

Civile Ord. Sez. 1 Num. 24051 Anno 2019

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: TRICOMI LAURA

Data pubblicazione: 26/09/2019

sul ricorso 13454/2015 proposto da:

Banca ~~Commerzbank AG~~ in persona del procuratore speciale Maffa Maurizio e in persona del procuratore speciale Mauri Gualtiero, elettivamente domiciliato in ~~via~~ Via ~~del~~ ~~del~~ ~~del~~ presso lo studio dell'avvocato ~~del~~ ~~del~~ che la rappresenta e difende

contro

-ricorrente -

~~Commerzbank AG~~ S.r.l. (Ora ~~del~~ Srl), ~~del~~ ~~del~~ ~~del~~, ~~del~~ ~~del~~, ~~del~~ ~~del~~, elettivamente domiciliati in ~~del~~ ~~del~~ presso lo studio dell'avvocato

R.G.N. 13454/2015
Cons. Laura Tricomi

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORD.
1479
2019

~~Enrico Maria~~ che li rappresenta e difende, elettivamente domiciliato in ~~Roma~~ Via ~~Monte dei Riformati, 100~~ presso lo studio dell'avvocato ~~Francesca~~ che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato ~~Francesca~~

-controricorrenti -

avverso la sentenza n. 2603/2015 della CORTE D'APPELLO di ROMA,
depositata il 27/04/2015;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
10/05/2019 da ^{la cons.} TRICOMI LAURA

RITENUTO CHE:

Con atto di citazione del 2003 la società ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~
SRL (di seguito, la società), ~~XXXXXXXXXXXX~~ e ~~XXXXXXXXXXXX~~
avevano convenuto la Banca ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ dinanzi al
Tribunale di Velletri. Avevano dedotto, all'uopo, che la società aveva
intrattenuto presso la banca il rapporto di conto corrente n. ~~XXXX~~
(aperto il ~~01/1/2000~~ e estinto il ~~01/1/2000~~), assistito da fideiussione
prestata da ~~XXXXXXXXXXXX~~ e ~~XXXXXXXXXXXX~~, secondo
modalità illegittime perché la banca, nel corso del rapporto ed in
assenza di pattuizione scritta, aveva applicato tassi di interesse
debitore ultralegali non pattuiti per iscritto - perché determinati
esclusivamente mediante il rinvio alle condizioni usualmente praticate
su piazza-, la commissione di massimo scoperto nonché la
capitalizzazione trimestrale degli interessi e chiedevano la
restituzione delle somme indebitamente versate.

La banca, costituitasi, aveva chiesto il rigetto delle domande e
proposto domanda riconvenzionale per ottenere la condanna della
correntista al pagamento del saldo debitore.

Il Tribunale aveva respinto la domanda restitutoria, ritenendo non
assolti gli oneri probatori gravanti sulla correntista, che non aveva

allegato il contratto di conto corrente di cui aveva dedotto la nullità; aveva respinto anche la domanda riconvenzionale.

La società aveva proposto appello e la banca ne aveva chiesto il rigetto proponendo appello incidentale; la Corte aveva ordinato l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle altre parti e si erano costituiti in giudizio, articolando un proprio appello incidentale, ~~Giuseppe [redacted]~~, ~~Donatella [redacted]~~, ~~Elisabetta [redacted]~~ e ~~Donatella [redacted]~~ (la prima in proprio e quale erede di ~~Donatella [redacted]~~, gli ultimi tre quali eredi di ~~Donatella [redacted]~~).

La Corte di appello di Roma, in accoglimento dell'appello principale proposto dalla società e, per quanto di ragione, dell'appello incidentale proposto da ~~Donatella [redacted]~~, ~~Donatella [redacted]~~, ~~Elisabetta [redacted]~~ e ~~Donatella [redacted]~~, rilevata la nullità degli accordi relativi all'applicazione di tassi interesse ultralegale, alla commissione di massimo scoperto e della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi applicati alla correntista, ha condannato la banca al pagamento a favore della società di euro ~~5.000.000,00~~, oltre interessi dalla domanda giudiziale al saldo.

In particolare la Corte di appello ha ritenuto: ammissibile l'appello incidentale tardivo proposto dai garanti, disattendendo l'eccezione della banca; inammissibile l'eccezione sollevata dalla banca circa la dedotta nullità dell'atto di citazione in primo grado; provata l'esistenza del contratto di conto corrente tra le parti, pur non essendo stato allegato un documento scritto né dalla correntista né dalla banca, sulla considerazione che l'esistenza costituiva circostanza non contestata, erano stati prodotti gli estratti conto e non era richiesta la forma scritta.

Quindi, passando all'esame delle pattuizioni concernenti gli interessi, la Corte di appello, sulla premessa che la pattuizione di interessi ultralegali avrebbe richiesto la forma scritta ex art.1284 cod. civ., che di ciò non vi era prova e che la banca aveva ribadito di avere applicato i tassi di interesse nei limiti concordati in sede ABI, ha ritenuto che gli interessi dovessero essere rideterminati nella misura legale (escludendo anche l'applicazione del tasso sostitutivo di cui all'art.117 del d.lgs. n.385/1993 perché irretroattivo) in assenza di prova scritta da parte della banca dell'accordo in merito all'applicazione dei tassi "uso piazza", sulla considerazione che, essendo pacifica l'esistenza e le condizioni di svolgimento del rapporto, sarebbe stato onere della banca giustificare la legittimità di quelle poste di cui era stata denunciata la nullità (fol.15 della sent. imp.).

Medesima decisione ha riguardato anche la commissione di massimo scoperto sulla considerazione che, stante la sua sostanziale assimilabilità agli interessi passivi, la banca, per provarne la legittimità, avrebbe dovuto produrre la relativa pattuizione, al fine di dare conto del contenuto e dimostrare che era esente da ogni possibile rilievo di nullità sia sul piano della determinatezza che della funzione negoziale (fol. 20 della sent. imp.). La Corte di appello ha, infine, ribadito l'illegittimità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi già rilevata dal Tribunale.

La Corte territoriale ha poi respinto l'eccezione di prescrizione dell'azione di ripetizione sollevata dalla banca, ribadendo l'applicabilità nel caso della prescrizione decennale ed osservando che l'azione era stata proposta entro il decennio dalla data di chiusura del

conto e che non era nemmeno stata allegata la natura solutoria dei versamenti effettuati dalla correntista nel corso del tempo.

Ha respinto anche l'eccezione di nullità della CTU proposta dalla banca, perché non sollevata tempestivamente in primo grado. Ha provveduto infine a determinare l'indebito, condannando la banca al pagamento in favore della società e provvedendo sulle spese di lite dei due gradi di giudizio.

La Banca ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~ propone ricorso con nove mezzi nei confronti della società ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~ e di ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~, quale garante ed erede di ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~, ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~, ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~ e ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~, quali eredi di ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~, che replicano con controricorso. La società ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~ ha depositato comparsa di costituzione ex art.110 cod. proc. civ. quale incorporante la ~~Spilimbergo e Spilimbergo~~.

Tutte le parti costituite hanno depositato memoria.

CONSIDERATO CHE:

1. Preliminarmente va accolta l'eccezione di inammissibilità della produzione documentale versata in atti dai controricorrenti, in uno alla memoria, perché avvenuto in violazione dell'art.372, secondo comma, cod. proc. civ.

2.1. Con il primo motivo si denuncia la nullità del procedimento per ritenuta ammissibilità dell'appello incidentale dei garanti e la violazione e falsa applicazione dell'art.334 cod. proc. civ. per avere la Corte di appello ritenuto ammissibile l'appello incidentale proposto dai chiamati ad integrazione del contraddittorio, osservando che la società aveva introdotto l'appello principale con atto di citazione notificato alla banca il 29/10/2009 (entro il termine di un anno e

quarantasei giorni dal deposito della sentenza impugnata, pubblicata il 7/8/2008), che la Corte di appello aveva disposto l'integrazione del contraddittorio all'udienza del 16/2/2010 e che i garanti si erano costituiti con comparsa depositata il 27/12/2010, articolando un proprio appello incidentale.

La ricorrente, sostiene, che nel caso specifico l'impugnazione incidentale tardiva non era ammissibile, non ravvisandosi un interesse connesso all'appello principale svolto dalla società, atteso che la stessa Corte di appello aveva precisato che era esclusa la legittimazione dei garanti a richiedere la restituzione delle somme da loro non versate; richiama la giurisprudenza in tema di impugnazione parziale ed acquiescenza e rammenta che nelle cause scindibili l'autonomia dei rapporti implica il pieno dispiegarsi del principio di consumazione dell'impugnazione, ove non esercitata tempestivamente.

2.2. Il motivo è infondato e va respinto.

2.3. La Corte territoriale ha correttamente applicato il principio secondo il quale *«Sulla base del principio dell'interesse all'impugnazione, l'impugnazione incidentale tardiva è sempre ammissibile, a tutela della reale utilità della parte, tutte le volte che l'impugnazione principale metta in discussione l'assetto di interessi derivante dalla sentenza alla quale il coobbligato solidale aveva prestato acquiescenza; conseguentemente, è ammissibile, sia quando rivesta la forma della controimpugnazione rivolta contro il ricorrente principale, sia quando rivesta le forme della impugnazione adesiva rivolta contro la parte investita dell'impugnazione principale, anche se fondata sugli stessi motivi fatti valere dal ricorrente principale, atteso*

che, anche nelle cause scindibili, il suddetto interesse sorge dall'impugnazione principale, la quale, se accolta, comporterebbe una modifica dell'assetto delle situazioni giuridiche originariamente accettate dal coobbligato solidale.» (Cass. Sez. U. n. 24627 del 27/11/2007; in tema, Cass. n. 15770 del 15/06/2018; Cass. n. 23396 del 16/11/2015): invero, a seguito della proposizione dell'appello principale, la banca aveva spiegato appello incidentale, di guisa che anche l'eventuale accoglimento dell'appello incidentale avrebbe potuto mettere in discussione l'assetto di interessi che derivava dalla sentenza, a cui i garanti avevano ritenuto di prestare inizialmente acquiescenza, sentenza che aveva respinto anche la domanda riconvenzionale della banca riproposta con l'appello incidentale, circostanza che la ricorrente banca trascura di considerare.

3.1. Con il secondo motivo si ripropone l'eccezione di nullità dell'atto di citazione in primo grado e la violazione degli artt.163, terzo comma, nn.3 e 4, e 164, quarto e quinto comma, cod. proc. civ.

La tesi della ricorrente è che non vi è stata sanatoria per effetto della integrazione ordinata dal giudice, perché questi aveva disposto, con l'unico provvedimento, anche lo scambio di memorie ex art. 180 cod. proc. civ. all'epoca vigente, scambio che, invece, avrebbe dovuto essere disposto solo dopo l'integrazione della citazione, perché solo all'esito di questa poteva procedersi alla trattazione della causa.

3.2. Il motivo è infondato.

3.3. Osserva la Corte che, nel caso in esame in cui il giudizio venne introdotto con atto di citazione notificato il 3/9/2003, il giudice

di primo grado, ravvisata l'incertezza in merito alla domanda proposta, con ordinanza del 15/12/2003 ne aveva ordinato l'integrazione assegnando all'uopo un termine perentorio.

L'art. 164, ultimo comma, cod. proc. civ., prevede che il giudice fissi l'udienza ai sensi dell'art. 183, secondo comma, cod. proc. civ. e si applichi l'art. 167 cod. proc. civ.: tale disposizione, *ratione temporis* rinviava all'art.183, ultimo comma, cod. proc. civ. che, anteriormente alla riforma del 2005, così stabiliva «*Se richiesto, il giudice fissa un termine perentorio non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie contenenti precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte. Concede altresì alle parti un successivo termine perentorio non superiore a trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dell'altra parte e per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime. Con la stessa ordinanza il giudice fissa l'udienza per i provvedimenti di cui all'articolo 184.*». La disposizione di cui all'art.164 cit. in esame, pur di non chiara formulazione, è stata ^{e va} intesa nel senso che il giudice dovesse fissare la prima udienza di trattazione, assegnando un termine all'attore per provvedere all'integrazione ed un successivo termine al convenuto per replicare, il che nel caso in esame è stato fatto dal tribunale.

3.4. Tutto ciò in disparte dalla evidente carenza di interesse in merito alla doglianza, atteso che la stessa ricorrente assume che la memoria autorizzata non aveva comportato alcuna integrazione della domanda, ma solo una rimodulazione delle conclusioni dell'originario atto di citazione e non illustra il pregiudizio subito dalla difesa.

4.1. I motivi terzo, quarto e quinto possono essere esaminati congiuntamente per connessione.

4.2.1. Con il terzo motivo si denuncia la violazione dell'art.2697 cod. civ., per avere la Corte di appello ritenuto fornita la prova dell'esistenza del contratto di conto corrente mediante la produzione degli estratti conto, sulla preliminare considerazione che non era richiesta una forma scritta *ad substantiam* e che era pacifico che fosse stato intrattenuto tra le parti, nonché sulla ulteriore considerazione che la banca non aveva negato di aver praticato tassi ultralegali, ma aveva solo rivendicato la correttezza del proprio operato.

Secondo la ricorrente, trattandosi di accertamento negativo preliminare alla domanda restitutoria, gli oneri di allegazione e prova circa l'inesistenza della *causa debendi* dovevano ritenersi tutti a carico della parte che aveva agito in giudizio: si duole quindi che la Corte territoriale, ritenuta incontestata l'esistenza del contratto e la misura ultralegale degli interessi sulla scorta della difesa della banca, aveva ritenuto provati i fatti senza che la parte attrice vi avesse provveduto processualmente.

4.2.2. Con il quarto motivo si denuncia la violazione dell'art.2697 cod. civ. in relazione alla prova della pattuizione di un tasso di interesse in misura ultralegale in riferimento alla legge n.154/1992 ed al d.lgs. n.385/1993 e si sostiene che la Corte territoriale avrebbe dovuto, alla luce di queste ultime due disposizioni che prevedevano in via non retroattiva la nullità delle clausole contrattuali di determinazione degli interessi con rinvio agli usi, tenerne conto in riferimento al contratto sorto nel 12/1/1986, ritenendo legittimi i

tassi applicati, in assenza della prova, anche presunta, dell'applicazione di tassi di interesse in misura maggiore di quelli praticati su piazza.

4.2.3. Con il quinto motivo si denuncia la violazione dell'art.2697 cod. civ. in merito alla prova della pattuizione di commissione di massimo scoperto.

4.3. I detti motivi sono infondati e vanno respinti.

4.4. La ricorrente trascura che la Corte di appello ha tratto i suoi elementi di valutazione non solo dalla non contestazione dell'esistenza del contratto, ma anche dagli estratti conti conto prodotti in giudizio dalla correntista e dalla CTU, da cui ha desunto sia l'esistenza del rapporto, che l'andamento dello stesso nel suo svolgimento in dare ed avere, anche in relazione alle evidenze contabili delle poste oggetto di contestazione (interessi ultralegali, commissione di massimo scoperto, capitalizzazione trimestrale degli interessi). Ciò in linea con quanto stabilito da questa Corte, secondo la quale il correntista, che *«agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto ad essi, di una valida "causa debendi", sicchè il medesimo ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somme non dovute.»* (Cass. n. 24948 del 23/10/2017). Correttamente, quindi, la Corte di appello ha tratto la prova della illegittimità delle pattuizioni afferenti ad interessi ultralegali - circostanza non contestata dalla banca, che ha dedotto di aver applicato i tassi ABI - dalla mancanza di documentazione circa la

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

pattuizione per iscritto e della illegittimità della clausola di massimo scoperto dalla impossibilità di valutarne determinatezza e funzione, in assenza della conoscenza del contenuto della clausola, *ratio* che non risulta censurata.

4.5. Contrariamente a quanto sembra assumere la ricorrente, la Corte di appello ha ritenuto non provato l'accordo contrattuale in merito all'applicazione di tassi ^{ultralegali} uso piazza in assenza della pattuizione scritta ex art.1284 cod. civ. e – di contro – ha ritenuto provata l'applicazione di tassi ultralegali sulla scorta degli estratti conto e della CTU, oltre che dell'ammissione della banca di avere praticato tassi uso piazza (e quindi ultralegali): pertanto non essendo stato provato l'accordo scritto sul punto, correttamente la Corte di appello ha ritenuto non integrati i presupposti per l'applicazione delle disposizioni richiamate, che presuppongono, pur sempre, che tra le parti sia intercorso un accordo di cui, nello specifico, non è stata data la prova.

Anche in relazione alla commissione di massimo scoperto, la Corte di appello ha desunto la prova della sua applicazione in base agli estratti conto prodotti della società e alla elaborazione eseguita dal CTU, escludendo tuttavia la legittimità della commissione stessa in ragione della impossibilità di valutarne determinatezza e funzione, stante la assenza di conoscenza del contenuto della clausola, *ratio* che – come già osservato – non risulta censurata.

4.6. A ciò va aggiunto, quanto alle singole clausole, che, se è vero che anche nelle azioni di accertamento negativo l'onere della prova incombe sull'attore, tuttavia quanto ai fatti negativi (nella specie, inesistenza di convenzione scritta di interessi ultralegali e di


Corte di Cassazione - copia non ufficiale

previsione contrattuale sufficientemente specifica di commissioni di massimo scoperto) trova applicazione il principio di vicinanza o inerenza della prova, che ribalta l'onere sul convenuto (principio teorizzato frequentemente nella giurisprudenza di legittimità e applicato anche dalle Sezioni Unite, nella sentenza n.13533 del 30/10/2001 sulla prova dell'inadempimento).

5.1. Con il sesto motivo si denuncia la violazione dell'art.2948 cod. civ. in merito all'eccezione di prescrizione quinquennale dell'azione di ripetizione dell'indebito.

5.2. Il motivo è infondato perché «L'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizionale del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del "solvens" con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'"accipiens".» (Cass. Sez. U. n. 24418 del 02/12/2010; Cass. n. 6857 del 24/03/2014), ciò in quanto il pagamento dell'indebito,

oggetto della pretesa restitutoria, è costituito da ciascuna rimessa della correntista – evidentemente non periodica – e non dall'addebito degli interessi illegittimamente computati.

6.1. Con il settimo motivo si denuncia la nullità della sentenza come conseguenza della nullità della CTU e la violazione e falsa applicazione dell'art.198 cod. proc. civ.

6.2. Il motivo è inammissibile perché non ha attinenza con la *ratio decidendi*.

6.3. La Corte di appello di appello correttamente ha ritenuto inammissibile l'eccezione di nullità della CTU espletata in primo grado «per non essere stata tempestivamente sollevata nel corso del giudizio di primo grado» e cioè, trattandosi di eccezione in senso stretto «nel termine di cui al secondo comma dell'art.157 cod. proc. civ. ovvero, a pena di decadenza, nella prima istanza o difesa successiva al suo deposito» (fol.22 della sent.imp.): tale accertamento non è smentito dalla ricorrente che assume di averla sollevata in sede di precisazione delle conclusioni all'udienza del 15/1/2008 e non già nei termini decadenziali dianzi indicati (Cfr. Cass. n. 4448 del 25/02/2014; Cass. n. 19427 del 03/08/2017), di guisa che la doglianza risulta fuori centro.

7.1. Con l'ottavo motivo si denuncia la violazione dell'art.2967 cod. civ. e degli artt.163, terzo comma, nn.3 e 4, cod. proc. civ. per mancata allegazione degli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento della domanda, allegazione non surrogabili mediante CTU.

7.2. Il motivo è inammissibile poiché si sostanzia, per un verso, in una contestazione in merito alle modalità di espletamento della CTU,

per la quale valgono gli argomenti già svolti sub 6.3. e, per altro verso, in una critica in fatto a quanto accertato dalla Corte di appello di cui si sollecita il riesame.

8.1. Con il nono motivo si denuncia la violazione degli artt.91 e 92 cod. proc. civ. e del D.M. n.55/2014, in merito alla liquidazione delle spese di lite, anche in riferimento alla posizione dei garanti ed alla parziale compensazione attuata a loro carico.

8.2. Il motivo è inammissibile. Occorre, sotto il profilo della violazione di legge, dedurre la violazione dei massimi tariffari. L'insufficiente motivazione, poi, non può più essere dedotta come vizio di legittimità dopo l'ultima riforma dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ.

9. In conclusione il ricorso va rigettato perché infondati i motivi primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto ed inammissibili i motivi settimo, ottavo e nono.

Le spese seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

Si dà atto - ai sensi dell'art.13, comma 1 quater del d.P.R. del 30.05.2002 n.115, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

P.Q.M.

- Rigetta il ricorso;
- Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità che liquida in euro ~~15.000,00~~ =, oltre ad ~~6.200,00~~ = per

esborsi, alle spese generali liquidate forfettariamente nella misura del 15% ed agli accessori di legge;

- Dà atto, ai sensi dell'art.13, comma 1 quater del d.P.R. del 30.05.2002 n.115, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, il giorno 10 maggio 2019.