

## Breve commento a sentenza n. 2338/2016 del Tribunale di Modena, G.U. Dott.ssa Susanna Cividali

di AVV. ROBERTO PAOLILLO

La sentenza in commento<sup>1</sup> pur non comportando elementi di novità assoluti, si innesta, consolidandolo, nel filone giurisprudenziale che, per il principio di prossimità della prova, impone alla banca attrice (eventualmente attrice sostanziale, in ambito di procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo) rigorosi oneri probatori.

La sentenza è, invece, importante, per quanto concerne l'ampliamento dello *ius postulandi* dei garanti, i quali, a prescindere dai limiti loro imposti dalla natura atipica dei contratti autonomi di garanzia loro fatti firmare dalle banche, possono giovare della mancata prova del credito della banca, sussumendo il giudice tale eccezioni tra quelle opponibili dal debitore al creditore, ciò stante la posizione che, sia pure autonoma del garante, impone comunque un criterio di collegamento con il negozio in concreto posto in essere dalle parti.

Al fine di meglio inquadrare la questione si esporranno brevemente i fatti di causa.

- La Pinco Pallino Costruzioni SNC ed i suoi soci e garanti proponevano opposizione al decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo loro notificato da Banca X S.P.A. per l'importo di €504.342,56, INERENTE A PRESUNTO SALDO NEGATIVO DEL c/c N. 30077145;

- tra le varie eccezioni sollevate, gli oppositori, punto 3 della citazione, pagina 5 e 6, **eccepivano la mancata prova del saldo del conto, stante la mancata produzione in giudizio da parte della banca degli estratti conto dall'inizio del rapporto, da cui la domanda di revoca del decreto ingiuntivo per difetto di prova del credito;**

- la banca convenuta non ha prodotto gli estratti conto dall'inizio del rapporto, cosa peraltro neppure di estrema difficoltà visto che il c/c era stato aperto nel 2007;

- la circostanza della mancata produzione delle lettere estratto è stata attestata dalla CTU nominata, Dott.ssa Luisa Barbieri, la quale a pagina 5 dell'elaborato peritale afferma che "... nel corso della riunione si è riscontrata la mancanza degli estratti conto (ad eccezione del solo estratto conto trimestrale al 31/12/2010 ...) necessari per l'espletamento dell'incarico". Richiesta la banca di produrre gli estratti conto che, peraltro, non aveva prodotto entro il termine decadenziale della seconda memoria ex art. 183, comma VI, C.P.C., gli oppositori per bocca del CTP nominato Dott. Alfredo Montefusco e dello scrivente procuratore si sono opposti invocando l'art. 198 C.P.C., comma II, C.P.C. alla integrazione documentale;

- in virtù delle valide eccezioni svolte da parte opponente la consulente tecnica d'ufficio dava atto di non poter ricostruire il saldo di conto;

- è principio condiviso del Tribunale di Modena (cfr. - doc. A - Ordinanza Dott.ssa Cividali del 03/04/2014, la quale involge il problema del consenso alla produzione documentale tardiva, ammissibile solo in caso di consenso, e della ricostruzione con saldo zero), che in caso di mancata integrale produzione degli estratti conto dall'inizio del rapporto il saldo di conto debba essere ricondotto a zero (cfr. Cass. Civ. Sez. III, 03/05/2011, n. 9695, CONTO CORRENTE Accertamento INGIUNZIONE (PROCEDIMENTO PER) Decreto ingiuntivo in genere Opposizione in genere PROCESSO CIVILE - Operazioni bancarie - Conto corrente - Credito fondiario - Credito della banca - Estratto conto - Certificazione - Prova - Fondamento - Esclusione - Limiti - D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 50 - Artt. 1283, 1284 e 1957, C.C. "Deve escludersi l'idoneità probatoria dell'estratto di conto corrente, benché certificato ai sensi dell'art. 50 D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385: esso, in caso di contestazione, non può integrare di per sé prova a favore dell'azienda di credito dell'entità del credito, in quanto atto unilaterale proveniente dal creditore, e dovendo ritenersi eccezionale - e per ciò stesso non estensibile al di fuori delle ipotesi espressamente previste - la valenza probatoria ad esso riconosciuta ai fini del conseguimento del decreto ingiuntivo, appunto prevista esclusivamente in vista delle esigenze di tale procedimento e nella prospettiva della sottoposizione al contraddittorio del debitore che dispiegasse opposizione");

- l'unico estratto conto versato in giudizio della banca porta un saldo negativo di € 504.342,56 che va all'evidenza azzerato;

- pertanto, dinanzi alla mancata produzione degli estratti conto dall'inizio del rapporto, **portando l'unico estratto conto prodotto dalla banca un saldo negativo di € 504.342,56, costituito da ripresa saldo precedente al 30/06/2010 di - € 460.031,55 (a debito), a cui sono stati aggiunti oneri e spese calcolati sull'importo a debito di cui sopra per ulteriori € 44.310,01, a seguito dell'azzeramento del saldo iniziale per i motivi dianzi espressi, non potrà procedersi al computo delle competenze dovendole riportare ad un saldo zero, sicché è del tutto superfluo l'accertamento delle illegittimità commesse dalla banca così come la ricostruzione del saldo di conto a tasso sostitutivo ex art. 117 TUB con applicazione dell'interesse**

Note:

1) Si allega la sentenza oggetto di analisi

**legale tempo per tempo vigente, senza alcuna capitalizzazione e con depurazione di ogni ulteriore voce di costo** (CMS, spese, valute etc.);

- così istruita la causa, all'udienza fissata per la precisione delle conclusioni gli opposenti così concludevano:

“Piaccia all’On.le Tribunale adito, contrariis rejectis, in accoglimento della presente opposizione,

**in via principale:**

1. dichiarare illegittimo, nullo, annullare e comunque revocare il decreto ingiuntivo opposto per mancata prova del credito e comunque per i motivi tutti indicati in atti;  
2. dichiarare, **previo accertamento della nullità di ogni addebito effettuato dalla banca (es: interessi anatocistici, commissioni, CMS, valute, spese etc.), nonché della clausola di determinazione del tasso d’interesse debitore e di capitalizzazione trimestrale, contenuti nel contratto di conto corrente contraddistinto col n. 30077145 e di ogni altro rapporto allo stesso collegato, che la convenuta opposta, senza alcun valido titolo, ha addebitato agli opposenti importi non dovuti per i titoli indicati nella citazione e nei successivi atti di causa dimessi nell’interesse degli attori opposenti;**

3. accertare e dichiarare che la Pinco Pallino SNC ed i di essa fideiussori non sono debitori di alcuna somma nei confronti di Banca X S.P.A.

**In via subordinata:**

4. ridurre l’importo di cui al decreto ingiuntivo opposto nei limiti degli importi per i quali s’è raggiunta prova e comunque di giustizia secondo il prudente apprezzamento di codesto Tribunale;

Vinte le spese di lite, comprensive di CTU e CTP.”

La banca, ovviamente chiedeva il rigetto dell’opposizione ed il Tribunale di Modena, con la sentenza della quale si discute così statuiva:

*“Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:*

*-Revoca il decreto ingiuntivo opposto e rigetta ogni domanda proposta dalla banca convenuta verso gli opposenti.*

*-Condanna altresì la parte convenuta a rimborsare alla parte attrice opponente le spese di lite, che si liquidano in € 21.000 per compensi, € 500 per esborsi, oltre accessori come per legge.”*

La parte motiva della sentenza si articola in 4 punti, i primi due non presentano alcun elemento di originalità, liquidando l’eccezione sulla mancata pattuizione degli interessi e delle spese (punto 1), e l’applicazione degli interessi anatocistici (punto 2), richiamando i contratti prodotti dalla banca ed il fatto che il contratto essendo stato stipulato nel 2007 avrebbe dovuto, ex se, prevedere la pari periodicità.

Spunti di interesse si trovano, invece, ai punti 3 e 4 della sentenza.

**Analizziamo il punto 4), intitolato “Usura”.**

**Il Tribunale riunisce sotto questo titolo l’intera**

**questione della prova del credito**, inquadrando latamente il tutto sotto il capo usura, quando in realtà l’usura era stata contestata ma in modo del tutto marginale. Ad ogni buon conto, il Giudice Unico, riprendendo analiticamente le fila del discorso, afferma che, sì, il decreto ingiuntivo ben può essere emesso sulla scorta del solo certificato di saldaconto ex art. 50 TUB, ma che nella fase a cognizione piena tale documento, data la sua unilaterale provenienza non fa prova del credito della banca, limitandosi tale atto ad una mera certificazione dell’ultima riga di un estratto conto ad una certa data. **Afferma poi il Tribunale che, quindi, nella fase di merito non è certo sufficiente la produzione delle scritture contabili autenticate o del certificato di saldaconto ex art. 50 TUB a provare il credito, essendo necessario ricostruire tutte le poste di dare-avere durante tutto lo svolgimento del rapporto.** Il pensiero del Tribunale si innesta nel filone giurisprudenziale consolidato da Cass. Civ. 21466/2013 e, soprattutto, con riferimento all’opposizione a decreto ingiuntivo da Cass. Civ. 25857/2011, laddove fu così statuito: “Nel procedimento a cognizione piena introdotto con l’opposizione a decreto ingiuntivo, ai sensi dell’art. 645 Cod. Proc. Civ., il certificato di saldaconto (a differenza di quanto previsto per la fase monitoria dall’art. 50 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, recante il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) ha valore indiziario e può assolvere l’onere della prova dell’ammontare del credito in forza della clausola, contenuta nel contratto di conto corrente, con la quale il cliente riconosca che i libri e le altre scritture contabili della banca facciano piena prova nei suoi confronti, trattandosi di clausola immune da nullità, agli effetti dell’art. 2698 Cod. Civ., in quanto non integrante una non consentita inversione dell’onere probatorio su diritti di cui le parti non possano disporre, né un aggravamento eccessivo dell’esercizio del diritto”. Pregevole appare, poi, il ragionamento seguito dal Tribunale in punto alla omessa contestazione degli estratti conto, laddove ha affermato: “l’omessa contestazione degli estratti conto da parte del correntista o dei garanti, quand’anche fosse provata (cosa che non risulta nel caso di specie) non potrebbe in ogni caso essere sufficiente a superare eventuali nullità del contratto secondo il consolidato orientamento della Cassazione: “Ai sensi dell’art. 1832 Cod. Civ., la mancata contestazione dell’estratto conto e la connessa implicita approvazione delle operazioni in esso annotate riguardano gli accrediti e gli addebiti considerati nella loro realtà effettuale, nonché la verità contabile, storica e di fatto delle operazioni annotate, ma non impediscono la formulazione di censure concernenti la validità ed efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti.”. (V. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 11626 del 26/05/2011).

Interessante è anche l’arresto relativo alla decadenza istruttoria nella quale è incorsa la banca, che non produsse in causa tutti gli estratti conto, decadenza non sanabile in sede di CTU se non previo accordo delle parti che,

ovviamente, non vi fu.

Afferma il Tribunale di Modena che “La banca avrebbe dovuto quindi produrre tutti gli estratti conto dall’inizio del rapporto sino alla sua chiusura mentre ha prodotto i soli estratti conto del trimestre del 31/12/2010, che non sono in alcun modo sufficienti a ricostruire l’ammontare delle passività sino a quella data risultanti (come rilevato anche dal CTU). Peraltro tale produzione documentale avrebbe dovuto essere effettuata entro il termine di cui alla seconda memoria 183 C.P.C. e quindi correttamente il consulente non ha acquisito in un momento successivo la documentazione messa tardivamente a disposizione dalla banca, non essendovi stato il consenso degli opposenti (come era loro diritto ex art. 198 C.P.C.).

Il Giudice conclude, quindi, affermando la mancata prova del credito della banca e revoca il decreto ingiuntivo.

La correttezza della sentenza trova ulteriore avallo in recente sentenza della Cassazione che si segnala e della quale si riporta la massima: **Cassazione Civile, Sez. VI, 25 maggio 2017: “Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, della pattuizione relativa agli interessi a carico del correntista, la banca ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto, né essa banca può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni, perché non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito.”**

Nella medesima sentenza la Suprema Corte ha stabilito che, in ambito di opposizione a decreto ingiuntivo, l’approvazione tacita dell’estratto conto non si estende alla validità ed efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti, sicché la banca ogniqualvolta agisca in veste di attore, sostanziale o meno che sia, è gravata dell’onere della prova con obbligo di produzione integrale degli estratti conto.

Interessante è anche il quarto punto della sentenza, intitolato **“Eccezioni opponibili dai garanti”**.

Questo il ragionamento seguito dal Tribunale:

“La fideiussione prestata prevede che i garanti siano tenuti a pagare alla banca la somma reclamata al debitore principale “a prima richiesta”.

Il Giudice, intelligentemente, supera il discorso attinente alla qualifica del contratto, se fideiussione semplice o contratto autonomo di garanzia, laddove afferma che “a prescindere dalla qualificazione giuridica del contratto - come fideiussione vera e propria o come contratto autonomo di garanzia- secondo quanto previsto dalla giurisprudenza della Cassazione nella secondo ipotesi, il garante può opporre non solo l'*exceptio doli*, ma anche la radicale invalidità per contrarietà a norme imperative di legge del contratto o di una clausola. Infatti è stato affermato che: “Nel contratto autonomo di garanzia - ai fini della cui distinzione dalla fideiussione non è decisivo

l’impiego o meno di espressioni quali “a prima richiesta” o “a semplice richiesta scritta”, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l’obbligazione principale e quella di garanzia - il garante, improntandosi il rapporto tra lo stesso ed il creditore beneficiario a piena autonomia, non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o dall’illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall’ordinamento”.

Nondimeno, si deve escludere che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunichi sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione - eccezion fatta per la previsione di interessi usurari - non è contraria all’ordinamento, non vietando quest’ultimo in modo assoluto neanche l’anatocismo, così come si ricava dagli artt. 1283 Cod. Civ. e 120 del D.Lgs. n. 385 del 1993” (v. Cass. sez. 3, Sentenza n. 5044 del 03/03/2009). Inoltre: “In tema di contratto autonomo di garanzia, l’assunzione da parte del garante dell’impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia comporta la rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all’invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, con il duplice limite dell’esecuzione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può opporre l’*exceptio doli*”, e del caso in cui le predette eccezioni siano fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l’ordinamento vieta”. (v. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 26262 del 14/12/2007).

In pratica il Tribunale conferma, e ce ne era effettivamente bisogno, che la pretesa di escutere, *sic et simpliciter*, il garante, in assenza di prova effettiva del credito, costituirebbe esercizio fraudolento e/o abusivo del diritto e, in quanto tale, sarebbe atto abnorme contrario a norme imperative e/o fondato su causa illecita.

Logica conclusione del discorso è, quindi, la revoca del decreto “in quanto trattandosi di rapporto di conto corrente con anticipazione di credito, in assenza degli estratti conto, non è possibile vagliare la dedotta nullità per applicazione di interessi usurari atteso che l’esposizione debitoria è certamente continuamente variata nel corso dello svolgimento del rapporto e non è predeterminabile *ex ante* il tasso applicato in concreto.

Interessante è, infine, il ragionamento sul saldo zero che, per la sua logicità viene ripreso per intero: “Peraltro anche partendo dal cosiddetto saldo zero dal momento di produzione degli estratti conto da parte della banca si osserva che già a quella data risulta una passività di oltre 450.000 euro, sicché da quel momento sino alla chiusura del rapporto risulta che il debito sia aumentato sino alla somma azionata in monitorio per la sola applicazione di interessi e spese senza che vi siano stati ulteriori prelievi di somme a debito da parte della debitrice principale. Il

credito quindi se a quella data era da considerarsi pari a zero per la banca, tale è da considerarsi anche alla fine del rapporto non potendo applicarsi interessi passivi sul saldo zero. Il decreto deve quindi essere revocato interamente sia verso i garanti che verso la società debitrice principale, non essendovi la prova del credito della banca.

Sempre sul saldo zero si segnalano le seguenti sentenze: (Cassazione Civile 19696 del 2014, Cassazione Civile 3632 del 2014, Cassazione Civile nr. 12233 del 2003, Cassazione Civile nr. 10692 del 2007, Cassazione Civile nr. 17679 del 2009, Cassazione Civile nr. 12509 del 2009, Cassazione Civile nr. 6705 del 2009, Cassazione Civile nr. 23974 del 2010, Cassazione Civile nr. 9695 del 2011, Cassazione Civile nr. 3649 del 2012, Cassazione Civile nr. 18541 del 2013, Cassazione Civile nr. 20688 del 2013, Cassazione Civile nr. 21466 del 2013) oltreché le ormai innumerevoli sentenze dei vari Tribunali di merito d'Italia: Corte d'Appello di Milano 3512 del 2014, Corte d'Appello di Milano 01 dicembre 2010 e 09 agosto 2012, Tribunale di Mantova 10 settembre 2004, Corte d'Appello di Lecce 19 aprile 2004 Dott. Lamorgese, Tribunale di Lecce 19 aprile 2005 Dott. Tinelli, Tribunale di Pescara G.U. Dott. Luca Falco del 18 novembre 2005, Tribunale di Lecce 5 dicembre 2007, n.1787 G.U. Tinelli, Tribunale di Catania Sentenza nr. 2795 del 2008, Tribunale di Latina 12 giugno del 2012, Tribunale di Chieti nr. 717/2013, Corte d'Appello di Bari nr. 934/2013).

In conclusione si può segnalare che è onere della banca dare concreta prova dell'ammontare del proprio credito, producendo in causa contratti ed estratti conto *ab initio*, sotto pena di saldo zero a far tempo dal primo estratto negativo disponibile in causa, per l'ipotesi di produzione parziale delle lettere estratto; che l'autonomia del contratto autonomo di garanzia, nell'ipotesi di mancata prova del credito della banca, non si estende a tal punto da rendere inopponibile da parte del cliente il difetto di prova del *quantum debeatur*, perché il consentire alla banca di rimuovere tale eccezione costituirebbe un esercizio abusivo e/o fraudolento del diritto, in quanto tale privo di causa e/o contrario a norma imperativa.

Sentenza n. 2338/2016 pubbl. il 16/12/2016

RG n. 3903/2011

Repert. n. 5306/2016 del 16/12/2016

N. R.G. 3903/2011



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE DI MODENA  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Susanna Cividali  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **3903/2011** promossa da:

**PINCO PALLINO COSTRUZIONI DI PINCO PALLINO FRANCESCO E C. SNC**

(C.F. \_\_\_\_\_), con il patrocinio dell'avv. PAOLILLO ROBERTO , elettivamente domiciliato in VIA GIARDINI 474 41100 MODENA presso il difensore avv. PAOLILLO ROBERTO **CLAUDIO PINCO PALLINO** (C.F. \_\_\_\_\_), con il patrocinio dell'avv. PAOLILLO ROBERTO elettivamente domiciliato in VIA GIARDINI 474 41100 MODENA, presso il difensore avv. PAOLILLO ROBERTO, **ANTONIO PINCO PALLINO** (C.F. \_\_\_\_\_), con il patrocinio dell'avv. PAOLILLO ROBERTO e dell'avv. , elettivamente domiciliato in VIA GIARDINI 474 41100 MODENA, presso il difensore avv. PAOLILLO ROBERTO, **FERDINANDO PINCO PALLINO** (C.F. \_\_\_\_\_), con il patrocinio dell'avv. PAOLILLO ROBERTO, elettivamente domiciliato in VIA GIARDINI 474 41100 MODENA, presso il difensore avv. PAOLILLO ROBERTO, **VINCENZO PINCO PALLINO** (C.F. \_\_\_\_\_), con il patrocinio dell'avv. PAOLILLO ROBERTO , elettivamente domiciliato in VIA GIARDINI 474 41100 MODENA presso il difensore avv. PAOLILLO ROBERTO

ATTORE/I

contro

**BANCA X SPA** (C.F. ), con il patrocinio dell'avv. XXXXXX e dell'avv. , elettivamente domiciliato in VIA \_\_\_\_\_ - - \_\_\_\_\_ - MODENA presso il difensore avv. XXXXXXXXXX

CONVENUTO/I

**CONCLUSIONI**

Le parti hanno concluso come segue:

**Per gli opposenti:**

*in via principale:*

*1. dichiarare illegittimo, nullo, annullare e comunque revocare il decreto ingiuntivo opposto per mancata prova del credito e comunque per i motivi tutti indicati in atti;*

pagina 1 di 7

Firmato Da: CIVIDALI SUSANNA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 12179c



Sentenza n. 2338/2016 pubbl. il 16/12/2016

RG n. 3903/2011

Repert. n. 5306/2016 del 16/12/2016

2. dichiarare, previo accertamento della nullità di ogni addebito effettuato dalla banca (es: interessi anatocistici, commissioni, CMS, valute, spese etc.), nonché della clausola di determinazione del tasso d'interesse debitore e di capitalizzazione trimestrale, contenuti nel contratto di conto corrente contraddistinto col n. 30077145 e di ogni altro rapporto allo stesso collegato, che la convenuta opposta, senza alcun valido titolo, ha addebitato agli opposenti importi non dovuti per i titoli indicati nella citazione e nei successivi atti di causa dimessi nell'interesse degli attori opposenti;

3. accertare e dichiarare che la PINCO PALLINO Costruzioni snc ed i di essa fideiussori non sono debitori di alcuna somma nei confronti dei BANCA X s.p.a.

In via subordinata:

4. ridurre l'importo di cui al decreto ingiuntivo opposto nei limiti degli importi per i quali s'è raggiunta prova e comunque di giustizia secondo il prudente apprezzamento di codesto tribunale;

Vinte le spese di lite, comprensive di CTU e CTP.

**Per BANCA X spa :**

*Contrariis reiectis.*

*Respingersi le domande tutte proposte dagli opposenti nei confronti di BANCA X spa, perché destituite di qualsiasi fondamento e non provate.*

*Per gli effetti, confermarsi integralmente il decreto ingiuntivo n. 852, emesso dal Giudice del Tribunale di Modena in data 31.3.2011, col quale ingiunse a PINCO PALLINO Costruzioni snc di PINCO PALLINO Francesco, PINCO PALLINO Francesco, PINCO PALLINO Claudio, PINCO PALLINO Ferdinando, PINCO PALLINO Vincenzo e XY il pagamento della somma capitale di € 504.342,56, quanto alla società e di € 300.000,00 quanto ai fideiussori, oltre agli interessi al tasso legale maturati dal 1.1.2011 sino al saldo effettivo e alle spese del procedimento monitorio, liquidate in complessivi € 3.406,00.*

*In ogni caso, dirsi tenuto e condannarsi:*

a) PINCO PALLINO Costruzioni di PINCO PALLINO Francesco e C. snc, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in XXXXXX, Via XXXXXX n. 24, nonché i soci illimitatamente responsabili della società, in via solidale e sussidiaria, PINCO PALLINO Francesco, nato a XXXXXXXXXXXXXXXX il 13.8.1956 (C.F. XXXXXXXX), residente in XXXXXX, Strada XXXX n. 9, PINCO PALLINO Claudio, nato a XXXXXXXXXXXXXXXX il 10.5.1965 (C.F. XXXXXXXX), residente in XXXXXX, Via XXXXXX n. 8, PINCO PALLINO Antonio, nato a XXXXXXXXXXXXXXXX il 15.2.1967 (C.F. XXXXXXXX), residente in XXXXXXXXXXXX, Via XXXXXX n. 1, PINCO PALLINO Ferdinando, nato XXXXXX il 4.4.1955 (C.F. XXXXXXXX), residente in XXXXXX, Via XXXXXX n. 12 e PINCO PALLINO Vincenzo, nato a XXXXXX il 14.6.1962 (C.F. XXXXXXXXXXXX), residente in XXXXXX, Via XXXXXX n. 26, al pagamento a favore di BANCA X spa, in via solidale tra loro e sussidiaria, della somma capitale di € 504.342,56, oltre agli interessi maturati al tasso legale sulla sorte capitale dal 1.1.2011 sino al saldo effettivo;

b) PINCO PALLINO Francesco, nato a XXXXXX il 13.8.1956 (C.F. XXXXXXXXXXXX), residente in XXXXXX, Strada XXXXXX n. 9, PINCO PALLINO Claudio, nato a XXXXXX il 10.5.1965 (C.F. XXXXXXXXXXXX), residente in XXXXXX, Via XXXXXX n. 8, XXXXXXXXXXX, nato a XXXXXX il 15.2.1967 (C.F. XXXXXXXXXXXX), residente in XXXXXX, Via XXXXXX n. 1, PINCO PALLINO Ferdinando, nato XXXXXX il 4.4.1955 (C.F. XXXXXXXXXXXX), residente in XXXXXX, Via XXXXXX n. 12 e

PINCO PALLINO Vincenzo, nato a XXXXXX il 14.6.1962 (C.F. XXXXXXXXXXXXXXXX), residente in XXXXXX, Via XXXXXX n. 26, al pagamento in favore di BANCA X spa, in via solidale tra loro e con la predetta società, della minor somma di € 300.000,00, oltre agli interessi maturati al tasso legale sulla sorte capitale dal 1.1.2011 sino al saldo effettivo.

*Con vittoria di spese, competenze ed onorari di lite.*

pagina 2 di 7

Firmato Da: CIVIDALI SUSANNA Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: 12179c



Sentenza n. 2338/2016 pubbl. il 16/12/2016  
RG n. 3903/2011

**Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione**

Con decreto provvisoriamente esecutivo n. 852/11 emesso in data 31.3.2011 è stato ingiunto a PINCO PALLINO Costruzioni snc di PINCO PALLINO Francesco, a PINCO PALLINO Francesco, PINCO PALLINO Claudio, PINCO PALLINO Ferdinando, PINCO PALLINO Vincenzo e PINCO PALLINO Antonio il pagamento in favore di BANCA X spa, in via solidale tra loro, della somma capitale di € 504.342,56, quanto alla società e di € 300.000,00 quanto ai fideiussori, oltre agli interessi al tasso legale maturati dal 1.1.2011 sino al saldo effettivo e alle spese del procedimento monitorio, liquidate in complessivi € 3.406,00. Il credito derivava da un contratto- stipulato da PINCO PALLINO Costruzioni di PINCO PALLINO Francesco e C. snc in data 26.1.2007 con BANCA X spa, poi divenuta BANCA Y srl, filiale di Carpi - di conto corrente di corrispondenza n. 30077145 con affidamenti di credito validi sino a revoca (doc. n. 1 – fascicolo monitorio) e da contratti di fideiussione sino ad euro 300.000 stipulati dai soci personalmente per l'adempimento da parte della società delle obbligazioni verso BANCA X spa dipendenti da operazioni bancarie di qualunque tipo.

Avverso il provvedimento monitorio gli ingiunti hanno proposto opposizione adducendo:

- la violazione dell'art. 117 TUB, in quanto il contratto di conto corrente sarebbe stato sprovvisto dell'indicazione dei tassi di interesse applicati, delle commissioni e delle ulteriori condizioni economiche;
- l'applicazione al rapporto di conto corrente azionato di interessi usurari e anatocistici;
- il difetto della prova del credito, perché non adeguatamente documentato dall'estratto notarile prodotto, sufficiente per l'emissione del decreto ingiuntivo, ma inidoneo nella successiva fase a cognizione piena.

Respinta l'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione e concessa la stessa anche verso XY, dopo la concessione dei termini per memorie 183 c.p.c. veniva ammessa CTU contabile, al fine di ricostruire l'andamento del rapporto di conto corrente oggetto di contestazione, anche attraverso la consultazione ed acquisizione, con il consenso delle parti, di documenti contabili per verificare i tassi applicati e quelli pattuiti, l'eventuale superamento del tasso soglia usura, l'applicazione di interessi anatocistici e spese non pattuite per iscritto. In data 4.7.2014 il consulente ha depositato la propria relazione, dando atto che sulla base della documentazione agli atti, non era in condizione di dare risposta ad alcuno ai quesiti formulati ed assegnatigli.

Precisate le conclusioni ed assegnati i termini per memorie 190 c.p.c. la causa passava in decisione.

**1) Mancata pattuizione scritta di interessi e spese**

Tale motivo di opposizione non è fondato in quanto la banca ha correttamente prodotto in atti, sin dal

pagina 3 di 7



Sentenza n. 2338/2016 pubbl. il 16/12/2016  
RG n. 3903/2011

deposito del ricorso per decreto ingiuntivo, tutti i contratti debitamente sottoscritti dalla correntista Di PINCO PALLINO s.n.c. e dai garanti, contenenti la pattuizione degli interessi e delle spese nonché delle altre condizioni relative ai rapporti di conto corrente, di apertura di credito e di garanzia.

**2) Anatocismo**

Anche tale motivo di opposizione non può trovare accoglimento, laddove si consideri che il rapporto di conto corrente con annessa apertura di credito è sorto nel 2007 e che prevede espressamente l'applicazione di interessi anatocistici con uguale periodicità sia dal lato attivo che dal lato passivo del rapporto. Tale pattuizione scritta è quindi conforme alle condizioni imposte dalla delibera CICR del 9.2.2000 e pertanto l'eccezione di invalidità della capitalizzazione di interessi può essere esclusa anche a prescindere dagli esiti della CTU.

**3) Usura**

Diverse considerazioni valgono per l'eccezione di invalidità di interessi per effetto del superamento del tasso soglia usura vigente pro tempore. In relazione a ciò si osserva che la banca, in quanto attore sostanziale, ha l'onere di fornire la prova del proprio credito, specie a fronte dell'eccezione di invalidità di interessi pattuiti o applicati. Pertanto nella fase di merito non è certo sufficiente la produzione delle scritture contabili autenticate o del certificato di saldaconto ex art. 50 TUB essendo necessario ricostruire tutte le poste di dare-avere durante tutto lo svolgimento del rapporto. In tal senso è stato affermato dalla Suprema Corte: "L'accertata nullità delle clausole che prevedono, relativamente agli interessi dovuti dal correntista, tassi superiori a quelli legali e la capitalizzazione trimestrale impone la rideterminazione del saldo finale mediante la ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, sulla base degli estratti conto a partire dall'apertura del medesimo, che la banca, quale attore in senso sostanziale nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ha l'onere di produrre, non potendo ritenersi provato il credito in conseguenza della mera circostanza che il correntista non abbia formulato rilievi in ordine alla documentazione prodotta nel procedimento monitorio". (v. Cass. Sez. 1, *Sentenza n. 21466 del 19/09/2013*). "Nel procedimento a cognizione piena introdotto con l'opposizione a decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 645 cod. proc. civ., il certificato di saldaconto (a differenza di quanto previsto per la fase monitoria dall'art. 50 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, recante il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) ha valore indiziario e può assolvere l'onere della prova dell'ammontare del credito in forza della clausola, contenuta nel contratto di conto corrente, con la quale il cliente riconosca che i libri e le altre scritture contabili della banca facciano piena prova nei suoi confronti, trattandosi di clausola immune da nullità, agli effetti dell'art. 2698 cod. civ., in quanto non integrante una non consentita inversione



Sentenza n. 2338/2016 pubbl. il 16/12/2016  
RG n. 3903/2011

dell'onere probatorio su diritti di cui le parti non possano disporre, né un aggravamento eccessivo dell'esercizio del diritto".(v. Cass. Sez. 1, *Sentenza n. 25857 del 02/12/2011*) . D'altro canto l'omessa contestazione degli estratti conto da parte del correntista o dei garanti, quand'anche fosse provata (cosa che non risulta nel caso di specie) non potrebbe in ogni caso essere sufficiente a superare eventuali nullità del contratto secondo il consolidato orientamento della Cassazione: "Ai sensi dell'art. 1832 cod. civ., la mancata contestazione dell'estratto conto e la connessa implicita approvazione delle operazioni in esso annotate riguardano gli accrediti e gli addebiti considerati nella loro realtà effettuale, nonché la verità contabile, storica e di fatto delle operazioni annotate, ma non impediscono la formulazione di censure concernenti la validità ed efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti."(V.Cass. Sez. 1, *Sentenza n. 11626 del 26/05/2011*). La banca avrebbe dovuto quindi produrre tutti gli estratti conto dall'inizio del rapporto sino alla sua chiusura mentre ha prodotto i soli estratti conto del trimestre del 31.12.2010 , che non sono in alcun modo sufficienti a ricostruire l'ammontare delle passività sino a quella data risultanti (come rilevato anche dal CTU). Peraltro tale produzione documentale avrebbe dovuto essere effettuata entro il termine di cui alla seconda memoria 183 c.p.c. e quindi correttamente il consulente non ha acquisiti in un momento successivo la documentazione messa tardivamente a disposizione dalla banca, non essendovi stato il consenso degli oppositori (come era loro diritto ex art. 198 c.p.c.).

#### 4) Eccezioni opponibili dai garanti

La fideiussione prestata prevede che i garanti siano tenuti a pagare alla banca la somma reclamata al debitore principale "a prima richiesta". Ora a prescindere dalla qualificazione giuridica del contratto - come fideiussione vera e propria o come contratto autonomo di garanzia- secondo quanto previsto dalla giurisprudenza della cassazione nella secondo ipotesi , il garante puo' opporre non solo l'exceptio doli, ma anche la radicale invalidità per contrarietà a norme imperative di legge del contratto o di una clausola. Infatti è stato affermato che : "Nel contratto autonomo di garanzia - ai fini della cui distinzione dalla fideiussione non è decisivo l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia - il garante, improntandosi il rapporto tra lo stesso ed il creditore beneficiario a piena autonomia, non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento. Nondimeno, si deve escludere che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunichi sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione - eccezion fatta



Sentenza n. 2338/2016 pubbl. il 16/12/2016  
RG n. 3903/2011

per la previsione di interessi usurari - non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto finanche l'anatocismo, così come si ricava dagli artt. 1283 cod. civ. e 120 del d.lgs. n. 385 del 1993” (v.Cass.sez. 3, **Sentenza n. 5044 del 03/03/2009**). Inoltre: “In tema di contratto autonomo di garanzia, l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia comporta la rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, con il duplice limite dell'esecuzione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può opporre l'“exceptio doli”, e del caso in cui le predette eccezioni siano fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta”.(v. Cass. Sez. 1, **Sentenza n. 26262 del 14/12/2007**).

Il decreto ingiuntivo deve quindi essere revocato in quanto trattandosi di rapporto di conto corrente con anticipazione di credito, in assenza degli estratti conto, non è possibile vagliare la dedotta nullità per applicazione di interessi usurari atteso che l'esposizione debitoria è certamente continuamente variata nel corso dello svolgimento del rapporto e non è predeterminabile ex ante il tasso applicato in concreto. Peraltro anche partendo dal cosiddetto saldo zero dal momento di produzione degli estratti conto da parte della banca si osserva che già a quella data risulta una passività di oltre 450.000 euro , sicchè da quel momento sino alla chiusura del rapporto risulta che il debito sia aumentato sino alla somma azionata in monitorio per la sola applicazione di interessi e spese senza che vi siano stati ulteriori prelievi di somme a debito da parte della debitrice principale. Il credito quindi se a quella data era da considerarsi pari a zero per la banca, tale è da considerarsi anche alla fine del rapporto non potendo applicarsi interessi passivi sul saldo zero. Il decreto deve quindi essere revocato interamente sia verso i garanti che verso la società debitrice principale, non essendovi la prova del credito della banca.

Le spese di lite liquidate come in dispositivo in base al valore della domanda secondo i parametri di cui al D.M. 55/2014 seguono la soccombenza della banca. Le spese di CTU liquidate come in corso di causa vanno poste a carico di parte convenuta .



Sentenza n. 2338/2016 pubbl. il 16/12/2016  
RG n. 3903/2011

**P.Q.M.**

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- Revoca il decreto ingiuntivo opposto e rigetta ogni domanda proposta dalla banca convenuta verso gli opposenti.
- Condanna altresì la parte convenuta a rimborsare alla parte attrice opponente le spese di lite, che si liquidano in € 21.000 per compensi , € 500 per esborsi , oltre accessori come per legge.

Modena, 10 novembre 2016

Il Giudice  
dott.ssa Susanna Cividali

