



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Prima civile, composta dai Sigg.:

Dott. Donato Pianta

Presidente

Dott. Giuseppe Magnoli

Consigliere rel.

Dott. Maria Tulumello

Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile n. 195/2016 R.G. promossa con atto di citazione notificato in data 12/02/2016 Ufficio Notifiche di Brescia

unitamente da

S.O.V.E. S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, in persona del liquidatore e legale rappresentante signor SPOTTI GIORGIO con il patrocinio dell'avv. ROBERTO VASSALLE e dell'avv. ANTONELLA LAVA, quest'ultima procuratrice domiciliataria e **SPOTTI GIORGIO**, con il patrocinio dell'avv. ROBERTO VASSALLE e dell'avv. ANTONELLA LAVA, quest'ultima procuratrice domiciliataria

Sent. N.

Cron. N.

Rep. N.

R. Gen. N. 195/2016

Camp. Civ. N.

OGGETTO:

Bancari (deposito

bancario, cassetta di

sicurezza, apertura di

credito bancario)

PARTE APPELLANTE

c o n t r o

CASSA PADANA - BANCA DI CREDITO COOPERATIVO SOC. COOP. A.R.L., in persona del Presidente e legale rappresentante Rag. Vittorio Biemmi, con il patrocinio dell'avv. GIACOMO BETTONI e dell'avv. ANITA BETTONI

PARTE APPELLATA

Causa interrotta a seguito del fallimento dell'appellante società S.O.V.E. S.P.A. IN LIQUIDAZIONE, e riassunta (proseguita) su ricorso depositato in data 1/03/2018

da

SPOTTI GIORGIO, con il patrocinio dell'avv. ROBERTO VASSALLE e dell'avv. ANTONELLA LAVA, quest'ultima procuratrice domiciliataria

APPELLANTE-ATTORE IN RIASSUNZIONE

Nei confronti di

FALLIMENTO S.O.V.E. S.P.A. IN LIQUIDAZIONE

APPELLANTE-CONVENUTO IN RIASSUNZIONE-CONTUMACE

E di

CASSA PADANA - BANCA DI CREDITO COOPERATIVO SOC. COOP.

A.R.L., in persona del Presidente e legale rappresentante Rag. Vittorio Biemmi, con il patrocinio dell'avv. GIACOMO BETTONI e dell'avv. ANITA BETTONI

PARTE APPELLATA-CONVENUTA IN RIASSUNZIONE

In punto: appello a sentenza del Tribunale di Brescia, pubblicata in data 18/01/2016 n178/2016..

Causa posta in decisione all'udienza collegiale del 11/07/2018

CONCLUSIONI

Dell'appellante (SPOTTI GIORGIO)

Ogni avversa istanza, eccezione e deduzione disattesa, in accoglimento dei motivi di appello e in totale riforma della impugnata sentenza, dato atto che l'appellata, in data 11 ottobre 2017, ha incamerato la somma di € 8.225,36 (doc. n° 1):

1)- dichiararsi illegittimo il decreto in quanto emesso in assenza di prova scritta idonea e, comunque, non provata la sussistenza del credito della banca e, per l'effetto, non dovuta alcuna somma da parte degli attuali appellanti;

2)- dichiararsi nulli, per inosservanza dell'obbligo di forma nella stipulazione dei relativi contratti, i rapporti sui quali è fondato il decreto ingiuntivo opposto, nonché il diverso rapporto di c/c n° 015/42550489 e, per l'effetto, illegittimi e non dovuti tutti gli addebiti di spese e competenze effettuati dalla banca nel corso dei predetti rapporti;

3)- subordinatamente dichiararsi, in relazione ai medesimi rapporti di cui alla precedente domanda, illegittimi e non dovuti gli addebiti di interessi eccedenti la misura legale, nonché gli addebiti di interessi anatocistici e di commissione, e, in ogni caso, illegittimi gli addebiti di interessi operati, mediante "giroconto" sul c/c n° 015/550489-0 e rivenienti dal diverso c/c 015/42550489, nonché illegittimi gli

addebiti di interessi su tali interessi;

4)- Condannarsi l'istituto opposto alla restituzione, mediante pagamento in favore della soc. S.O.V.E. s.p.a., delle somme che potranno risultare corrisposte alla banca oltre al dovuto, con interessi e rivalutazione;

5)- Dichiararsi illegittima e ordinarsi la cancellazione, o subordinatamente la sua riduzione, della ipoteca giudiziale iscritta dall'istituto opposto in danno del fideiussore Giorgio Spotti;

6)- Con il favore di spese e competenze di causa di entrambi i gradi di giudizio.

Dell'appellato

Nel merito: Rigettarsi l'impugnazione con conferma integrale della Sentenza impugnata. Con vittoria di spese ed onorari di entrambi i gradi di giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Cassa Padana – BCC scarl, esponendo:

- di essere creditrice della SOVE Costruzioni spa in liquidazione e concordato preventivo, in persona del suo liquidatore sig. Spotti Giorgio, della somma complessiva di €.96.001,38, in forza di saldo al 31/03/2013 del c/c n.550489 in atto presso la filiale di Sissa, oltre interessi legali dal 1 aprile 2013;

- che di tale credito si era reso garante con lettera di fideiussione il signor Spotti Giorgio, nato a Parma il 20 novembre 1956 e residente a Parma Strada Cornazzano 188;

- che ricorrevano gli estremi di cui agli articoli 633 e seguenti c.p.c. ed in particolare di cui all'art.642 c.p.c., poiché la debitrice si trovava in stato di concordato preventivo ed era stata segnalata, unitamente al garante, unico proprietario di beni, in Centrale Rischi a sofferenza per rilevanti importi;

tanto premesso, ha chiesto al tribunale di Brescia ed ha ottenuto l'emissione di decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo a carico dei predetti SOVE Costruzioni spa in liquidazione e concordato preventivo e sig. Spotti Giorgio, per il pagamento in favore della ricorrente della somma di €.96.001,38, oltre interessi legali dal 1 aprile 2013 ed oltre alla rifusione delle spese del procedimento monitorio, liquidate in €.1630,00 per compensi professionali ed in €.338,00 per spese, oltre iva, cpa ed oltre alle successive occorrenze.

Avverso il decreto ingiuntivo n.3926/2013 hanno proposto tempestiva opposizione innanzi al tribunale di Brescia gli ingiunti SOVE Costruzioni spa in liquidazione e concordato preventivo e sig. Spotti Giorgio, rassegnando le seguenti conclusioni:

<<ogni avversa istanza, eccezione o deduzione disattesa: preliminarmente: sospendersi l'efficacia esecutiva del decreto opposto; nel merito: 1) dichiararsi illegittimo il decreto in quanto emesso in assenza di prova scritta idonea; 2) dichiararsi nulli, per inosservanza dell'obbligo di forma della stipulazione dei relativi contratti, i rapporti sui quali è fondato il decreto ingiuntivo opposto, nonché il diverso rapporto di c/c n.015/42550489 e, per l'effetto, illegittimi e non dovuti tutti gli addebiti di spese e competenze effettuati dalla banca nel corso dei predetti rapporti; 3) subordinatamente dichiararsi, in relazione ai medesimi rapporti di cui alla precedente domanda, illegittimi e non dovuti gli addebiti di interessi eccedente la misura legale, nonché agli addebiti di interessi anatocistici e di commissione, ed illegittime le variazioni sfavorevoli delle condizioni economiche operata dalla banca nel corso degli stessi rapporti e, in ogni caso, illegittimi gli addebiti di interessi operati, mediante " giro conto " sul c/c n.015/42550489-0 e rivenienti dal diverso c/c n.015/42550489, nonché illegittimi gli addebiti di interessi su tale interessi; 4) dichiararsi, inoltre, la carenza di interesse della ingiungente Cassa Padana soc. coop in relazione alla domanda della stessa proposta nei confronti della soc. SOVE spa in concordato preventivo e comunque non dovute della stessa SOVE , sia in relazione agli effetti di detto concordato, sia in relazione alle contestazioni svolte in causa, la somma ingiunta; 5) condannarsi l'istituto opposto alla restituzione, mediante pagamento in favore della soc. SOVE spa, delle somme che potranno risultare corrisposte alla banca oltre al dovuto, con interessi e rivalutazione; 6) dichiararsi illegittima ed ordinarsi la cancellazione, o, subordinatamente, la sua riduzione, della ipoteca giudiziale iscritta dall'istituto opposto in danno del fideiussore Giorgio Spotti; con il favore di spese e competenze di cassa>>.

La società Cassa Padana – BCC scarl, costituendosi in giudizio, ha concluso come segue:

<<in via preliminare: rigettarsi l'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione del decreto non sussistendo alcun grave e sopravvenuto motivo e risultando

l'opposizione palesemente infondata; nel merito: rigettarsi l'opposizione ed ogni ulteriore domanda svolta con integrale conferma del decreto opposto; spese rifuse>>.

Respinta l'istanza ex art. 649 c.p.c., autorizzato il deposito di memorie integrative ex art. 183, 6° comma, c.p.c., il tribunale di Brescia, senza dare ingresso ad alcuna attività istruttoria ulteriore rispetto alla mera acquisizione dei documenti offerti in comunicazione, con sentenza n.178/2016 , così ha statuito:

<<il tribunale di Brescia, definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda, istanza ed eccezione disattesa o assorbita: 1) respinge l'opposizione; 2) conferma il decreto ingiuntivo opposto in ogni sua parte: capitale, interessi, spese del monitorio; 3) rigetta la domanda di ripetizione di indebito proposta da parti oppONENTI; 4) condanna gli oppONENTI, in solido fra loro, a rifondere alla parte opposta le spese del giudizio di opposizione, che liquida in euro 4015,00 per compensi, oltre rimborso forfettario 15%, Iva e cassa>>.

Avverso la predetta sentenza hanno proposto tempestiva impugnazione la società SOVE Costruzioni spa in liquidazione e concordato preventivo ed il sig. Spotti Giorgio, chiedendo, previa sospensione della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, dichiararsi illegittimo il decreto ingiuntivo in quanto emesso in assenza di prova scritta idonea, e, comunque, dichiararsi non provata la sussistenza del credito della Banca e, per l'effetto, non dovuta alcuna somma da parte degli appellante; dichiararsi nulli, per inosservanza dell'obbligo di forma nella stipulazione dei relativi contratti, i rapporti sui quali si era fondato il decreto ingiuntivo opposto, nonché il diverso rapporto di conto corrente n.015/42550489 e, per l'effetto, illegittimi e non dovuti tutti gli addebiti di spese e competenze effettuati dalla banca nel corso dei predetti rapporti; subordinatamente dichiararsi, in relazione ai medesimi rapporti, illegittimi e non dovuti gli addebiti di interessi eccedente la misura legale, nonché agli addebiti di interessi anatocistici e di commissione e, in ogni caso, illegittimi gli addebiti di interessi operati, mediante " giroconto" sul c/c n. 015/42550489-0 e rivenienti dal diverso c/c 015/42550489, nonché illegittimi gli addebiti di interessi su tale interessi; condannarsi l'istituto opposto alla restituzione, mediante pagamento in favore della società SOVE S.p.A., delle somme che potranno

risultare corrisposte alla banca oltre al dovuto, con interessi e rivalutazione; dichiararsi illegittima ed ordinarsi la cancellazione, o subordinatamente la sua riduzione, dell'ipoteca giudiziale iscritta dall'istituto opposto in danno del fideiussore Giorgio Spotti, con il favore delle spese e competenze di lite per entrambi i gradi di giudizio.

All'udienza del 1 giugno 2016 la corte sull'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado dichiarandola inammissibile in quanto il titolo sul quale avrebbe potuto fondarsi la paventata azione esecutiva era costituito da decreto ingiuntivo, emesso provvisoriamente esecutivo, ragion per cui l'eventuale sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza non avrebbe potuto impedire l'esperimento dell'esecuzione forzata; la causa veniva rinviata all'udienza del 24 gennaio 2018 per la precisazione delle conclusioni; veniva quindi rinviata per i medesimi incumbenti all'udienza dell'11 luglio 2018; nelle more, con sentenza n. 10/18, il tribunale di Parma dichiarava il fallimento della società appellante SOVE Costruzioni spa in liquidazione e concordato preventivo; con ricorso depositato in data 1 marzo 2018 il signor Giorgio Spotti, sul presupposto dell'intervenuta interruzione automatica del processo ai sensi dell'art. 43, 3° comma, LF, ha chiesto fissarsi nuova udienza per la prosecuzione del giudizio, che è stata fissata per la data dell'11 luglio 2018; a tale data la causa è stata posta in decisione, con termini di legge per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il giudice di prime cure, premesso in fatto che gli oppositori avevano eccepito la mancata prova del credito, l'assenza di un contratto scritto, l'addebito di poste illegittime (interessi ultrà legali, interessi usurari, anatocismo, CMS) ed avevano domandato la ripetizione delle somme corrisposte alla banca oltre il dovuto, eccependo inoltre la carenza di interesse della ingiungere, stante l'esistenza di una procedura di concordato preventivo, è pervenuto al rigetto dell'opposizione sulla base delle seguenti considerazioni.

I) Il contratto di conto corrente n.550489 è stato stipulato per iscritto; la banca ha prodotto, fin dal deposito del ricorso monitorio, " lettera di apertura di conto corrente", timbrata e sottoscritta dalla opponente (doc. 2 allegato al ricorso per DI);

la mancata contestuale sottoscrizione dell'istituto bancario non priva il documento di valenza contrattuale, né mina il requisito della forma scritta, non essendo necessaria la simultaneità della sottoscrizione dei contraenti; il contratto di conto corrente ha avuto regolare attuazione negli anni; è stato seguito dall'invio degli estratti conto ed infine è stato invocato dalla banca, nel presente giudizio, al fine di richiedere il pagamento del saldo passivo; non vi sono pertanto dubbi del fatto che lo stesso si sia validamente perfezionato.

II) Le aperture di credito correlate al conto corrente sono state oggetto di apposite pattuizioni, risultanti dalla documentazione prodotta dall'opposta sub doc. 3; la S.C. ha ritenuto legittime le disposizioni contenute nella delibera del CICR dal 4 marzo 2003 – e, anteriormente, nel decreto emanato il 24 aprile 1992, in via di urgenza, dal Ministro del Tesoro – nonché nelle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, in forza delle quali il contratto di apertura di credito, qualora risulti già previsto e disciplinato da un contratto di conto corrente stipulato per iscritto, non deve, a sua volta, essere stipulato per iscritto, a pena di nullità (Cass. civ. sez.1^a, sent. 9/7/2005 n.14.470); nel caso di specie il contratto di conto corrente, all'art.6, prevedeva già in nuce una disciplina dell'apertura di credito eventualmente accordata dalla banca.

III) Quanto allo “ sconto” delle ricevute bancarie e al correlativo conto anticipi, il riferimento è alla sentenza della S.C. di Cass., sez. 1^a civ., n. 16.560 del 14/07/2010: *<<il “ castelletto di sconto “, infatti, è un negozio distinto dal contratto di apertura di credito in quanto con esso la banca si impegna, nel limite e per il tempo concordato, a scontare, a favore di un soggetto determinato, gli effetti e le ricevute bancarie che questo le presenterà senza implicare, anche se regolato in conto corrente, alcun trasferimento di denaro al cliente (neppure nella forma della “ messa a disposizione”)* con la conseguenza che detto trasferimento avverrà solo in forza dei singoli negozi e l'obbligazione restitutoria dello scontatario sorgerà solo ove i documenti scontati rimangano insoluti>>: la previsione di un castelletto di sconto, pertanto, non richiede – se collegato ad un conto corrente stipulato per iscritto (come nel caso di specie) – la pattuizione in forma scritta.

IV) La parte opposta ha prodotto gli estratti conto a partire dal 1 gennaio 2003, in conformità all'obbligo decennale di conservazione delle scritture contabili di cui

all'art. 2220 cod. civ. Ritenere che, in difetto degli estratti conto anteriori, il credito della Banca risulti del tutto sfornito di prova, come sostenuto dagli oppositori, è una soluzione non condivisibile ed eccessivamente rigorosa per l'ente creditizio, soprattutto se si considera che, nel periodo precedente, il correntista non ha mai mosso (o comunque non ha allegato di aver mosso) alcuna specifica contestazione alle risultanze degli estratti conto periodicamente trasmessi dalla banca. Inoltre, e la considerazione è assorbente, prima del 2006 al conto corrente non era collegata alcuna apertura di credito. La circostanza, allegata e documentata dalla parte opposta, non è stata contestata. Ne discende che le rimesse effettuate dalla correntista non avevano natura di atti ripristinatori della provvista, bensì costituivano pagamenti. Ebbene, di fronte di atti solutori, non ha senso parlare di rettificazione del credito vantato dalla banca, potendosi solo pretendere la restituzione dei pagamenti indebiti. Ed invero, tale domanda è stata proposta dagli oppositori. Tuttavia, la stessa, con riferimento alle operazioni anteriori al 27 giugno 2003, è da ritenersi prescritta.

V) Quanto ai periodi successivi, nessuna delle contestazioni mosse da parte opponente può trovare accoglimento: anzitutto la CMS e la previsione di interessi al tasso superiore a quello legale hanno costituito oggetto di apposita pattuizione scritta; inoltre la capitalizzazione degli interessi è avvenuta secondo pari periodicità, in conformità alla delibera CICR del 9 febbraio 2000; l'eccezione di applicazione di interessi usurari, priva di analitica indicazione dell'ammontare degli stessi e dei periodi in cui sarebbero avvenuti, non supportata da consulenza di parte, e basata su un calcolo del TEG difforme rispetto alla formula indicata dalla Banca d'Italia ($TEG = \frac{\text{interessi} \times 36.500}{\text{numeri debitori} + \text{oneri}} \times 100 / \text{accordo}$), risulta pertanto infondata; infine, con riferimento ai contratti del 2006, del 2008 e del 2009, viene sempre fatto riferimento al tasso "per scoperto di conto e tasso di mora nominale annuo", senza, tuttavia, che sia stato allegato se ed in quale misura tale tasso – evidentemente maggiore di quello ordinario per utilizzi intra fido – sia stato effettivamente applicato dalla banca; ancora, con riferimento ai restanti contratti, si lamenta la mancata specifica previsione del tasso di mora o il suo superamento del tasso soglia; ancora una volta, al più sarebbero gli interessi di mora a non essere dovuti, ma in relazione ad essi alcun calcolo circa il loro effettivo addebito è stato

allegato; in ogni caso gli stessi non rientrano nel calcolo del TEG perché non hanno natura di corrispettivo, bensì di sanzione, e non sono quindi assoggettate alla legge usura.

VI) Va infine respinta l'eccezione di difetto di interesse ad agire, atteso che la procedura di concordato preventivo paralizzava le azioni esecutive, ma non quella di cognizione, quale è la procedura monitoria.

La parte appellante ha sottoposto a censura la predetta sentenza n.178/2016 per i seguenti motivi: 1) per omessa pronuncia sull'eccezione di illegittimità del decreto in quanto emesso in assenza di valida prova scritta; 2) perché il tribunale non avrebbe potuto applicare alcuna prescrizione in relazione agli illegittimi addebiti operati dalla banca nel corso del rapporto: il primo giudice non ha considerato che la causa traeva origine da una richiesta di ingiunzione da parte della banca: il giudice era tenuto a verificare d'ufficio la fondatezza della domanda della banca, da negarsi a seguito dell'addebito di interessi ultrà legali, principali e anatocistici, nonché di commissioni non dovute; una volta appurato che la banca aveva capitalizzato trimestralmente per tutta la durata del rapporto gli interessi passivi, ne derivava la necessità di procedere alla rideterminazione del saldo, depurato dagli interessi illegittimi; 3) perché sarebbe stato erroneo il rigetto dell'eccezione di nullità, per difetto di forma scritta, del rapporto di conto corrente, del cui saldo la banca aveva richiesto il pagamento; 4) perché erroneo sarebbe stato il rigetto dell'eccezione di illegittimità degli addebiti per interessi ultrà legali, principali ed anatocistici, e per CMS; 5) perché parimenti erronea sarebbe stata la statuizione di rigetto dell'eccezione relativa all'usura; 6) per omessa pronuncia sulla domanda di nullità del conto corrente 550489/14 e della conseguente illegittimità dell'addebito per interessi e competenze maturate sul conto corrente n.015/42550489, portata trimestralmente a debito, mediante " giroconto, sul conto corrente 015/550489-0 oggetto di ingiunzione; 7) per l'erroneità nella statuizione relativa alla ripartizione dell'onere probatorio.

In comparsa conclusionale, abbandonata la domanda di nullità, per difetto di forma scritta, dei contratti di conto corrente di apertura di credito in conto corrente, l'appellante Spotti Giorgio ha inoltre chiesto rilevarsi la nullità della fideiussione

omnibus rilasciata in quanto predisposta in conformità al modello ABI del 2003, sanzionato dalla Banca d'Italia con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, integrante gli estremi di un'intesa restrittiva della concorrenza, vietata dall'art. 2, comma 2, lett. a), della legge 10/10/1990, n. 287, in relazione al disposto di cui agli artt. 2 (rimborso di somme già incassate che dovessero essere restituite a seguito di annullamento o inefficacia dei pagamenti ricevuti), 6 (dispensa dei termini di cui all'art. 1957 cod.civ. e 8 (obbligo di restituzione delle somme erogate per obbligazioni invalide) dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie.

Interrotto il giudizio, a seguito della prosecuzione – riassunzione, non si è costituito il fallimento della società SOVE costruzioni immobiliari S.p.A., che aveva proposto l'atto d'appello unitamente al signor Spotti, congiuntamente al quale aveva in primo grado incardinato l'azione di opposizione a decreto ingiuntivo, ex articolo 645 c.p.c., con domanda riconvenzionale di ripetizione dell'indebito.

Quest'ultima doveva evidentemente intendersi riferita alla sola società correntista, non potendosi concepire la prospettazione di siffatta domanda da parte del fideiussore, se non a seguito di intervenuto pagamento da parte di quest'ultimo di somme riferibili ad obbligazioni della società garantita, evenienza quest'ultima pacificamente qui non verificatasi.

Ne consegue l'inammissibilità ex art.81 cpc, per difetto di legittimazione attiva, della domanda di ripetizione.

In ogni caso quest'ultima è stata respinta dal giudice di prime cure in accoglimento dell'eccezione di prescrizione estintiva, sul presupposto del ritenuto carattere solutorio delle rimesse effettuate prima del 2003; ebbene, detta statuizione non risulta essere stata fatta oggetto di specifico ed argomentato motivo di gravame. Ne consegue che la reiterazione di tale domanda - in atto d'appello ed in sede di precisazione delle conclusioni - deve in ogni caso ritenersi inammissibile, ai sensi dell'articolo 342 c.p.c.

Con riferimento alla posizione del signor Giorgio Spotti, fideiussore, va anzitutto

respinta l'eccezione di nullità della fideiussione, dallo stesso sollevata (per la prima volta) in sede di comparsa conclusionale; infatti, anche a voler accogliere la tesi ivi sostenuta (secondo cui dall'accertamento dell'invalidità dello schema contrattuale ABI, per violazione della disciplina nazionale e comunitaria a tutela della concorrenza – accordo a monte – deriverebbe quello delle statuizioni contrattuali rese “a valle” in attuazione di esso), ne conseguirebbe non già la nullità totale del contratto di fideiussione bensì soltanto quella parziale riferita alle sole clausole conformi al predetto schema ABI.

Ciò premesso, va presa congiuntamente in esame l'impugnazione con riferimento ai motivi afferenti ai temi: a) della distribuzione dell'onere della prova, b) della relazione tra opposizione DI, e, perciò, tra contestazione del credito ingiunto e domanda riconvenzionale di ripetizione dell'indebito, ed infine c) ai presupposti fattuali richiesti per l'accertamento del credito fatto valere in giudizio.

Con l'atto di opposizione ex articolo 645 c.p.c. la parte opponente si limita a contestare la fondatezza della pretesa creditoria dalla parte opposta, attrice in senso sostanziale; se unitamente all'atto di opposizione propone domanda riconvenzionale di ripetizione dell'indebito, le due cause restano autonome e distinte. L'eccezione di prescrizione estintiva va ovviamente riferita soltanto all'azione di ripetizione dell'indebito, restando imprescrittibile, ai sensi dell'art. 1322 c.c. l'azione di nullità contrattuale, riferita alle clausole (artt.1418 cc in combinato disposto con l'art. 1419 c.c.) delle quali si deduca l'invalidità (ex art. 1284 c.c., e correlate statuizioni dal TUB, per la pattuizione di interessi ultralegali, ex art. 1283 c.c., e correlate statuizioni dal TUB, per l'anatocismo, ex art.1418 c.c. in combinato disposto con gli articoli 1325 e 1346 CC, per la CMS, ex art. 1815, cpv, c.c. per le pattuizioni di interessi usurari).

Diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la rettifica del saldo di conto corrente non è preclusa dall'accoglimento dell'eccezione di prescrizione, perché quest'ultimo va riferito alla ripetizione dell'indebito, e non all'azione di nullità, che resta imprescrittibile.

La rideterminazione del saldo conto costituisce semplice matematica conseguenza dell'accertata nullità contrattuale, anche parziale; essa, quindi, non avendo contenuto

di condanna, non ha nulla a che vedere con la ripetizione dell'indebito, che, invece, costituisce statuizione di condanna, costituente titolo esecutivo, come tale suscettibile a legittimare l'avvio dell'esecuzione forzata.

L'eccezione di prescrizione viene dunque a colpire la sola domanda di ripetizione dell'indebito e non anche quella di rideterminazione del saldo, in relazione alla quale, tra le altre, sono state prospettate in prime cure e riproposte in grado d'appello le seguenti due questioni: a) quella relativa alla validità delle clausole contrattuali oggetto di contestazione per nullità; b) quella relativa alla (contestata) prova del credito sulla base della documentazione prodotta in atti da parte della banca, attrice in senso sostanziale.

È infatti oggetto di argomentata censura l'affermazione del giudice di prime cure secondo la quale detta prova dovrebbe ritenersi raggiunta sulla base della produzione degli estratti conto riferiti all'ultimo decennio, affermandosi invece da parte appellante la necessità, a tal fine, della produzione degli estratti conto dell'intera durata del rapporto.

Si ritiene di dover procedere prioritariamente all'esame di tale questione, in forza del criterio della cosiddetta ragione più liquida: cfr., tra le altre, Cass. n. 11458 del 11/05/2018 <<*In applicazione del principio processuale della "ragione più liquida", desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico sistematica e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c.>>.*

È invero agevole pervenire all'accoglimento del gravame sul punto, sulla scorta delle chiare e univoche indicazioni in tal senso provenienti dalla giurisprudenza di legittimità.

La S.C. di Cassazione, con sentenza 23/02-27/09/2018 n.23313 ha sul punto affermato quanto segue (in motivazione, pagine 10 e 11.):<<*il terzo motivo del ricorso principale ed il quarto dell'incidentale denunciano " contraddittorietà o*

sostanziale assenza di motivazione circa un fatto controverso decisivo per la controversia (art. 360 n. 5 cod. proc. civ.) e comunque violazione di legge (art. 360 n. 3 cod. proc. civ. in relazione agli articoli 2697, 1832, 2° comma e 2710 cod. civ.) in ordine alla mancata ricostruzione dell'intero rapporto e alla mancata soddisfazione dell'onere probatorio gravante sulla banca". I motivi investono il capo della sentenza definitiva che, " a dimostrazione del credito bancario contestato", ha ritenuto " sufficienti mere scritture contabili interne della banca, peraltro riguardanti non l'intero rapporto ma solo una sua porzione"; più in particolare, i ricorrenti rilevano che – essendo stato aperto il conto corrente nel marzo 1988 – la banca si è limitata a produrre gli estratti conto a decorrere dal gennaio 1992, e che, comunque, le linee di credito erano state accordate prima di quest'ultima data, risalendo le stesse quantomeno all'ottobre 1991..... Vista la presenza di questi atti temporali – si osserva nei motivi – la corte territoriale ha errato nel ritenere provato il credito affermato dalla banca. ... I motivi sono fondati e vanno quindi accolti. Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, la banca, che intenda far valere un credito derivante da un rapporto di conto corrente, deve provare l'andamento dello stesso per l'intera durata del suo svolgimento. Dall'inizio del rapporto, dunque, e senza cesure di continuità (tra le altre, si vedano in specie Cass., 19 ottobre 2016, n. 21092, Cass. 27 febbraio 2018 n. 4102). Nella specie concreta, invece, la Corte d'appello ha accertato non solo che il primo estratto conto prodotto dalla banca risaliva al gennaio del '92, ma anche che presentava un " saldo negativo iniziale" (di lire 106.093.179), che non trovava giustificazione in ulteriori elementi documentali: sulla scorta di tali dati di fatto, la conclusione del giudice, secondo cui la posta non derivava dall'illegittimo addebito di interessi ultrà legali e anatocistici e costituiva corretta base iniziale ai fini dell'esatta determinazione del credito, risulta priva di una valida spiegazione, se non palesemente illogica>>.

Secondo la giurisprudenza di legittimità dunque <<la banca che intenda far valere un credito derivante da un rapporto di conto corrente deve provare l'andamento dello stesso per l'intera durata del rapporto. Dall'inizio del rapporto, dunque, e senza cesure di continuità>>.

Nella fattispecie la situazione al tempo del primo estratto conto prodotto era di €.353.167,60 in dare. Il decreto ingiuntivo opposto, sulla base dell'attestazione ex art. 50 TUB, alla data della chiusura del conto (7 maggio 2013) era di €.96.001,38, oltre interessi e spese. La banca ha prodotto gli estratti conto soltanto per l'ultimo decennio (dal 2003). Come si è detto, l'opponente già in primo grado e di nuovo con l'atto d'appello ha sostenuto difettare la prova del credito, sottoponendo a specifico ed argomentato motivo di gravame la sentenza per aver indebitamente disatteso tale contestazione accogliendo l'eccezione di prescrizione estintiva decennale sollevata dalla banca, e ciò sul presupposto di un'impropria assimilazione della contestazione del credito e della richiesta di ripetizione dell'indebito (cui soltanto, come si è visto, può riferirsi l'eccezione di prescrizione, attesa l'imprescrittibilità ex art. 1422 c.c. dell'azione di nullità).

Con la conseguenza che, sollevata eccezione di nullità parziale (per anatocismo ed altro) dei rapporti contrattuali in essere tra le parti e contestualmente sollevata contestazione della prova del credito, non superata dalla produzione degli estratti conto da parte della banca, perché quest'ultima lasciava scoperto il periodo antecedente al 2003, nel corso del quale si sarebbe prodotto un passivo di gran lunga superiore rispetto quello oggetto di ingiunzione, la pretesa creditoria della banca, attrice in senso sostanziale, non può in ogni caso ritenersi sorretta da idonea prova, mancando appunto dimostrazione dell'effettiva sussistenza, al tempo del primo estratto conto prodotto, dei presupposti per la (rilevante) posizione a debito (in dare) ivi risultante.

Da ciò consegue l'accoglimento del gravame, con conseguente rigetto della richiesta di condanna dell'appellante Spotti Giorgio al pagamento, in favore della banca appellata, della somma oggetto di ingiunzione.

L'appellante Spotti Giorgio ha prodotto dichiarazione 11 ottobre 2017 della banca, a lui indirizzata, del seguente tenore: <<...*Oggetto: compensazione legale. Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1241 c.c. e seguenti, con la presente vi notificava la compensazione legale del saldo del c/c n.18 – 850037 a voi intestato, e così per complessivi euro 8.225,36, con il nostro maggior credito relativo alla posizione*

SOVE costruzioni – società per azioni in liquidazione da voi garantita>>.

Venuti meno per quanto precede i presupposti per la compensazione, ne consegue l'accertamento del diritto al riaccredito della predetta somma di euro 8.225,36, con gli interessi al tasso legale da tale data (11 ottobre 2017) sino ad avvenuto riaccredito.

All'accoglimento del gravame consegue la condanna della parte appellata alla rifusione in favore dell'appellante Spotti Giorgio delle spese di lite per ambo i gradi di giudizio, liquidate, in applicazione dei parametri di cui al Dm 55/2014,

quanto al 1° grado, in complessivi euro 15.444,50, di cui euro 13430,00 per compenso professionale tabellare (euro 2430,00 per studio della controversia, euro 1550,00 per fase introduttiva del giudizio, euro 5400,00 per fase istruttoria e/o di trattazione, ed euro 4050,00 per fase decisionale) ed euro 2014,50 per rimborso forfettario spese generali (15% su compenso totale);

quanto 2° grado, in complessivi euro 10942,25, di cui euro 9515,00 per compenso professionale tabellare (euro 2835,00 per studio della controversia, euro 1820,00 per fase introduttiva del giudizio, ed euro 4860,00 per fase decisionale) ed euro 1427,25 per rimborso forfettario spese generali (15% su compenso totale);

oltre, per ambo i gradi, ad iva, cpa, contributo unificato e rimborso anticipazioni.

Nulla sulle spese nel rapporto processuale tra l'altra parte appellante e l'appellata Cassa Padana spa, posto che il Fallimento SOVE costruzioni S.p.A. è rimasto contumace a seguito della riassunzione del giudizio nei non ha pertanto dato impulso al gravame da esso stesso introdotto.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Brescia – Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando:

in accoglimento del gravame proposto da Spotti Giorgio, revoca il decreto ingiuntivo opposto n.39262013 del tribunale di Brescia, e dichiara insussistente il credito monitoriamente azionato nei suoi confronti dall'appellata in forza dei titoli fatti valere nel presente giudizio; accerta, in conseguenza, il diritto dell'appellante Spotti

Giorgio al riaccredito della somma di euro 8.225,36, oltre interessi, con la decorrenza e secondo le modalità indicate motivazione.

Condanna l'appellata Cassa Padana BCC a rifondere all'appellante Spotti Giorgio le spese di lite per ambo i gradi di giudizio, liquidate come in parte motiva.

Nulla sulle spese nel rapporto tra l'appellata e l'altra appellante, in assenza di costituzione del Fallimento SOVE costruzioni S.p.A a seguito della riassunzione del giudizio.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del 21/01/2019

IL CONSIGLIERE EST.

Giuseppe Magnoli

IL PRESIDENTE

Donato Pianta