio del documento di sintesi si parla testualmente di "*rata*";

10) la banca stessa, nelle sue contabili, riporta "*saldo 1° rata mutuo*";

11) entro il primo mese dalla vigenza del rapporto l'impresa ha utilizzato l'intero importo di euro 300.000,00 "affidato " dalla banca, circostanza significativa del bisogno immediato ed impellente dell'opponente di ricorrere alla somma chiesta in prestito alla banca, che non ha caso, come allegato dall'opposta, non ha più avuto la forza di restituire se non in minima parte (prime rate per un importo complessivo di soli euro 40.223,42).

Dalle osservazioni alla ctu del ctp di parte opponente, emerge che il Teg dell'operazione di finanziamento, calcolato ai sensi della L. 108/1996, sia superiore al tasso soglia previsto per i mutui ipotecari. Infatti, ai sensi della L.108/1996 il teg applicato dalla banca è pari al 5,25%, superiore rispetto alla soglia usuraria del 3,84% valevole per i mutui a tasso variabile del periodo di riferimento (III Trimestre 2010). Peraltro, anche il ctu [redacted], ha accertato come corretto il teg di 3,22 indicato in contratto, ma senza aggiungere, ai fini del taeg rilevante ex L. 108/1996, l'incidenza del tasso di interesse moratorio (fissato in una maggiorazione di 3 punti percentuali del tasso contrattuale corrispettivo) previsto in contratto e poi effettivamente applicato dalla banca per conteggiare il credito azionato.

Orbene, tenendo anche dell'incidenza sul teg di detto tasso di mora, secondo le indicazioni e la formula di Cass. Civ. S.U. 19597/2020, il superamento del tasso soglia usurario del 3,84 valevole per i mutui a tasso variabile è evidente. Infatti il contratto, all'art. 5 (ritardato pagamento)

prevede che "*in caso di decadenza dal beneficio del termine e di risoluzione del contratto, decorreranno di pieno diritto sulle somme dovute dall'impresa a qualsiasi titolo in dipendenza del finanziamento, dalla data del loro verificarsi, interessi di mora a favore della banca nella misura del tasso contrattuale vigente, maggiorato di 3 punti in ragione di anno*". L'espressione "*decorreranno di pieno diritto sulle somme dovute dall'impresa a qualsiasi titolo in dipendenza del finanziamento*" significa, senza ombra di dubbio, che gli interessi moratori si sommano sia al capitale che agli interessi corrispettivi già dovuti in dipendenza del normale decorso del finanziamento.

In definitiva, è accoglibile, ad abundantiam, anche il motivo di opposizione relativo all'usurarietà originaria dell'operazione di finanziamento azionata dalla banca, dovendo la stessa essere assimilata, ai fini dell'applicazione della L.108/1996, al mutuo ipotecario a tasso variabile.

La conseguenza civile è che, ai sensi dell'art. 1815 comma 2 c.c., da applicare secondo l'orientamento sancito dalla citata sentenza S.U. n. 19597/2020, l'opponente è tenuta alla restituzione, oltre al capitale residuo, dei soli interessi convenzionali corrispettivi.

Conseguentemente il precetto, considerato assorbente il principale motivo di opposizione (invalidità del precetto in quanto fondato su un atto pubblico non avente i requisiti di cui all'art. 474 c.p.c.), va dichiarato nullo ed inefficace.

Per l'ipotizzabile reato di usura bancaria, visto l'art. 331 c.p.p., la presente sentenza va trasmessa al P.M. sede in relazione all'ipotizzabile reato di usura bancaria.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo riguardo ad un valore della causa rientrante tra euro 260.001,00 ed euro 520.000,00 nella misura tariffaria media (euro [redacted] fase studio, euro [redacted] fase introduttiva, euro [redacted] trattazione).

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza, difesa, eccezione e conclusione disattesa, così provvede:

1) Accoglie l'opposizione e, per l'effetto, dichiara la nullità ed inefficacia del precetto opposto

2) Condanna la banca opposta al pagamento in favore dell' opponente delle spese di giudizio, che liquida in euro [redacted] per esborsi ed euro [redacted] per compensi di avvocato, oltre rimborso spese di ctu,

rimborso spese generali, IVA e CPA come per legge, con distrazione al difensore antistatario

3) Ordina la trasmissione della presente sentenza al P.M. in sede

Così deciso in data 9/12/2020

Il Giudice

Dott. Flavio Cusani