

All'udienza dell'8-07-2022 la causa è stata tenuta a decisione sulle seguenti

CONCLUSIONI

Nell'interesse degli appellanti: voglia la Corte

- 1) in via principale, accertare e dichiarare che per il c/c per cui è causa, costantemente affidato, la banca ha annotato a debito la c.m.s., la comm. istr. veloce e la commissione disponibilità fondi in base a clausole nulle/illegittime/mancanti/non sottoscritte in modo specifico ed in ogni caso non previste dalla legge;
- 2) accertare e dichiarare che la convenuta è inadempiente alle obbligazioni di tenuta del c/c per cui è causa e di formazione degli e/c, avendo applicato, pur essendo costantemente affidati, condizioni economiche diverse da quelle legali oppure illegittime o nulle;
- 3) per l'effetto dell'accoglimento delle domande ai nn. che precedono, accertare e dichiarare che i saldo tempo per tempo del c/c 23438 sono errati e non dovuti;
- 4) in via ulteriormente subordinata, per l'effetto dell'accoglimento delle domande ai nn. che precedono, accertare e dichiarare il saldo del c/c 23438 all'ultimo e/c in atti;
- 5) revocare il decreto ingiuntivo opposto, con condanna della convenuta al rimborso delle spese di lite a favore dell'avv. Andrea Sorgentone che si dichiara antistatario.

Nell'interesse dell'appellata: voglia la Corte

- 1) rigettare l'appello perché totalmente infondato in fatto ed in diritto, confermando così la sentenza di primo grado;
- 2) con vittoria di spese e di compensi del presente giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 28/2020 il Tribunale di Sassari accoglieva parzialmente l'opposizione proposta da [REDACTED] in proprio avverso il decreto ingiuntivo n. 660/2015, revocando il decreto opposto e condannando gli opposenti al pagamento in favore del [REDACTED] della minor somma di euro 115.788,21, oltre interessi convenzionali dal 13-06-2014; rigettava l'opposizione di [REDACTED]

██████████, dichiarando esecutivo il decreto nei loro confronti; compensava le spese processuali tra le parti, ponendo in solido a carico del ██████████ e dei garanti le spese di consulenza tecnica.

La società titolare del conto corrente n. 23438 e i fideiussori proponevano opposizione al decreto ingiuntivo notificato da ██████████ sostenendo l'erroneità dei saldi portati negli estratti conto e scalari allegati all'ingiunzione ed eccependo la nullità della commissione di massimo scoperto applicata al rapporto per indeterminatezza nonché la nullità della commissione di istruttoria veloce e disponibilità fondi, applicate dalla banca in assenza di titolo.

Il tribunale dichiarava la nullità ex art. 1346 c.c. della c.m.s. e degli interessi sulla stessa calcolati in quanto la relativa clausola contrattuale recava soltanto il valore percentuale e mancava invece di predeterminare il tempo ed il montante per il calcolo. Altresì nulla era dichiarata la commissione disponibilità fondi applicata fino al 10-09-2010, non essendo indicata la percentuale di applicazione, mentre era conforme all'art. 117 bis Tub e al disposto del d.l. n. 201/11 (v. anche delibera CICR 30-06-12 n. 644) la successiva previsione contenuta nel contratto di apertura di credito stipulato nel 2010. Altrettanto legittima, secondo il primo giudice, era la commissione di istruttoria veloce, introdotta con modifica unilaterale del 30-06-12 ai sensi dell'art. 118 Tub.

Istruita la causa con consulenza tecnica d'ufficio, il tribunale prendeva atto della mancanza degli estratti conto relativi ad alcuni periodi risalenti ad ottobre 2009, giugno 2012, luglio 2012 e sopperiva a tale deficienza documentale mediante la ricostruzione dei saldi per valuta tramite gli estratti scalari.

Indi, operando la rettifica in base alle accertate nullità, il primo giudice decurtava l'importo applicato a titolo di c.m.s. nonché la somma - equitativamente determinata fino al terzo trimestre 2010 - applicata a titolo di commissione disponibilità fondi.

Reputava, infine, fuor d'opera discutere della prescrizione di rimesse solutorie, versandosi in tema di opposizione a decreto ingiuntivo richiesto dalla banca.

Quanto all'opposizione proposta da [REDACTED], a giudizio del tribunale, la qualità di garanti autonomi precludeva l'esame di eccezioni diverse da quelle attinenti a violazioni di norme imperative o per illiceità della causa.

Avverso tale decisione hanno proposto appello la società [REDACTED] [REDACTED], (i) la violazione dell'art. 2967 c.c. nella parte in cui il tribunale non si avvedeva che la mancata produzione di alcuni estratti conto, per quanto relativi a complessivi 24 giorni, impediva la ricostruzione corretta dei singoli movimenti contabili neppure desumibili dagli estratti scalari, la cui formazione era peraltro contestata nell'atto di opposizione; (ii) la violazione e/o erronea applicazione dell'art. 118 Tub laddove il primo giudice riteneva validamente applicata la C.I.V., invece disposta unilateralmente fuori dai casi di variazione di condizioni già concordate; (ii) la violazione degli art. 2-8 L. 287/90 per non aver il tribunale dichiarato, anche d'ufficio, la nullità delle clausole della fideiussione prestata dai [REDACTED] imposte in violazione delle disposizioni antitrust; in ogni caso, ha ribadito che i fideiussori erano responsabili nei limiti del debito accertato previa rettifica delle scritture contabili della banca.

Si è costituita la [REDACTED] cessionaria del credito, e per essa la [REDACTED] s.p.a. rappresentata in giudizio dalla [REDACTED] resistendo all'appello e chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

[REDACTED], regolarmente citato, non si è costituito ed è rimasto contumace.

La causa, previo espletamento di consulenza tecnica d'ufficio, è stata quindi decisa sulle conclusioni sopra trascritte.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'impugnazione è fondata e merita accoglimento.

Il tribunale, constatando il difetto di produzione integrale degli estratti conto dall'apertura, superava l'indisponibilità di alcuni e/c ricorrendo alle risultanze degli scalari sul presupposto che il principio della necessaria documentazione di tutti i movimenti per la ricostruzione dell'andamento unitario del rapporto poteva trovare un correttivo nel caso di specie laddove mancava la registrazione delle

operazioni di soli 24 giorni a fronte della durata ultradecennale del rapporto. In particolare, riteneva il primo giudice che la ricostruzione dei movimenti poteva essere rappresentata attraverso i riepiloghi delle competenze espressi nei saldi per valuta, come elaborato dall'ausiliario senza ricorrere a calcoli presuntivi e/o movimenti di raccordo.

Parte appellante ha censurato detta argomentazione, contestando la bontà degli estratti scalari stante l'inadempimento della banca alla regolare tenuta del conto nonché l'efficacia probatoria di tali comunicazioni, che non contenevano l'indicazione dei movimenti e non godevano dell'opponibilità di cui all'art. 1832 c.c.

In proposito giova richiamare il consolidato orientamento della Suprema Corte, secondo il quale *“ove sia la banca ad agire in giudizio e il primo degli e/c prodotti rechi un saldo iniziale a debito del cliente, è consentito valorizzare tutte le prove atte a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato al principio del periodo per cui risultano prodotti gli estratti conto; è possibile prendere in considerazione quegli ulteriori elementi che, pur fornendo indicazioni atte a ricostruire l'evoluzione del rapporto, consentono quantomeno di escludere che il correntista, nel periodo per cui gli e/c sono mancanti, abbia maturato un indeterminato credito, piuttosto che un debito, nei confronti della banca: sicchè in quest'ultima ipotesi è possibile assumere come dato di partenza il saldo zero ...”* (n. 11543/19, 330/20; conf. n. 23852/20).

Invero, argomentando dalla natura unitaria del rapporto di conto corrente, la Corte di Cassazione ha chiarito quali siano le conseguenze di un adempimento solo parziale dell'onere incumbente sulla banca attrice di produrre l'intera serie degli estratti conto, necessari per il riesame delle diverse partite contabili e la verifica se, espunte le poste nulle, residui un debito oppure un credito del correntista, *“dal momento che l'approvazione delle operazioni annotate negli estratti conto – approvazione che può determinarsi anche in sede giudiziale giacchè la produzione degli estratti conto costituisce trasmissione ai sensi dell'art. 1832 c.c. (Cass. 28 luglio 2006 n. 17242) – riguarda gli accrediti e gli addebiti considerati nella loro realtà effettuale nonché la verità contabile, storica e di fatto delle operazioni annotate (per tutte Cass. 26 maggio 2011 n. 11626;*

Cass. 17 novembre 2016 n. 23421): sicchè in assenza di contestazioni specifiche dirette alla contestazione di singole operazioni, deve ritenersi che il conto abbia avuto lo svolgimento indicato nei predetti documenti”. Ha quindi precisato che i movimenti relativi ai periodi non documentati da estratti conto possono essere desunti *aliunde*, per esempio mediante la produzione delle contabili bancarie o delle scritture contabili oppure con riferimento alla posizione processuale del convenuto. Nella specie, gli attori in primo grado contestavano fin dall’atto di citazione l’irregolare tenuta del conto corrente oggetto dell’ingiunzione (v. anche prima memoria ex art. 183 c.p.c. ove era contestata la prova del credito) e nelle osservazioni alla consulenza tecnica rilevavano espressamente l’inidoneità degli scalari a rappresentare i movimenti giornalieri e quindi a ricostruire l’andamento del rapporto nei periodi non documentati dagli estratti conto, opponendosi alla rideterminazione del saldo così come operata dal c.t.u.

Ritiene pertanto questa Corte che di per sé gli scalari non suppliscano all’onere della ricostruzione integrale del conto incombente sulla banca, in quanto non consentono di recuperare l’effettiva esecuzione di operazioni in dare e/o in avere per il correntista a fronte, da un lato, della mancata allegazione di elementi ulteriori, idonei a far presumere l’esistenza dei movimenti su cui erano state contabilizzate le competenze (in parte illegittime), da cui poteva dipendere l’inversione del segno negativo per il cliente e, dall’altro, della deduzione formulata dagli oppositori in primo grado, i quali contestavano di aver maturato un debito nei confronti della banca.

Non è condivisibile dunque la ricostruzione indiretta dei movimenti adottata dal tribunale sulla base del riepilogo delle competenze e il ricalcolo del saldo del conto corrente n. 23438, al netto delle poste nulle, va condotto partendo da “zero” del primo estratto della serie continua (9-07-2012) fino alla data del passaggio a sofferenza (13-06-2014).

E’ fondato anche il secondo motivo d’appello.

Com’è noto, a norma dell’art. 118 Tub, *“nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo ...*

Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula “Proposta di modifica unilaterale del contratto”, con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente”.

La circolare del Ministero per lo Sviluppo Economico n. 5574/07 ha chiarito che il giustificato motivo deve ricomprendere eventi oggettivi di comprovabile effetto sul rapporto bancario ovvero il mutamento del grado di affidabilità del cliente in termini di rischio di credito oppure rilevanti variazioni di condizioni economiche generali che possono comportare un aumento dei costi per gli intermediari, con ciò intendendo riferirsi a circostanze sopravvenute alla stipula del contratto non imputabili alla banca e tali da alterare l'equilibrio degli interessi delle parti rispetto all'iniziale prestazione del consenso (v. anche nota Banca d'Italia del 28-03-2017).

Secondo l'interpretazione prevalente dell'Arbitro Bancario la variazione tipizzata dall'art. 118 riguarda sempre e soltanto le clausole e condizioni già presenti nel contratto, anche nell'ipotesi di adeguamento delle commissioni per effetto della legge n. 2/09 (v. invece Cass. Civ. n. 9772/12), occorrendo in questo caso verificare se una forma di remunerazione della mera disponibilità fondi fosse contemplata nel contratto (laddove la c.m.s. era di regola applicata sull'utilizzato invece che sull'accordato).

Nel caso di specie la banca produceva in primo grado la comunicazione datata 30-06-2012 ex art. 118 Tub, con la quale era reso noto che, in attuazione dell'art. 117 bis Tub, dell'art. 27 d.l. n. 1/2012 (conv. nella l. n. 27/2012) e del d.m. n. 644/12, dal successivo 30 settembre sarebbe stata applicata al rapporto la commissione di istruttoria veloce.

In disparte che trattasi di comunicazione recettizia e che la prova del ricevimento da parte del cliente attiene ai fatti costitutivi del relativo diritto di credito, va detto che la circostanza dell'avvenuta comunicazione non era esaminata dal tribunale neppure in via presuntiva e/o con riferimento al principio di non contestazione.

In ogni caso, è dirimente il fatto che detta commissione andava a sostituire, con la commissione disponibilità fondi, la vecchia commissione di massimo scoperto (v. la diffusa argomentazione in proposito contenuta nella comparsa di costituzione della banca in primo grado), che, a sua volta, era dichiarata nulla dal tribunale per indeterminatezza dell'oggetto e non era utilizzabile nel meccanismo dello *ius variandi* ove la validità delle preesistenti condizioni contrattuali è base imprescindibile per la legittima modifica unilaterale.

La consulenza tecnica d'ufficio espletata nel presente grado ha consentito di stabilire il nuovo saldo alle condizioni sopra specificate, risultato in avere per la correntista in luogo del saldo negativo azionato dalla banca.

In accoglimento dell'appello, l'opposizione della Decandia s.n.c. deve essere accolta per mancata prova di un qualsiasi credito dell'istituto, ferma la revoca del decreto ingiuntivo n. 660/2015.

Resta da dire della posizione dei garanti.

Il rilievo di nullità svolto dagli appellanti con riferimento alle clausole (art. 2, 6 e 8) conformi a quelle predisposte dall'ABI - giudicate dalla Banca d'Italia nel provvedimento n. 55 del 2-05-2005 in contrasto con la disciplina antitrust ai sensi dell'art. 2 L. 287/90, in quanto frutto, a monte, di un'intesa anticompetitiva tra imprenditori (cfr. Cass. Civ. n. 13846/19; S.U. n. 41994/21) - può essere esaminato in termini di eccezione finalizzata a paralizzare la domanda formulata dalla banca in via monitoria (cfr. Cass. Civ. n. 26243/14; n. 4175/20). E' altresì principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. Civ. n. 29810/17; n. 827/99) che l'illegittimità di tali clausole per violazione della disciplina antitrust riguardi anche i contratti stipulati anteriormente al rilievo della Banca d'Italia.

Ciò posto, risulta *per tabulas* che la scheda contrattuale sottoscritta dagli odierni fideiussori contenga le clausole n. 2 e 8, inserite in via seriale in tutti i contratti conformi al modello ABI.

Gli appellanti non hanno censurato specificamente la statuizione di prime cure circa il carattere autonomo della garanzia prestata da [REDACTED] nei cui confronti il decreto opposto era dichiarato esecutivo con rigetto della relativa domanda, per quanto il tribunale

avrebbe dovuto trarre diversa conseguenza giuridica dalla mancanza di rinuncia espressa alla facoltà di opporre eccezioni ex art. 1945 c.c.

Per mera completezza è opportuno ricordare che il provvedimento n. 55/05 della Banca d'Italia esclude che lo schema ABI delle condizioni generali di contratto della fideiussione omnibus sia qualificabile garanzia autonoma e spiega diffusamente la diversa valenza delle clausole 2,6 e 8 sul piano della fideiussione accessoria, richiamando le argomentazioni proposte dalla ABI per giustificare un rafforzamento della garanzia senza stravolgerne la ordinaria accessorietà.

Il discorso va a questo punto affrontato con riferimento alla doglianza svolta dagli appellanti laddove hanno dedotto la violazione dell'art. 2 L. 287/90 e comunque si sono doluti del carattere abusivo della pretesa di ottenere il pagamento dai garanti a fronte dell'insussistenza del credito azionato.

In via segnata, ritiene questa Corte che, respinta la domanda della banca per difetto di prova del credito nei confronti del debitore principale, la pretesa non possa essere rivolta ai fideiussori in virtù delle clausole 2 (clausola di reviviscenza) e 8 (insensibilità della garanzia ad eventuali vizi del titolo vs. il debitore principale) - le quali prevedono la permanenza dell'obbligazione fideiussoria a fronte delle vicende estintive e/o cause di invalidità relativa all'obbligazione principale garantita fino a quando non si realizzi la definitiva liberazione del debitore, tenendo indenne la banca dall'obbligo di restituzione di somme erogate al cliente in base ad un titolo dichiarato invalido in modo da evitare che questi fruisca di un ingiustificato arricchimento (v. delibera Banca d'Italia n. 55/05 cit.) - proprio in ragione della conclamata illegittimità delle previsioni contrattuali conformi alle clausole generali della fideiussione omnibus per contrasto con la disciplina antitrust (come diffusamente argomentato da ultimo dalle Sezioni Unite).

In riforma della sentenza impugnata, il decreto ingiuntivo deve essere revocato anche nei confronti di [REDACTED].

Le spese processuali di entrambi i gradi, liquidate al valore medio del relativo scaglione, vanno poste in solido a carico del [REDACTED] rappresentata come in atti.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, disattesa ogni contraria domanda ed eccezione:

- 1) in accoglimento dell'appello proposto da [REDACTED] [REDACTED] avverso la sentenza n. 28/2020 del Tribunale di Sassari, rigetta la domanda del [REDACTED], ferma la revoca del decreto ingiuntivo n. 660/2015;
- 2) condanna in solido il [REDACTED] come in atti rappresentata, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, alla rifusione in favore di [REDACTED] delle spese processuali, che liquida in euro 13.689,00, di cui euro 13.430,00 per compensi ed euro 15.455,00 per il presente grado, di cui euro 14.317,00 per compensi, oltre quanto dovuto per legge, da distarsi in favore dell'avvocato antistatario.

Così deciso in Sassari il 10-11-2022

Il Presidente rel.

Dott. Maria Teresa Spanu