

N. R.G. 866 /2016



Tribunale Ordinario di Nuoro

Sezione Civile

Provvedimento a seguito di udienza mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte ex art. 221, commi 2 e 4, del D.L. 19.05.2020 n. 34, convertito, con modificazioni, dalla L. 17.07.2020, n. 77.

Oggi 1 marzo 2022,

il Giudice dott.ssa [REDACTED], lette le note depositate nella causa di cui in epigrafe, nelle quali le parti hanno precisato le conclusioni e discusso la causa, come disposto dal giudice con precedente decreto,
pronuncia sentenza ex art. 281 *sexies* c.p.c. dandone lettura.

Il giudice

dott.ssa [REDACTED]



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI NUORO
SEZIONE MONOCRATICA CIVILE

Il Tribunale in composizione monocratica, nella persona del giudice dott.ssa Federica Meloni, ha pronunciato *ex art. 281 sexies c.p.c.* la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I grado iscritta al n. r.g. **866/2016** promossa da:

_____ con il patrocinio dell'avv. SORGENTONE ANDREA , domiciliato presso il difensore con indirizzo telematico

- parte attrice -

nei confronti di:

_____) con il patrocinio dell'avv. _____ domiciliata presso il difensore con indirizzo telematico

- parte convenuta -

CONCLUSIONI

Conclusioni di parte attrice

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito,

- 1) accertare e dichiarare l'usurarietà (sia oggettiva che soggettiva) originaria delle condizioni economiche pattuite, anche per effetto della loro ricontrattazione durante il rapporto, e conseguentemente espungere integralmente gli addebiti usurari ai sensi dell'art. 1815 c.c.;*
- 2) accertare e dichiarare la nullità della c.m.s. per carenza di causa o comunque in quanto indeterminata ai sensi dell'art. 1346 c.c., nonché l'illegittimità di tutti gli oneri, commissioni e spese che non siano stati oggetto di specifica pattuizione bilaterale;*
- 3) in via principale, accertare e dichiarare non dovuta la somma ingiunta dalla [REDACTED] S.p.a. e per essa dalla [REDACTED] S.r.l., e per essa [REDACTED] e conseguentemente non esigibile la garanzia prestata da [REDACTED] e per l'effetto revocare il decreto ingiuntivo opposto;*
- 4) in subordine, accertare e dichiarare il reale saldo del conto corrente di cui è causa, con applicazione delle sole clausole validamente pattuite e per l'effetto revocare il decreto ingiuntivo opposto.*

Con vittoria di spese ed onorari da distrarsi a favore dell'avv. Andrea Sorgentone che si dichiara antistatario.

Conclusioni di parte convenuta

Come in atti

CONCISA ESPOSIZIONE

DEI MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Per quanto riguarda il completo svolgimento del processo, ai sensi del vigente art. 132 c.p.c., si fa rinvio agli atti delle parti e al verbale di causa.

Con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo n. 4/2015 [REDACTED]
conveniva in giudizio [REDACTED] proponendo le seguenti conclusioni:

CONCLUSIONI

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, previa opposizione all'eventuale richiesta *ex adverso* di provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto,

- 1) accertare e dichiarare l'usurarietà originaria delle condizioni economiche pattuite, anche per effetto della loro ricontrattazione durante il rapporto, e conseguentemente espungere integralmente gli addebiti usurari ai sensi dell'art. 1815 c.c.;
in via subordinata, nella denegata ipotesi in cui l'usura venga ritenuta "sopravvenuta" riportare il tasso convenzionale entro i limiti del tasso soglia rilevato nel trimestre di riferimento;
- 2) accertare e dichiarare la nullità della c.m.s. per carenza di causa o comunque in quanto indeterminata ai sensi dell'art. 1346 c.c., nonché di tutti gli oneri, commissioni e spese che non siano stati oggetto di specifica pattuizione bilaterale;
- 3) accertare e dichiarare il reale saldo del conto corrente di cui è causa, con applicazione delle sole clausole validamente pattuite;
- 4) In ogni caso, accertare e dichiarare non dovuta la somma ingiunta dalla Unicredit S.p.a. e per essa dalla [REDACTED] e conseguentemente non esigibile la garanzia prestata da [REDACTED] per l'effetto revocare il decreto ingiuntivo opposto.

Con vittoria di spese ed onorari da distrarsi a favore dell'avv. Andrea Sorgentone che si dichiara antistatario.

La banca aveva, infatti, chiesto e ottenuto il decreto ingiuntivo n. 4/2015, per la somma di € 88.287,52, derivanti dallo scoperto di conto corrente n. 10352964, nei confronti della [REDACTED], dell'odierna attrice opponente, fideiussore della società, e dell'altro fideiussore, [REDACTED].

In via puramente riassuntiva, si riportano le contestazioni avanzate dall'attrice opponente:

- nullità per indeterminatezza della clausola relativa alla CMS, laddove non era determinata la periodicità del computo;
- nullità della suddetta clausola per difetto di causa, laddove era computata anche per il caso di scoperto di conto;
- usurarietà delle condizioni economiche pattuite nel contratto di apertura di credito del 25 novembre 2004.

Si costituiva in giudizio [redacted], la quale contestava tutto quanto *ex adverso* dedotto in quanto infondato in fatto e in diritto.

In particolare, eccepiva la carenza di legittimazione attiva di [redacted] avendo la stessa, secondo la prospettazione della banca, firmato un contratto autonomo di garanzia.

Sul punto è opportuno rilevare immediatamente come non possa essere condivisa la difesa assorbente sollevata dalla banca e diretta sostanzialmente a fare dichiarare inammissibili e improponibili le contestazioni mosse dalla garante alla luce della natura della garanzia prestata, da qualificarsi – secondo la banca – come autonoma e non come fideiussione.

L'opposta, infatti, ha interpretato quale contratto autonomo di garanzia quello stipulato dall'opponente, sul presupposto che in esso è stato espressamente previsto il loro obbligo a pagare in seguito a semplice richiesta da parte del creditore e nonostante l'eventuale opposizione da parte del debitore principale, il tutto con dispensa all'osservanza da parte dell'istituto di credito della tempistica di azione nei confronti del correntista *ex art. 1957 c.c.*

Consapevole dei contrasti giurisprudenziali sul punto, è tuttavia necessario precisare e ribadire come l'elemento caratterizzante il contratto autonomo di garanzia debba essere ricercato non tanto nella previsione di un obbligo del garante di pagare a semplice richiesta (risolvendosi detta pattuizione in un obbligo di *solve et repete* astrattamente compatibile tanto con la fideiussione che con la garanzia autonoma), quanto la espressa rinuncia da parte del garante a sollevare eccezione alcuna afferente il rapporto garantito.

Solo tale rinuncia, infatti, contraddistingue in modo inequivoco la garanzia, precludendo al garante di sollevare contestazioni attinenti al rapporto sottostante e riducendo in tal modo il legame tra la garanzia e tale rapporto a una accessorietà ontologica insita nella stessa nozione di "garanzia".

Nella memoria *ex art. 183 c. 6 n. 1 c.p.c.* l'attrice opponente modificava la domanda nei seguenti termini:

“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito,

1) accertare e dichiarare l'usurarietà (sia oggettiva che soggettiva) originaria delle condizioni economiche pattuite, anche per effetto della loro ricontrattazione durante il rapporto, e conseguentemente espungere integralmente gli addebiti usurari ai sensi dell'art. 1815 c.c.;

- 2) *accertare e dichiarare la nullità della c.m.s. per carenza di causa o comunque in quanto indeterminata ai sensi dell'art. 1346 c.c., nonché l'illegittimità di tutti gli oneri, commissioni e spese che non siano stati oggetto di specifica pattuizione bilaterale;*
- 3) *in via principale, accertare e dichiarare non dovuta la somma ingiunta dalla [redacted] e per essa dalla [redacted] S.r.l., e per essa, [redacted] a.) e conseguentemente non esigibile la garanzia prestata da [redacted] e per l'effetto revocare il decreto ingiuntivo opposto;*
- 4) *in subordine, accertare e dichiarare il reale saldo del conto corrente di cui è causa, con applicazione delle sole clausole validamente pattuite e per l'effetto revocare il decreto ingiuntivo opposto.*

Con vittoria di spese ed onorari da distrarsi a favore dell'avv. Andrea Sorgentone che si dichiara antistatario.”

Preliminarmente, si ritiene dunque opportuno verificare se la modifica della domanda attorea sia ammissibile, ossia se essa abbiano superato i limiti posti dall'articolo 183 c. 6 n. 1 c.p.c., il quale prevede che le parti, con la memoria n. 1, possano esclusivamente precisare o modificare le domande e le eccezioni già proposte.

Sul punto è recentemente intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sentenza n. 12310 del 15/06/2015, la quale, focalizzandosi sul fine di garantire una maggiore economia processuale, una maggiore stabilità delle decisioni giudiziarie e, dunque, una migliore giustizia per tutte le parti, ha affermato che *“la modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c., può riguardare anche uno o entrambi gli elementi identificativi della medesima sul piano oggettivo (petitum e causa petendi)”, purchè la modifica avvenga sempre in riferimento e connessione alla medesima ed originaria vicenda sostanziale e purchè la nuova formulazione della domanda non si aggiunga a quella iniziale ma si sostituisca ad essa, ponendosi, pertanto, in un rapporto di alternatività rispetto ad essa.*

In altri termini, secondo le Sezioni Unite, con la modifica della domanda *“l'attore, implicitamente rinunciando alla precedente domanda (...) mostra chiaramente di ritenere la domanda come modificata più rispondente ai propri interessi e desiderata rispetto alla vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio”,* poiché *“ridurre la modificazione*

ammessa ad una sorta di precisazione o addirittura di mera diversa qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto significherebbe (..) costringere la parte che abbia meglio messo a fuoco il proprio interesse e i propri intendimenti in relazione ad una determinata vicenda sostanziale (..) a rinunciare alla domanda già proposta per proporre una nuova in un altro processo (..) ovvero a continuare il processo perseguendo un risultato non perfettamente rispondente ai propri desideri ed interessi, per poi eventualmente proporre una nuova domanda (..) dinanzi ad un altro giudice”.

Alla luce di tali principi, si ritiene inammissibile la domanda avente ad oggetto l'usura soggettiva (peraltro del tutto sfornita di argomentazioni), poiché domanda del tutto nuova rispetto a quelle formulate nell'atto introduttivo.

Nel merito, la causa è stata istruita attraverso CTU contabile avente inizialmente ad oggetto il seguente quesito:

“il CTU, sentite le parti e i loro eventuali CTP, effettuata ogni indagine necessaria ed opportuna, esaminata la documentazione prodotta e quella eventualmente offerta dalle parti nel corso dell'indagine nei limiti di cui all'art. 198 c.p.c., proceda nei seguenti termini:

1) accerti se siano state addebitate somme a titolo di commissione di massimo scoperto e, in caso di esito positivo della verifica:

a) ove non si rinvenga in atti alcuna espressa pattuizione che regolamenti l'applicazione di tale commissione, ricalcoli il saldo del rapporto escludendo le somme imputate a tale titolo;

b) ove si rinvenga in atti una espressa pattuizione che regolamenti l'applicazione di tale commissione ma la stessa non rechi la specifica indicazione di tutti gli elementi che concorrono a determinarla (percentuale, base di calcolo, criteri e periodicità di addebito) ricalcoli il saldo del rapporto escludendo le somme imputate a tale titolo.

Il CTU, nell'effettuare tali operazioni, parta dal primo estratto conto del rapporto, se prodotto, o dal primo saldo noto, valutandolo con “saldo zero” se debitorio.

2) per il periodo successivo al 29 giugno 2009 il CTU individui le commissioni eventualmente applicate nell'ipotesi di sconfinamenti in assenza di fido o oltre i limiti del

fido e, se esistenti, provveda a ricalcolare il saldo del rapporto escludendo le somme imputate a tale titolo”.

Successivamente, in adeguamento alla più recente giurisprudenza, il quesito è stato integrato nei seguenti termini:

“il CTU, fermi gli accertamenti eseguiti in virtù del precedente quesito, accerti

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) Parametri da confrontare con il tasso soglia ai fini della verifica dell’usura originaria:

A) periodo compreso tra l’entrata in vigore della L. 108/1996 ed il 31.12.2009: determini la base di calcolo da confrontare con il tasso soglia effettuando la separata comparazione del tasso effettivo globale d’interesse praticato in concreto e della commissione di massimo scoperto (CMS) eventualmente applicata (ed a prescindere dall’accertamento di cui al quesito sub E.) rispettivamente con il tasso soglia e con “la CMS soglia”, calcolata aumentando della metà la percentuale della CMS media indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell’art. 2, comma 1, della legge n. 108, compensandosi, poi, l’importo dell’eventuale eccedenza della CMS rientrante nella soglia, con il “margine” degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l’importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati”

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, con esclusione delle sole imposte e tasse

4) Verifica dell'usurarietà degli interessi moratori:

Verifichi sulla base dei medesimi criteri anche la eventuale usurarietà del tasso pattuito con riferimento agli interessi moratori, ma preso separatamente e non cumulato con quello corrispettivo”.

Occorre dunque prendere le mosse dai risultati della CTU espletata, i quali sono pienamente condivisi dal Tribunale, in quanto appaiono sorretti da congrue indagini tecniche svolte nel contraddittorio tra le parti, oltre che da logica ed idonea motivazione.

In particolare, essendo la C.T.U. uno strumento utilizzabile dal Giudice proprio per acquisire le conoscenze di natura tecnica di cui non dispone, necessarie ai fini della decisione, non è possibile imporre al Giudice stesso di ripercorrere autonomamente le valutazioni effettuate dal perito in virtù di tali cognizioni specialistiche, essendo sufficiente un controllo dell'intrinseca logicità e della coerenza interna del percorso seguito dal C.T.U. e dell'idoneità a fornire una risposta adeguata ai quesiti posti, nonché un riscontro ai rilievi ed alle osservazioni delle parti (Cass. 11.6.2018 n. 15147; Cass. 20.6.2017 n. 15201; Cass. 21.11.2016 n. 23637; Cass. 7.10.2016 n. 20232; Cass. 2.9.2016 n. 17514; Cass. 12.2.2013 n. 3302; Cass. 11.5.2012 n. 7364).

1) Sulla nullità della CMS per indeterminatezza

Preliminarmente, lette le osservazioni della parte attrice, è bene evidenziare che non era intento del giudice demandare al CTU valutazioni squisitamente giuridiche. La banca convenuta opposta, nel difendersi sulla doglianza relativa alla indeterminatezza della CMS, ha esposto che *“La commissione, in concreto esaminata, può ritenersi sufficientemente determinata dal momento che indica la misura del tasso (1,00%), la percentuale di conteggio (che essendo riferita ad ogni liquidazione del conto deve intendersi trimestrale), la base di calcolo (che corrisponde alla base del fido accordato al correntista)”*. Non ha, tuttavia, indicato dove sarebbero contenute tali determinazioni. Tale omessa indicazione sarebbe di per sé sufficiente per respingere la difesa della banca, secondo il principio per cui,

qualora manchi la specifica indicazione, ad opera della parte, della collocazione della prova all'interno dei documenti, non è compito del giudice individuare la prova tra la copiosa documentazione prodotta (cfr. Cass. n. 23976/2004 *“Alla luce del valore informatore del contraddittorio (art. 111 Cost.), il giudice ha il potere-dovere di esaminare i documenti prodotti dalla parte solo nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza, esponendo nei propri scritti difensivi gli scopi della relativa esibizione con riguardo alle sue pretese, derivandone altrimenti per la controparte l'impossibilità di controdedurre e risultando per lo stesso giudice impedita la valutazione delle risultanze probatorie e dei documenti ai fini della decisione”*).

Ad abundantiam, il giudice ha chiesto al CTU di individuare nel testo contrattuale elementi ben specificati nel quesito (*“percentuale, base di calcolo, criteri e periodicità di addebito”*), decidendo già che, laddove tali elementi fossero stati presenti, la clausola doveva ritenersi sufficientemente determinata. alcuna valutazione giuridica è stata dunque demandata al CTU. Lo stesso ha confermato che la clausola non è sufficientemente determinata, laddove non esplicita con la dovuta chiarezza le modalità di calcolo. Essa deve dunque essere dichiarata nulla.

2) Sulla nullità della CMS per assenza di causa

Con tale motivo di doglianza, la parte attrice ha eccepito la nullità della applicazione della cd. *“commissione di massimo scoperto”*, sostenendo che gli addebiti relativi a tale voce non sarebbero stati pattuiti e che comunque essa, risolvendosi in un costo aggiuntivo legato all'erogazione del credito, sia priva di causa e che la relativa clausola negoziale sia affetta da nullità.

Nella tecnica bancaria, la commissione di massimo scoperto -tradizionalmente introdotta con una pattuizione accessoria ai contratti di affidamento in conto corrente- è una commissione riconosciuta dal cliente alla banca a fronte dell'impegno di quest'ultima di tenere a sua disposizione l'importo oggetto dell'affidamento.

Tuttavia, nel corso degli anni, tale commissione è stata talvolta applicata anche in maniera diversa rispetto alla sua originaria funzione, non tenendo conto dell'ammontare dei fondi messi a disposizione del cliente, utilizzati o non utilizzati, ma dell'esposizione debitoria

massima concretamente raggiunta dal cliente in un determinato periodo di riferimento, solitamente trimestrale, non attecchendosi quindi a controprestazione di quanto erogato dalla banca al cliente per il periodo di utilizzo dell'affidamento, ma neppure a remunerazione della tenuta a disposizione del cliente di somme da parte della banca.

Tale problema è stato, dunque, affrontato in vario modo dalla giurisprudenza e, con riferimento al periodo anteriore alla data di entrata in vigore della legge di conversione 28 gennaio 2009 n. 2 (ed, a fortiori, prima dell'art. 117 bis del TUB successivamente introdotto), si sono affermati i seguenti orientamenti:

a) Un primo orientamento ha ritenuto la CMS sempre munita di causa negoziale lecita, quale che sia la natura di detta commissione ed il parametro di sua applicazione.

b) Un secondo orientamento giurisprudenziale ha invece ritenuto che, in assenza di diversa specificazione ed al di fuori di fattispecie peculiari, la CMS abbia sempre una propria causa laddove sia parametrata allo scoperto del conto, non potendo estendersi con certezza detta conclusione nelle altre ipotesi.

c) Un terzo orientamento giurisprudenziale ha ritenuto che la CMS abbia valida causa solo laddove prevista come corrispettivo per la messa a disposizione delle somme del fido e sia, pertanto, calcolata sull'importo accordato e non utilizzato, rimanendo priva di causa laddove calcolata sulle somme in concreto utilizzate dal correntista. *Ex multis*, in tal senso Tribunale Firenze 16 luglio 2013, secondo il quale *“Quanto alla CMS trimestrale, si osserva che con la sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006 la Cassazione ha finalmente dato una corretta definizione della commissione di massimo scoperto, definendola come la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma. La CMS assume dunque, carattere di corrispettivo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente una certa somma per un certo lasso di tempo, indipendentemente dall'utilizzazione del credito. Se è tale la funzione della CMS, allora la stessa deve essere computata solo ed unicamente nel caso in cui il cliente non abbia mai utilizzato l'apertura di credito. Viceversa, quando la banca, come di solito accade, applica tale commissione in caso di utilizzo dell'apertura di credito, la CMS risulta essere priva di una giustificazione causale, in quanto il corrispettivo della messa a disposizione del cliente di una certa somma è rappresentato dagli interessi*

corrispettivi applicati, che dovranno essere calcolati, nella misura convenuta, sulla somma concretamente utilizzata e per tutto il periodo di tempo in cui la somma è stata utilizzata. Pertanto, la CMS va calcolata o sull'intera somma messa a disposizione della banca (accordato) ovvero sulla somma rimasta disponibile in quel dato momento e non utilizzata dal cliente. Da ciò discende che la CMS applicata nel trimestre sull'utilizzato altro non è che un onere mascherato e come tale va trattata e quindi non è dovuta poiché priva di causa. A maggior ragione, l'applicazione di tale commissione risulta oltremodo priva di giustificazione causale, in caso di chiusura del conto, che determina il venir meno anche dell'apertura di credito in esso regolata. La CMS va, dunque, ritenuta indebita in quanto applicata trimestralmente insieme agli interessi passivi, ovvero sull'utilizzato”;

d) Infine, un quarto indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto invece la CMS priva di causa negoziale *tout court*, in ogni fattispecie, sia se calcolata sull'utilizzato (indifferentemente intra o extra fido), sia se calcolata sull'accordato.

In questo contesto è, poi, intervenuto l'art. 2 *bis* del D.L. 29.11.2008 n°185, inserito in sede di conversione nell'art. 1 della L. 28.1.2009 n° 2 prevedendo la nullità delle clausole contrattuali aventi ad oggetto la CMS nel caso in cui il saldo del cliente risultasse a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni, ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido, nonché delle clausole che prevedessero una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore di un correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma ed altre restrizioni.

Tuttavia, tale intervento normativo non teneva conto delle ulteriori commissioni sostitutive (es. commissione per istruttoria urgente, commissione per scoperto di conto, recupero spese per ogni sospeso, commissione mancanza fondi, onere per passaggio a debito nel trimestre), frustrando l'obiettivo di trasparenza ed intelleggibilità delle voci di costo e di tutela del risparmio della clientela perseguito dal legislatore.

E' quindi intervenuto l'art. 6 bis del D.L. 6.12.2011 n° 201 (decreto Salva Italia), convertito nella L. 22.12.2011 n° 214, che ha introdotto nel T.U.B. l'art. 117 bis, poi nuovamente modificato nel 2012. Sicchè, l'attuale disciplina dettata dall'art. 117 bis del T.U.B. e dal Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze n° 644 del 30.6.2012 così articolata prevede:

Per i contratti di apertura di credito in conto corrente (in base ai quali il cliente ha facoltà di utilizzare e di ripristinare la disponibilità dell'affidamento) e per gli affidamenti a valere su conti di pagamento (ossia su conti aperti presso istituti di pagamento autorizzati *ex art. 114-octies* lett. b del TUB) l'applicazione nei rapporti tra intermediari abilitati e clienti siano essi consumatori, o professionisti (non vi rientrano gli operatori professionali del mercato finanziario quali le banche, le società finanziarie, le società di gestione del risparmio, i fondi pensione, Poste Italiane SPA) quali unici oneri a carico del cliente di una commissione omnicomprensiva calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente ed alla durata dell'affidamento, commissione che deve essere pattuita nel contratto e non deve superare il limite dello 0,5% trimestrale della somma messa a disposizione del cliente, (che esclude le commissioni per l'istruttoria e le spese per il conteggio degli interessi, potendo invece essere poste a carico del cliente le imposte, le spese notarili, gli oneri conseguenti a inadempimento del cliente, le spese per iscrizione ipotecaria e le spese per far fronte a servizi di pagamento per l'utilizzo dell'affidamento) ed un tasso di interesse debitore sulle somme effettivamente prelevate.

Per gli sconfinamenti (utilizzo extrafido, o in assenza di fido che faccia registrare uno sconfinamento nel saldo di giornata e non nel solo saldo per valuta richiedendosi l'effettivo addebito autorizzato dall'intermediario sia esso richiesto, o meno dal cliente) l'applicazione esclusiva di una commissione istruttoria veloce, (c.i.v.) che va determinata per ciascun contratto in misura fissa ed espressa in valore assoluto e solo per i clienti che non siano consumatori possono essere previsti tre scaglioni a seconda dell'entità dello sconfinamento, mentre altrimenti non può essere determinata in percentuale rispetto allo sconfinamento, ma non ha un limite fisso predeterminato non dovendo comunque eccedere i costi medi sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria e a questa direttamente connessi e di un tasso di interesse debitore sull'ammontare e per la durata dello sconfinamento (per cui tale tasso non può essere applicato in caso di sconfinamento per la parte utilizzata nei limiti del fido).

La c.i.v. in base all'art. 1 comma 1 ter d.L. 24.3.2012 n° 29 (come modificato dal Decreto CICR) non si applica ai consumatori nei casi di sconfinamenti pari o inferiori a 500 euro in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, per un solo periodo, per ciascun trimestre bancario, non superiore alla durata di sette giorni consecutivi e neppure nei casi in

cui lo sconfinamento sia la conseguenza di un pagamento effettuato a favore dell'intermediario.

Le clausole non conformi a questa disciplina sono nulle in base all'art. 27 bis del D.L. 24.1.2012 n° 1 e successive modifiche ed in base all'art. 117 bis comma 3° del TUB, in quanto l'art. 27 bis nella sua attuale formulazione è stato introdotto per estendere la sanzione della nullità a tutti i casi di violazione della disciplina attuativa dettata dal Decreto CICR sopravvenuto all'art. 117 bis del TUB, il quale ultimo stabilisce che la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto escludendo quindi la disciplina della nullità parziale dell'art. 1419 cod. civ..

La disciplina è entrata in vigore l'1.7.2012 e l'adeguamento dei contratti di apertura di credito e conto corrente in corso doveva avvenire ad opera delle banche entro un mese per rispettare il termine dell'1.10.2012 col meccanismo previsto dall'art. 118 del TUB se contemplato nei singoli contratti (che richiede la comunicazione scritta al cliente con un preavviso di almeno due mesi e l'evidenziazione che si tratta di "proposta di modifica unilaterale del contratto").

Alla luce di tale complessa situazione, deve ritenersi che –con riferimento al periodo antecedente il 2009 (data del primo intervento normativo)- la CMS abbia un'idonea causa giustificatrice solo qualora sia prevista come corrispettivo per la messa a disposizione delle somme del fido e sia, pertanto, calcolata sull'importo accordato e non utilizzato, conformemente all'orientamento riportato sub c) ed alla posizione espressa dalla Suprema Corte, secondo cui la CMS rappresenta *"la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma"* (in tal senso Cass. 18.1.2006 n°870) servendo a riequilibrare i costi sostenuti dalla banca per approvvigionarsi del denaro che sarebbe stato concesso alla clientela.

Per contro, la CMS deve essere ritenuta priva di causa laddove calcolata sulle somme in concreto utilizzate dal correntista. Ed infatti, appare legittimo che i contratti di apertura di credito prevedano la CMS come una remunerazione della messa a disposizione di un importo da parte della banca, nella misura in cui detta somma non sia utilizzata: trattasi, invero, di una prestazione dell'istituto di credito che ha (a prescindere dal suo ammontare) un costo per lo

stesso, segnatamente nemmeno remunerato dagli interessi, generalmente calcolati solo sull'importo utilizzato se, quando e nella misura in cui si verifichi l'utilizzazione.

D'altro canto, non può riconoscersi un'idonea causa giustificatrice laddove la CMS sia applicata sull'utilizzato, indifferentemente intra o extra fido. Rileva in tal senso non solo e non tanto la previsione di interessi sull'importo utilizzato (la quale già remunera la banca della concreta privazione di liquidità), ma anche e soprattutto l'atteggiarsi della CMS in dette ipotesi.

Ed invero, laddove la CMS sia applicata sull'utilizzato, la stessa – in genere – viene parametrata all'utilizzo più elevato nel trimestre di riferimento, a prescindere dalla durata di detta massima esposizione debitoria. Orbene, è proprio l'irrilevanza della durata della massima esposizione debitoria nel periodo di riferimento a palesare la mancanza di causa della CMS in dette ipotesi: in questi termini, infatti, la CMS perde la logica di un corrispettivo per la somma utilizzata, prescindendo dalla concreta durata della perdita di liquidità della banca, atteggiandosi invece come una sorta di inammissibile clausola penale per il “fatto lecito”, in quanto, da un lato, quantificata in un forfait a prescindere dalla durata dell'erogazione del credito e, dall'altro, inaccettabilmente prevista per quanto è oggetto del contratto di apertura di credito e non anche per l'inadempienza dello stesso. Inoltre, va anche considerato che i contratti di apertura di credito in genere prevedono un interesse moratorio convenzionale specifico per le somme rese disponibili extra fido.

3) Sull'usura

Dall'esame della documentazione disponibile (documento di sintesi del contratto di apertura del conto corrente di corrispondenza, datato 22 novembre 2004; contratto di affidamento relativo all'importo di euro 25.000,00, datato 25 novembre 2004) il CTU ha rilevato l'indicazione del tasso annuo effettivo nella misura del 14,144%. Per il periodo di riferimento (terzo trimestre 2004), i tassi soglia risultavano fissati nella misura di:

- 18,480% entro il limite di € 5.000,00;
- 14,166% oltre il limite di € 5.000,00.

Pertanto si ritiene che il tasso di interesse previsto contrattualmente ed applicato al rapporto di c/c, rispetta il limite del tasso soglia pro-tempore vigente.

Anche relativamente agli interessi di mora il CTU ha evidenziato che il tasso di interesse di mora previsto contrattualmente rispetta il limite del tasso soglia pro-tempore vigente.

4) Sull'illegittimità di tutti gli oneri, commissioni e spese che non siano stati oggetto di specifica pattuizione bilaterale

Si tratta di una contestazione svolta in maniera del tutto generica dalla parte attrice, la quale, nel proprio atto introduttivo, in alcun modo indica quali sarebbero stati detti oneri, commissioni e spese applicati dalla banca in assenza di valida pattuizione. L'attrice si limita, infatti, a chiedere solo in sede di conclusioni di dichiarare l'illegittimità di tutti gli oneri, commissioni e spese che non siano stati oggetto di specifica pattuizione bilaterale.

Tale genericità finisce con il rendere la domanda proposta meramente "esplorativa" e demanda al giudice – o al CTU – il compito di individuare i costi applicati e non pattuiti, a discapito del principio per cui spetta alla parte l'onere di allegare e provare in concreto i fatti costitutivi della propria pretesa.

Né, del resto, il problema appare superabile sulla base della considerazione che la nullità sarebbe anche rilevabile d'ufficio. Ed infatti, la Suprema Corte ha al riguardo statuito che *“La rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto prevista dall'art. 1421 cod. civ. non comporta che il giudice sia obbligato ad un accertamento d'ufficio in tal senso, dovendo invece detta nullità risultare "ex actis", ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, essendo i poteri officiosi del giudice limitati al rilievo della nullità e non intesi perciò ad esonerare la parte dall'onere probatorio gravante su di essa. (Sez. 2, Sentenza n. 1552 del 28/01/2004, Rv. 569764 - 01)”,* ed inoltre che *“Il potere del giudice di rilevare d'ufficio le nullità del contratto di assicurazione (nella specie, per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti) o delle singole clausole di esso va coordinato necessariamente con il principio dispositivo e con quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Ne consegue che il contraente, laddove deduca la nullità di una clausola di delimitazione del rischio, è tenuto ad allegare ritualmente i fatti costitutivi dell'eccezione (ovvero l'esistenza della clausola, la sua inconoscibilità, il suo contenuto in tesi vessatorio) nella comparsa di risposta o con le memorie di cui all'art. 183 cod. proc. civ. (Sez. 3, Sentenza n. 5952 del 14/03/2014, Rv. 630558 - 01)”.*

Conclusioni

Per le ragioni spiegate nei punti 1) e 2), il CTU ha eliminato gli importi riconducibili alle CMS. In particolare, dall'analisi dei conti correnti in atti, il CTU ha rilevato che fino alla data del 30 giugno 2009 (II trimestre) l'Istituto bancario ha applicato la CMS, mentre a decorrere dal trimestre successivo (30/09/2009) ha iniziato ad applicare la "commissione disponibilità fondi", nella misura dello 0.50% dell'affidamento. Pertanto nelle operazioni di ricalcolo del saldo finale si è proceduto a depurare gli importi riconducibili alle "CMS" che risultano applicate fino al II trimestre 2009, pari complessivamente ad € 1.105,59: il ricalcolo del saldo debitorio al netto delle CMS ha dunque evidenziato una riduzione da € 88.287,52 a € 79.366,86. Il decreto ingiuntivo opposto deve dunque essere revocato e il saldo del conto corrente n. 10352964 deve essere rideterminato in € 79.366,86.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo ex DM 44/2015.

Le spese relative alla CTU sono poste a carico della Banca.

P.Q.M.

il Tribunale, definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

- 1) Dichiara inammissibile la domanda relativa all'usura soggettiva;
- 2) Revoca il decreto ingiuntivo n. 4/2015;
- 3) Ridetermina il saldo del contratto di conto corrente n. 10352964 in € 79.366,86;
- 4) Condanna parte convenuta a rimborsare in favore di parte attrice le spese di giudizio, che liquida in euro 4.835,00 per compensi, oltre al rimborso spese vive e al pagamento del 15% per spese generali, CPA ed IVA come per legge, da liquidarsi in favore del procuratore antistatario avv. Sorgentone;
- 5) Condanna parte convenuta al pagamento delle spese relative alla CTU, già liquidate con separato decreto.

Nuoro, 1 marzo 2022

Il giudice

dott.ssa 