

Opposizione al decreto ingiuntivo richiesto ed ottenuto da un istituto di credito nei confronti dei fideiussori del debitore principale

Opposizione al decreto ingiuntivo richiesto ed ottenuto da un istituto di credito nei confronti dei fideiussori del debitore principale

Con sentenza del 14 febbraio 2018 la Corte di Appello di Milano, Sezione IV Civile, in materia di recupero del credito ha stabilito che l'attore contro il quale il convenuto abbia proposto domanda riconvenzionale ben può opporre, a sua volta, altra riconvenzionale, avendo egli qualità di convenuto rispetto alla prima, e tale principio, valido per il processo di cognizione ordinario come per quello di ingiunzione, costituisce una deroga rispetto a quello secondo cui l'attore non può proporre domande diverse rispetto a quelle originariamente formulate nell'atto di citazione.

Trib. Palermo Sez. V, Sent., 18/01/2018

BANCHE

Contratti bancari
conto corrente

INGIUNZIONE (PROCEDIMENTO PER)

Decreto ingiuntivo

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Palermo, Sezione V[^] Civile, nella persona del Giudice dott. Andrea Illuminati, ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel procedimento di I[^] grado portante il N _____ RG degli affari civili

tra

D.M.M. e R.R.M. (avv. _____)

– oppONENTI –

e

M.P. spa, in persona del legale rappresentante p.t (avv. _____)

– OPPOSTA –

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato D.M.M. e R.R.M. hanno interposto rituale opposizione avverso il D.I. n. _____ emesso dal Tribunale di Palermo in data _____, con il quale è stato loro ingiunto, in qualità di fideiussori, il pagamento della somma di Euro. 44.761,28, oltre interessi legali e spese monitorie, quale scopertura del c/c n. (...) acceso dalla A.G. srl.

A sostegno dell'opposizione eccepivano la mancanza di poteri rappresentativi dell'azienda di credito ingiungente in capo al sottoscrittore della procura alle liti avv. _____ e, a valle, il difetto di *jus postulandi* del difensore nominato; evidenziavano poi, in via pregiudiziale, il mancato esperimento da parte dell'intimante della procedura di mediazione ex art. 5 comma 1-bis D.Lgs. n. 28 del 2010 ; nel merito, assumevano, con riferimento alla fideiussione da essi

sottoscritta, la violazione degli artt. 1938 e 1956 c.c. e, con riferimento al rapporto di conto corrente garantito n. (...), l'applicazione ad opera dell'istituto in danno del debitore (e dunque dei garanti) di interessi ultra – legali non pattuiti per iscritto (art. 1284c.c.) e con tassi superanti la soglia usuraria di cui alla L. n. 106 del 1998, nonché il conteggio di c.m.s. non espressamente previste in contratto, in contrasto con l'art. 117 del tub.

Istavano, per tutto ciò, per la revoca del DI, vinte le spese.

La banca opposta, costituitasi in giudizio, evidenziava l'infondatezza della opposizione di cui chiedeva rigetto; con condanna degli opposenti alla rifusione delle spese di lite.

Istruita la procedura a mezzo di CTU contabile e relativa integrazione, all'udienza del _____ venivano precisate le conclusioni e il giudice introitava la causa in decisione senza concessione dei termini ex art. 190 c.p.c. in ragione della espressa rinuncia delle parti.

Così sinteticamente tratteggiato l'oggetto del contendere, va in primo luogo disattesa l'eccezione di difetto di rappresentanza da parte dell'avv. _____ della B.M. spa, essendo i relativi poteri rappresentativi in capo a costui stati provati a mezzo del deposito, nel giudizio di opposizione, della procura notarile. A ciò consegue anche lo *jus postulandi* in capo al legale indicato nel mandato alle liti allegato a margine del ricorso per decreto ingiuntivo.

Sempre in limine *litis* deve essere disattesa l'eccezione di improcedibilità della domanda monitoria per mancato esperimento della procedura di mediazione.

Rivestendo gli opposenti la qualità di *fidejubenti* rispetto al rapporto bancario garantito, la domanda di pagamento svolta verso costoro è sottratta all'obbligatorietà della procedura di media conciliazione, ciò in quanto la fideiussione non rientra tra i "contratti bancari" *stricto sensu* previsti dal

ridetto art. 5 co. 1 bis, costituendo al contrario contratto di garanzia disciplinato dal codice civile.

In tal senso si è espresso il Tribunale di Milano il quale, chiamato a pronunciarsi in un caso simile a quello che ci occupa, ha statuito che: “(...) parimenti infondata è la contestazione sollevata in corso di causa in ordine a una pretesa improcedibilità della domanda monitoria per non essere stata preceduta dall’esperienza del tentativo obbligatorio di mediazione, dal momento che la controversia dedotta in giudizio verte su un rapporto di garanzia e, quindi, su materia non riconducibile nell’alveo della obbligatorietà della disciplina dettata dal D.Lgs. n. 28 del 2010” (Trib. Milano, VI Sezione Civile, 13.01.2016).

Nel merito, esigenze di ordinata trattazione impongono la preliminare verifica del saldo del rapporto bancario azionato in sede monitoria dall’istituto alla luce delle contestazioni formulate dagli oppositori per poi passare in rassegna le eccezioni formulate all’indirizzo delle fidejussioni bancarie prestate.

Sotto il primo profilo si pone in evidenza che la banca ha reclamato nei confronti dei garanti il saldo del c/c n. (...) intrattenuto con la debitrice principale A.G. srl (oggi fallita) a partire dal 27/4/05 e sino al 28/1/13 (data di sua definitiva chiusura), quantificandolo in Euro. _____, oltre interessi al saggio convenzionale.

Procedendo dunque alla ricostruzione giudiziale del rapporto, si rileva che le condizioni economiche contenute nel documento di sintesi del 27/4/05 prevedevano “un tasso debitore per utilizzi in assenza di affidamento” del 13,5 %, una cms del 2,125 %, un tasso creditore dello 0,001 o/o, spese di tenuta conto di varia natura”, “spesa per liquidazione interessi debitori/penale passaggio debito di conti non affidati” per 89,90, nonché “altre spese e commissioni legate alla gestione del c/c”.

Nel riconteggio troverà anzitutto applicazione, almeno sino al primo trimestre 2006 incluso (per cui v. infra), il tasso di interesse a debito convenzionalmente pattuito, dovendo ritenersi infondata l'eccezione di usurarietà originaria del contratto.

A prescindere infatti dall'astratta inclusione o meno nel computo del teg delle cms sino al 2009 (nel senso della loro esclusione si è pronunciata Cassazione Civile, Sez. I, 03 novembre 2016, n. 22270, alla cui stregua: "In tema di contratti bancari, la disposizione dettata dall' art. 2-bis, comma secondo, del D.L. n. 185 del 2008, che attribuisce rilevanza, ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 cod. civ., dell'art. 644 cod. pen. e degli artt. 2 e 3 della L. n. 108 del 1996, agl'interessi, alle commissioni e alle provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, ha carattere non già interpretativo, ma innovativo, e non trova pertanto applicazione ai rapporti esauritisi in data anteriore all'entrata in vigore della legge di conversione, con la conseguenza che, in riferimento a tali rapporti, la determinazione del tasso effettivo globale, ai fini della valutazione del carattere usurario degl'interessi applicati, deve aver luogo senza tener conto della commissione di massimo scoperto"), nel caso in oggetto le stesse non potranno in ogni caso essere incluse nella determinazione del relativo computo, siccome da ritenersi nulle per indeterminatezza ex artt. 1346 e 1418 co. 2 c.c. della clausola che le ospita, per omessa – necessaria – previsione pattizia, accanto all'aliquota (2,125 %), delle modalità di determinazione del relativo onere (id est: base di calcolo e periodicità dell'addebito).

Non può essere seguito il contrario orientamento espresso in proposito da Trib. Taranto 31/1/17, secondo cui: "La Commissione di Massimo Scoperto nulla va in ogni caso

conteggiata nel TEG: in siffatta evenienza infatti la Commissione di Massimo Scoperto degrada a semplice costo aggiuntivo del tasso di interesse in concreto applicato e quindi soggiace al trattamento normativo proprio del tasso di interesse". A tale impostazione è facile replicare che ai fini del calcolo dell'usura del singolo rapporto deve aversi riguardo alle sole voci di costo validamente pattuite e non anche a quelle de facto illegittimamente applicate che non valgono a incidere, proprio perché nulle e quindi inefficaci, sul costo effettivo del rapporto.

Se dunque escludiamo dal calcolo del tasso globale effettivo le cms, otteniamo un teg pari ad 14,199 % , senz'altro inferiore alla soglia usura stabilita nel secondo trimestre del 2005, corrispondente ad 18,645 % (determinata avuto riguardo alle "aperture di credito in conto corrente fino ad Euro 5.000,00", categoria da applicarsi nella determinazione del tegm in difetto di prova della sussistenza di un affidamento di credito sin dall'origine), con conseguente rispetto della L. n. 108 del 1996.

Nei periodi del rapporto in cui invece è avvenuto il superamento della soglia usura (individuati a pag. 10 della relazione integrativa di CTU) gli interessi a debito dovranno essere riportati entro soglia, ciò in quanto l'applicazione di interessi in misura superiore, da un lato, non sarebbe meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. ed, al contempo, risulterebbe in contrasto con il canone di buona fede oggettiva che impone di ridurre gli interessi nei limiti consentiti per legge quali di tempo in tempo fissati.

Si evince dall'esame degli e/c in atti (v. pag. 8 e 9 CTU integrativa) che a partire dal secondo trimestre 2006 la banca ha concesso un affidamento di credito, ciò risultando dalle circostanze appresso specificate: (i) a partire dal secondo trimestre 2006 vengono riportate, in data 11/4/06, delle spese di istruttoria pratica fido; (ii) a partire dal 1/6/2006 il tasso debitore subisce una variante riduzione al ribasso,

passando da 13,30 % all'8,00 % ; (iii) la cms, prima calcolata al saldo debitore trimestrale una percentuale fissa del 1,23 % , da tale trimestre viene calcolata distinguendo, all'interno del massimo saldo debitore trimestrale, un primo importo di Euro. 30.000,00 (presumibilmente l'importo del fido concesso) ed un secondo importo pari al fido residuo; (iv) nel terzo trimestre è possibile rilevare una nuova imputazione per spese di istruttoria pratica di fido datata 13/7/2006.

A ciò si aggiunga (v) che la banca, nella lettera di sollecito del 7/2/13, fa riferimento alla "revoca di tutti gli affidamenti già a Voi accordati", e, nello specifico, al recesso "dall'apertura di credito che a suo tempo era stata concessa, utilizzata e regolata nel c/c n. (...) acceso presso la Filiale di Palermo Agenzia n. ____ (...)".

A fronte di tale evenienze, non essendo stato rinvenuto agli atti alcun contratto scritto atto a regolamentare il fido, le cui condizioni sono state però applicate al rapporto, andrà dichiarata la nullità dell'apertura di credito per difetto di forma ex art. 117 tub.

A partire dal 1/6/06 il rapporto dovrà quindi essere ricostruito avuto riguardo al tasso legale, con esclusione inoltre delle ulteriori costi ed oneri e pattuizioni di fatto applicati dall'istituto, tanto sino alla effettiva chiusura del rapporto, avvenuta il 28/1/13.

In relazione poi alla assenza degli e/c relativi al secondo e terzo trimestre 2008, la carenza documentale andrà "colmata" raccordando il saldo finale al 31/3/18 con il saldo iniziale al 1/10/08, non potendo seguirsi la pretesa degli oppositori ad ottenere il riconteggio del rapporto a partire dall'ottobre 2008 e con applicazione del saldo "zero"; ciò in quanto l'assenza di singoli e/c non vale ad inficiare la attendibilità di una ricostruzione – quella del saldo del rapporto, appunto – effettuata per il resto in presenza di tutta la documentazione contabile occorrente dall'inizio del

rapporto al suo epilogo.

Passando dunque alla rideterminazione del saldo di c/c, ritiene il Tribunale debba farsi riferimento alla prima soluzione prospettata a pag. 12 della relazione di consulenza integrativa (v. anche allegato A allo stesso elaborato); otteniamo dunque un saldo negativo per il correntista alla data del 28/1/13 pari ad Euro _____ (in luogo di Euro _____ chiesti dall'istituto, con una differenza di Euro _____), oltre interessi legali dalla domanda al saldo.

Previa revoca del DI gli opposenti andranno condannati al pagamento della somma sopra accertata dovendo ritenersi infondate le eccezioni sollevate all'indirizzo del contratto di garanzia.

Va invero anzitutto disattesa l'eccezione di nullità della garanzia ex art. 1938 c.c. per mancata indicazione dell'importo massimo garantito, considerato che, per come si evince dal documento contrattuale del 5/5/05, questo è stato individuato in Euro _____.

Risulta del pari privo di pregio il richiamo operato dalla parte opponente all'art. 1956 c.c., prevedente la liberazione del fideiussore per obbligazione futura nell'ipotesi di concessione, senza autorizzazione del garante, di credito al debitore in presenza di peggioramento delle sue condizioni patrimoniali. Il fideiussore che chiede la liberazione dalla prestata garanzia, invocando l'applicazione dell'art. 1956 cod. civ., ha infatti pur sempre l'onere di provare che il creditore, ha fatto credito al terzo "pur essendo consapevole dell'intervenuto peggioramento delle sue condizioni economiche" (cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 2524 del 07-020006). Nella specie non è stata fornita prova di tale peggioramento e che di tale circostanza l'istituto di credito fosse al corrente.

Alla luce degli esiti del giudizio – il saldo debitorio

portato dalla banca con DI è stato ridotto in misura significativa – le spese di lite andranno compensate nella misura di 3/4 con condanna degli opposenti all'ulteriore 1/4 delle stesse spese.

I costi di ctu andranno infine fatti gravare su entrambe le parti nella misura di $\frac{1}{2}$ ciascuna.

P.Q.M.

Il Tribunale di Palermo, Sezione V[^] Civile, definitivamente pronunciando, così provvede:

revoca il DI opposto e condanna gli opposenti D.M.M. e R.R.M. a corrispondere a M.P. spa, in solido tra loro, Euro _____, oltre interessi al saggio legale dalla domanda al saldo effettivo;

condanna D.M.M. e R.R.M. a corrispondere a M.P. spa, in solido, la quota di $\frac{1}{4}$ delle spese di lite, determinate (a seguito della compensazione della restante quota di $\frac{3}{4}$ in Euro _____, oltre oneri e accessori di legge;

pone i costi di ctu, liquidati con separato decreto, a carico delle parti opposenti in solido nella misura di $\frac{1}{2}$ e della parte opposta nella misura di $\frac{1}{2}$.

Così deciso in Palermo, il 17 gennaio 2018.

Depositata in Cancelleria il 18 gennaio 2018.

Trib_Palermo_Sez_V_18_01_2018

Recupero crediti a **PALERMO** con **ROSSI & MARTIN** studio legale