

R.G. n. 7764/2011

Sentenza n. 1122/17

Pronunziata il 06/06/2017

Pubblicata il 23/06/2017

**N. R.G. 7764/2011**

**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. **7764/2011** promossa da:

**SRL** (C.F. \*\*\*), con il patrocinio dell'avv. \_\_\_\_\_  
elettivamente domiciliato in VIALE \_\_\_\_\_ RAVENNA presso il difensore avv. \_\_\_\_\_

**X** (C.F. \*\*\*), con il patrocinio dell'avv. \_\_\_\_\_  
VIA \_\_\_\_\_ ), elettivamente domiciliato in  
MODENA presso il difensore avv. \_\_\_\_\_

**Y** (C.F. \*\*\*), con il patrocinio dell'avv. \_\_\_\_\_  
VIA \_\_\_\_\_ ), elettivamente domiciliato in  
MODENA presso il difensore avv. \_\_\_\_\_

ATTORE/I

contro

(C.F. ), con il patrocinio dell'avv. \_\_\_\_\_  
domiciliato in VIA \_\_\_\_\_ BOLOGNA presso il difensore avv. ] \_\_\_\_\_, elettivamente

CONVENUTO/I

**CONCLUSIONI**

Le parti hanno concluso come da fogli di p.c. depositati.

**Parte attrice:** *"Accertare e dichiarare che nulla devono i sig.ri fideiussori \*\*\*, in quanto a seguito della C.T.U. contabile è emerso che il saldo dei conti corrente per cui è causa non è a debito di euro 108.198,76 ma vi è un saldo attivo in favore di \_\_\_\_\_ srl. di euro 276.871,19; 2) ordinare la cancellazione di tutte le segnalazioni a sofferenza illegittimamente effettuate dalla convenuta presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia, a carico degli attori; 3) condannare la banca convenuta al risarcimento del danno derivante dalla segnalazione a sofferenza da determinarsi in via equitativa; 4) con vittoria di spese, diritti ed onorari del presente giudizio, da distrarsi a favore del sottoscritto avvocato che ne ha fatto anticipo".*

Parte convenuta: *"Voglia l'Ill.mo Giudice adito, ogni contraria istanza, eccezione e difesa, in via preliminare, rilevare e dichiarare ai sensi dell'art. 307, ultimo comma c.p.c., l'estinzione del processo nei confronti di \_\_\_\_\_ s.r.l. in ragione della mancata riassunzione nel termine di tre mesi di cui all'art. 305 c.p.c. decorrenti dalla data della sentenza di dichiarazione di fallimento del 23.05.2012 o comunque dalla data del 8.06.2016 in cui il fallimento è stato dichiarato in udienza con conseguente interruzione del processo nei confronti della società; nel merito, rigettare tutte le domande avversarie per i motivi esposti o comunque infondate in fatto e in diritto; in via riconvenzionale, condannare l'1 \_\_\_\_\_ s.r.l., quale debitore principale - nella non creduta ipotesi in cui non venga dichiarata l'estinzione del giudizio nei suoi confronti -, i sigg.ri \*\*\*, in qualità di fideiussori, tutti in via solidale fra loro, al pagamento in favore di \_\_\_\_\_ dell'esposizione debitoria relativa ai conto correnti n. 3585683 e n. 28477237 intestati alla società \_\_\_\_\_ s.r.l. -quale debitore principale - e complessivamente corrispondente ad euro 108.198,76 o alla diversa, maggiore o minore, somma che risulterà dovuta al momento del pagamento in base alle risultanze degli estratti di conto corrente, oltre interessi moratori; in0 via riconvenzionale subordinata, nella denegata ipotesi di accoglimento anche parziale delle domande avversarie, condannare la società \_\_\_\_\_ s.r.l., quale debitore principale -nella non creduta ipotesi in cui non venga dichiarata l'estinzione del giudizio nei suoi confronti -, i sigg.ri \*\*\*, in qualità di fideiussori, tutti in via solidale tra loro, al pagamento in favore di \_\_\_\_\_ dell'eventuale esposizione debitoria relativa ai conto correnti n. 3585683 e n. 28477237 intestati alla società \_\_\_\_\_ s.r.l. quale risulterà all'esito dell'espletata istruttoria, oltre interessi moratori. In ogni caso, con vittoria di spese, competenze ed onorari"*

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

Con atto di citazione \_\_\_\_\_ s.r.l. conveniva in giudizio \_\_\_\_\_ s.p.a. per sentire accertare l'esatto saldo contabile dei conti corrente n. 284477237 e n. 3585683, con conseguente restituzione delle somme non dovute e risarcimento del danno, adducendo a sostegno della sua domanda l'addebito di interessi ultralegali mai validamente pattuiti, spese e commissioni non previamente concordate e comunque non dovute, con applicazione di interessi con valuta diversa da quella effettiva. \_\_\_\_\_ s.r.l. contestava inoltre a \_\_\_\_\_ l'usurarietà del tasso di interesse debitore da questa applicato, nonché la diversa periodicità di capitalizzazione degli interessi, in violazione dell'art. 1283 c.c.

Si costituiva in giudizio \_\_\_\_\_ s.p.a. chiedendo il rigetto di tutte le domande ex adverso formulate e, in riconvenzionale verso la debitrice principale e verso i garanti, il pagamento della somma di euro 108.198,76, quale passivo risultante complessivamente dai due citati conti correnti al momento della chiusura di ogni rapporto.

La causa veniva istruita mediante espletamento di CTU contabile con relativo supplemento.

Successivamente la società [redacted] s.r.l. veniva dichiarata fallita in data 23.05.2012, con sentenza n. 81/2012, e la causa [redacted], dichiarata interrotta solo con riferimento alla posizione di [redacted], proseguiva tra [redacted] e i fideiussori della società. La causa veniva avviata alla decisione previa concessione dei termini per deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

La società [redacted] s.r.l., nonché i soci in qualità di fideiussori sigg.ri X e Y, hanno agito per ottenere l'accertamento della nullità di alcune clausole contrattuali relative ai rapporti di conto corrente n. 28477237 – presumibilmente acceso il 28.06.2004 e n. 3585683 –acceso il 19.04.2002 ed entrambi chiusi a sofferenza il 18.06.2012- nonché per ottenere la condanna di [redacted] s.p.a. alla restituzione delle somme indebitamente addebitate alla società e per il risarcimento dei danni conseguenti all'illegittima segnalazione alla Centrale Rischi.

Parte convenuta ha in primo luogo eccepito l'intervenuta estinzione del giudizio per [redacted] s.r.l., ai sensi dell'art. 305 c.p.c., per mancata riassunzione del procedimento da parte del fallimento nel termine di legge ed in conseguenza dell'interruzione del processo dichiarata all'udienza del 8.06.2016. In secondo luogo [redacted] s.p.a. ha rilevato il difetto di legittimazione attiva in carico ai fideiussori, non essendo loro riconosciuta la legittimazione a sostituirsi al debitore garantito per la proposizione di azioni che competono unicamente a quest'ultimo. Nel merito, parte convenuta ha poi rilevato che in entrambi i contratti di conto corrente gli interessi debitori utilizzati oltre il limite dell'affidamento sono stati specificamente e validamente pattuiti per iscritto tra le parti, così come ogni spesa e commissione applicata dalla banca.

## **1. Eccezione di estinzione del processo nei confronti della società [redacted] s.r.l. per mancata riassunzione.**

Preliminarmente, si osserva che la mancata riassunzione da parte del fallimento della società [redacted] s.r.l. ha comportato l'estinzione del giudizio nei confronti di quest'ultima; tuttavia il procedimento non può essere dichiarato estinto anche nei confronti dei fideiussori, sigg.ri X e Y, in quanto trattasi di domanda scindibile proposta dai condebitori solidali e non di litisconsorti necessari; in tal senso è stato infatti statuito dalla Suprema Corte che: "*nel caso di cumulo di cause scindibili, l'evento interruttivo riguardante il debitore principale non si propaga al debitore solidale in qualità di fideiussore, ed il giudice ha la facoltà, non l'obbligo, di separare le cause, sicché, ove non si avvalga di tale facoltà, una volta mancata la riassunzione nell'interesse della parte colpita dall'evento interruttivo e determinatasi l'estinzione (parziale) del giudizio nei confronti di quest'ultima, il processo deve continuare tra il fideiussore, che non ha alcun onere di provvedere alla riassunzione del giudizio, ed il creditore, non potendosi profilare l'estinzione anche di tale giudizio*" (vedi Cass. Civ., Sez. 3, Ordinanza n. 9960 del 20/04/2017. ).

Nel caso, l'interruzione del giudizio nei confronti della società [redacted] s.r.l. è stata dichiarata all'udienza del 8.06.2016, ed è intervenuta così l'estinzione parziale solo nei confronti di quest'ultima, stante la mancata riassunzione del procedimento da parte del fallimento nei tre mesi. Alla predetta udienza tuttavia è stata disposta la prosecuzione del giudizio nei confronti dei fideiussori di detta società.

## **2. Difetto di legittimazione dei garanti.**

In secondo luogo, deve ritenersi sussistente il difetto di legittimazione dei garanti per quanto riguarda le domande azionate di ripetizione di somme e di risarcimento danni nei confronti della società s.r.l.; ciò in quanto non opera alcuna sostituzione dei fideiussori rispetto al debitore principale, a prescindere da quale sia la qualificazione del contratto - autonomo di garanzia o fideiussione ordinaria - come anche statuito recentemente dalla Suprema Corte: *"il fideiussore non può esercitare, nei confronti del creditore a favore del quale ha prestato garanzia, un diritto facente capo al debitore garantito, trattandosi di un diritto del tutto estraneo alla propria sfera giuridica. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva escluso la "legitimatō ad causam" del fideiussore relativamente all'azione di risarcimento dei danni patiti dal debitore principale per effetto della violazione del dovere di buona fede da parte del creditore)"* (vedi Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 4830 del 01/03/2010).

Tuttavia, il fideiussore è legittimato, anche in via principale, ad esperire azione affinché sia accertata la nullità del contratto o di clausole contrattuali tra il creditore e il debitore principale per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa: *"il fideiussore è legittimato a far valere la nullità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale, atteso il suo interesse a far risultare l'Invalidità di tale obbligazione, che determina l'Invalidità anche dell'obbligazione fideiussoria, in ragione del suo carattere accessorio"* (vedi Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 4605 del 08/07/1983).

Ne deriva che la nullità delle clausole che riguardano i contratti oggetto del presente giudizio, legittima i fideiussori della società s.r.l. a sollevare qualsiasi eccezione o domanda di accertamento della nullità delle stesse e vi è interesse in capo ai garanti a che si dichiarino se il credito vantato dalla banca sia o meno sussistente al fine di paralizzarne la domanda.

Invero, nel presente giudizio s.p.a. ha tempestivamente avanzato domanda riconvenzionale di pagamento di quanto dovutole in un momento successivo alla chiusura del rapporto con la società fallita, e tale domanda è stata spiegata anche nei confronti dei fideiussori; pertanto, rispetto a tale pretesa, essi hanno certamente interesse e legittimazione ad agire nel procedimento, proponendo domanda di accertamento della nullità di determinate clausole e di diversa quantificazione dei rapporti di dare-avere.

### **3. An e quantum del credito.**

Con riferimento al rapporto di conto corrente n. 28477237 del 28.06.2004, non risulta agli atti la produzione di alcun contratto scritto, così come manca la produzione del relativo contratto di apertura di credito. In assenza di pattuizione scritta che legittimi la capitalizzazione degli interessi, ex art. 117 TUB, non può ritenersi legittima alcuna capitalizzazione, nemmeno quando essa sia di fatto avvenuta con la stessa periodicità. Inoltre, non possono ritenersi validamente pattuiti interessi ultralegali, commissioni e spese. Il conto corrente in oggetto si è chiuso a sofferenza il 18.06.2012 per euro 50.909,10 secondo i documenti prodotti dalla banca. Tuttavia, non solo manca ogni pattuizione iniziale di commissioni, interessi e spese, ma gli estratti conto prodotti in via continuativa dalla banca, che in tal senso in relazione alla domanda riconvenzionale deve considerarsi attore ai fini della prova del proprio credito, partono dal terzo trimestre del 2005, secondo il conteggio effettuato con metodo corretto dal CTU nel supplemento d'indagine.

Per di più, avendo parte convenuta avanzato domanda riconvenzionale, ne consegue che a maggior ragione questa avrebbe dovuto provare che il saldo negativo portato dal primo estratto conto prodotto fosse quello effettivo, con il conseguente obbligo di produrre in giudizio tutti gli estratti conto fin dall'inizio del rapporto obbligatorio; tale principio è condiviso uniformemente dalla giurisprudenza di legittimità, che ha statuito quanto segue: *"nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la banca non può dimostrare l'entità del proprio credito mediante la produzione, ai sensi dell'art. 2710 c.c., dell'estratto notarile delle sue scritture contabili dalle quali risulti il mero saldo del conto, ma ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto. Né la 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"* (vedi Cassazione civile, sez. I, 25/11/2010, n. 23974).

Nel caso, il CTU dott. Altomonte ha addirittura riscontrato per il conto n. 28477237 che nel solo periodo ricompreso tra il 2004 ed il 2007 l'effetto della capitalizzazione anatocistica ammonta ad euro 45.283,37; in considerazione del fatto che quindi si debba eliminare ogni capitalizzazione anche successivamente al 2007 -in assenza di alcuna prova della pattuizione scritta -, certamente il credito della parte convenuta deve ritenersi non provato ed azzerato. In tal senso infatti nel supplemento d'indagine il consulente ha attestato che - partendo da un ricalcolo con saldo zero dalla data del 1.07.2005, data dalla quale è possibile ricostruire in via continuativa i movimenti del conto (considerato l'onere della prova in capo alla banca) -, l'ammontare di interessi anatocistici non dovuti è pari ad euro 112.096,70. Quindi tale accertamento consente di paralizzare, da parte dei fideiussori, ogni domanda di pagamento avanzata dalla banca nei loro confronti per il predetto conto corrente.

Per quanto riguarda il rapporto di conto corrente n. 3585683 acceso in data 19.04.2002 deve invece rilevarsi che agli atti è presente il relativo contratto, il quale prevede uguale periodicità di capitalizzazione dal lato attivo e passivo degli interessi. Tuttavia, i correntisti e i fideiussori hanno eccepito l'applicazione invalida di tali interessi, oltre che di commissioni e spese, in quanto ultralegali e non previsti dal contratto, o in quanto superiori al tasso soglia usura. Anche in questo caso l'onere di produrre tutti gli estratti conto dall'inizio alla chiusura del rapporto, come statuito dalla giurisprudenza ormai costante della Suprema Corte, grava sull'istituto di credito, al fine di consentire la corretta ricostruzione dei rapporti di dare-avere e per vedere riconosciuta la domanda riconvenzionale della banca.

Il CTU ha accertato tuttavia che sono presenti gli estratti conto in modo continuativo solo dal 1 gennaio 2011 al 30 giugno 2012 e quindi solo per tale periodo sarebbe teoricamente possibile la ricostruzione dei rapporti di dare-avere a partire dal saldo 0. Analizzando tali estratti conto, si evince tuttavia che da quel periodo il conto è rimasto sostanzialmente inoperativo e quindi l'ammontare del passivo da quella data è aumentato sino alla voce di circa 60.000 euro al momento della chiusura, solo per l'effetto della liquidazione di competenze e spese. In merito, il CTU ha accertato che nel periodo per il quale sono prodotti gli estratti conto sono stati addebitati interessi passivi per euro 10.878,42, quindi, ove si considerasse il saldo zero dal primo estratto conto prodotto dalla banca (che registra invece un passivo per oltre 52.000,00 euro), anche in questo caso non risulta alcuna somma a credito per l'istituto.

Pertanto, anche per tale voce il credito di \_\_\_\_\_ : non è provato.

Ne consegue da un lato il rigetto della domanda riconvenzionale di parte convenuta, in assenza di assolvimento dell'onere probatorio; dall'altro il rigetto di ogni domanda restitutoria e risarcitoria da parte dei fideiussori che, per le ragioni sopra esposte, sono carenti di legittimazione attiva.

La reciproca soccombenza tra le parti giustifica la compensazione integrale delle spese, mentre le spese di CTU, quali liquidate in corso di causa, dovranno essere poste in solido a carico di entrambe le parti.

### **P.Q.M.**

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

- rigetta le domande di restituzione e risarcimento formulate da X e Y, per difetto di legittimazione;
- rigetta le domande riconvenzionali di \_\_\_\_\_ s.p.a. verso X e Y;
- dichiara estinto il giudizio tra \_\_\_\_\_ s.r.l. in fallimento e \_\_\_\_\_ s.p.a.;
- dichiara compensate le spese processuali tra le parti X, Y e \_\_\_\_\_ s.p.a. ;
- pone le spese di CTU, quali liquidate in corso di causa, al 50% a carico di \_\_\_\_\_ s.p.a. e al 50% a carico di X e Y.

Modena, 6 giugno 2017

Il Giudice

dott.ssa Susanna Cividali

Pubblicazione il 23/06/2017