

Civile Ord. Sez. 3 Num. 8883 Anno 2020

Presidente: TRAVAGLINO GIACOMO

Relatore: FIECCONI FRANCESCA

Data pubblicazione: 13/05/2020

**ORDINANZA**

sul ricorso 32388-2018 proposto da:

ASCARI DESOLINA, elettivamente domiciliata in ROMA,

VIA TARCO 35, presso lo studio dell'avvocato CLAUDIO

MAZZONI, che la rappresenta e difende unitamente

all'avvocato CESARE BARZONI;

- **ricorrente** -

**contro**

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA ;

- **intimata** -

avverso la sentenza n. 1379/2018 della CORTE

D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 16/08/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di

consiglio del 28/01/2020 dal Consigliere Dott.

tassi soglia  
- principio  
dispositivo  
v. principio  
iura novit  
curia

R.G.N. 32388/2018

Cron. 8883

Rep.

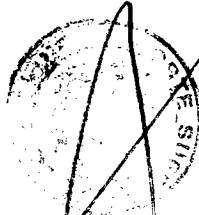
Ud. 28/01/2020

CC

2020

164

FRANCESCA FIECONI;



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

**Rilevato che :**

1. Con ricorso notificato il 31/10/2018, Desolina Ascari ricorre per la cassazione della sentenza n. 1379/18 della Corte d'appello di Brescia depositata il 16.08.2018, e notificata in data 27/08/2018.
2. La ricorrente, con citazione dell'11/10/2016 si era opposta al decreto ingiuntivo emesso per il pagamento di € 154.937,07, pari all'importo massimo garantito di una fideiussione bancaria rilasciata a Monte dei Paschi di Siena in data 8 ottobre 2010 ( successivamente revocata dalla fideiubente), in relazione alle esposizioni debitorie di IMAM s.r.l., già IMAM s.n.c, cui la banca aveva concesso vari affidamenti, appoggiati su due conti correnti, in ragione dei quali aveva escusso la fideiussione con riguardo all' intera esposizione debitoria risultante sino alla data della revoca. Opponendosi al pagamento, la ricorrente aveva eccepito i) l'intervenuta inefficacia della fideiussione ex art. 1956 cod. civ., per avere la banca concesso, in carenza di una sua specifica autorizzazione, nuovi affidamenti alla società, quando le condizioni patrimoniali della stessa erano divenute tali da rendere più difficile il soddisfacimento del credito, ii) l'applicazione di interessi usurari, quantificati in un proprio estratto peritale in € 174.183,65, anatocistici, in misura di € 101.326,35, e ultralegali, in misura di € 460.654,82, nonché iii) l'indebita applicazione di commissioni di massimo scoperto per € 103.449,99, e iv) l'erronea contabilizzazione dei giorni di valuta e delle spese per complessivi € 104.102,34. L'istituto bancario si era costituito e il Tribunale di Mantova, dopo avere rigettato le istanze di CTU di parte attrice opponente, nonché la richiesta di esibizione di documentazione bancaria ex art. 210 cod. proc. civ., rigettava l'opposizione. Avverso la sentenza veniva interposto appello che veniva rigettato, con conferma integrale della sentenza e condanna alle spese.
3. Il ricorso è affidato a quattro motivi. Parte intimata ha notificato controricorso. Le parti hanno prodotto memorie.

**Considerato che:**

1. Con il primo motivo ex articolo 360 1 comma, n. 3 cod. proc. civ., si deduce l'omesso esame di un fatto che è stato oggetto di discussione tra le parti e la violazione dell'art 1956 cod. civ.

1.1. Il motivo è inammissibile in quanto, da un lato, per dare ingresso a censure relative al vizio di cui all' art. 360 n. 5 cod. proc.civ. (omissione di un fatto decisivo discusso tra le parti) non sussistono le condizioni di cui all' art. 348 *ter* cod. proc. civ., applicabile al presente procedimento instaurato dopo la novella processuale del 2012, posto che nel motivo non vi è alcun riferimento alle valutazioni, contenute nella sentenza di primo grado, in eventuale contrasto con quelle contenute nella sentenza di secondo grado, tali da fare ritenere ammissibile una valutazione della motivazione sotto tale profilo, nonostante la presenza di due pronunce apparentemente "conformi" (v. Cass. Sez. 1 - , Sentenza n. 26774 del 22/12/2016); dall'altro, si denuncia la violazione di una norma di diritto, l'art. 1956 cod. civ., senza confrontarsi con una motivazione che, con valutazioni in fatto qui insindacabili, ha dato conto delle plurime ragioni per cui, al tempo della concessione di nuovi affidamenti alla società, non vi erano elementi idonei a ritenere che la società versasse in cattive condizioni, né era risultato provato il contrario, tenuto conto degli oneri processuali incombenti sulla parte che deduce l'omessa richiesta di autorizzazione al fideiubente da parte dell'istituto di credito garantito.

1.2. Sotto il profilo giuridico, poi, la tesi proposta non è condivisa dalla giurisprudenza, richiamata dalla stessa Corte di merito, in base alla quale l'onere probatorio sulla condotta negligente assunta dalla banca grava sulla parte deducente. Difatti, è il fideiussore che chiede la liberazione della garanzia prestata, invocando l'applicazione dell'art. 1956 cod.civ., il soggetto su cui grava l'onere di provare, ai sensi dell'art. 2697 cod.civ., la sussistenza degli elementi richiesti a tal fine, vale a dire che, successivamente alla prestazione della fideiussione per obbligazioni future, il creditore (la banca), senza la sua autorizzazione, abbia dato credito al terzo pur essendo consapevole dell'intervenuto peggioramento delle sue condizioni economiche (cfr. Cass. Sez. 1 -, Sentenza n. 23422 del 17/11/2016; Sez. 3, Sentenza n. 2524 del 07/02/2006).

2. Con il secondo motivo si denuncia, ex articolo 360 numero 3 cod.proc.civ., la violazione dell'art 2697 cod.civ., e l'omesso esame di un fatto del giudizio (nei termini visti sopra), laddove la Corte di merito ha ritenuto di avallare il

giudizio di primo grado in relazione alla raggiunta prova documentale del credito, sebbene non supportata da una produzione completa degli estratti conto da parte della banca, in quanto integrata dalla stessa parte opponente.

2.1. Il motivo è inammissibile, in quanto manca di specificità ex art. 366 n. 4 e 6 cod. proc. civ. Si osserva che la ricorrente accenna al fatto di avere dimostrato la carenza probatoria del creditore procedente già nel primo grado di giudizio, mediante la produzione di una consulenza di parte, che tuttavia non potrebbe colmare una carenza di specifica contestazione circa il materiale probatorio offerto dal creditore procedente, non risultando indicato, anche solo in via sintetica, il contenuto dell'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo.

2.2. Anche in questo caso, poi, la censura non è in grado di scalfire il motivo centrale di rigetto dell'appello, riposto sulla considerazione che la contestazione in punto di prova del credito è stata tardivamente eccepita, in quanto proposta solo nel giudizio di appello, oltre che sul fatto che la stessa parte eccipiente avrebbe integrato, nel giudizio di primo grado, la produzione mancante e lacunosa prodotta dalla controparte, venendo *contra factum proprium*, e così dimostrando la volontà di accertare l'esatto ammontare del credito ingiunto ; per tale ragione, essendo presenti due ragioni poste a motivo del rigetto dell'appello, la ricorrente avrebbe dovuto censurare *funditus* entrambe le statuizioni, autonomamente valide sotto il profilo logico-motivazionale, anziché limitarsi a censurarne solo una ( Cass. Sez. 3, Sentenza n. 17004 del 20/08/2015; Sezioni Unite, N. 24469 del 2013; Sez. 3, Sentenza n. 12372 del 2006).

2.3. Infine, in relazione al vizio di cui all'art. 360 n. 5 cod. proc. civ. vale quanto sopra detto al punto 1) in ordine alla sua inammissibilità in caso di sentenza doppiamente conforme. Anche in questo caso, infatti, il requisito residuale di ammissibilità non è stato integrato (Cass. Sez. 6 - 3, Sentenza n. 26097 del 11/12/2014).

3. Con il terzo motivo, la ricorrente deduce violazione degli artt. 2935 e 2946 cod. civ. in relazione all'accoglimento dell'eccezione preliminare di prescrizione dell'azione, rilevata dalla banca, attinente alla contestata applicazione di interessi ultralegali e anatocistici non pattiziamente convenuti, e quindi nulli. La tesi della ricorrente è nel senso che la Corte di merito, sulla base di un'errata

distribuzione dell'onere della prova, non avrebbe dovuto porre l'onere di prova, in ordine alla natura solutoria o ripristinatoria dei pagamenti del debitore via via accreditati sui due conti correnti, sulla parte che fa valere l'indebita imposizione di interessi a tassi non convenuti, bensì sulla banca che deduce l'intervenuta prescrizione dell'azione in relazione a rimesse di natura solutoria, e non ripristinatoria, su conti destinati a regolare gli affidamenti concessi all'impresa cliente .

3.1. Il motivo è fondato. La Corte di merito ha ritenuto non provata la natura ripristinatoria dei pagamenti, sull'assunto che l'onere di prova gravi sull'attore che oppone l'indebito pagamento, intendendolo come parte *qui dicit* ; pertanto la carenza di prova sul punto varrebbe a ritenere come solutori gli accrediti registrati dalla banca in parziale pagamento delle poste di debito, e dunque prescritta l'azione di indebito per gli interessi maggiorati applicati in ragione delle clausole sull'anatocismo unilateralmente predisposte dalla banca, in quanto decorrente dalla data dei singoli pagamenti, e non dalla chiusura dei conti correnti. Tale statuizione contrasta con il principio segnato, da ultimo, dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 15895/2019 che, risolvendo un'annosa *querelle* giurisprudenziale, foriera di un intenso contenzioso, ha ritenuto che una volta eccepita dal convenuto la prescrizione del diritto restitutorio quale fatto estintivo della pretesa attorea, la qualificazione giuridica del fatto estintivo spetta al giudice, secondo il principio comune di cui all'art. 113 cod. proc. civ., e non alle parti del giudizio. Pertanto sarebbe spettato al giudice del merito, eventualmente con il supporto di una CTU percipiente, tra l'altro chiesta e non ammessa dalla parte attrice, verificare la natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse risultanti sul conto corrente su cui erano stati appoggiati i vari affidamenti rilasciati nel tempo dalla banca alla società correntista; ciò per verificare se, effettivamente, i pagamenti corrispondevano a rimesse poste a copertura e saldo di eventuali sconfinamenti dal fido rilasciato, e dunque fossero da ritenersi solutori, ai fini della determinazione della data di decorrenza della prescrizione da un termine diverso da quello della chiusura dei conti correnti, fatto invece valere dalla parte attrice.

3.2. Il Giudice del merito, pertanto, non avrebbe dovuto far pesare la mancata prova della qualificazione giuridica del fatto estintivo né sull'una, né sull'altra parte.

4. Con il quarto motivo si deduce la violazione dell'art. 113 cod. proc. civ. per omesso esame officioso dei D.M. con cui sono stati fissati i tassi soglia, ai fini della valutazione dell'applicazione di interessi usurari, in quanto la Corte d'appello avrebbe erroneamente ritenuto che l'onere di produzione dei decreti ministeriali determinativi dei tassi soglia dovesse essere assolto dalla parte attrice, nonostante nella CT di parte attrice fossero stati indicati in quali termini si era verificato il superamento del tasso soglia nell'applicare gli interessi debitori. La Corte di merito avrebbe dovuto considerare, invece, che i D.M., in quanto integrativi degli artt. 614 cod. pen e 1815 cod. civ., come novellati dall'art. 1 e dall'art. 4 della l. 108/96, in applicazione dell'art. 2 della medesima legge, hanno valore di norma giuridica.

4.1. Il motivo è fondato nei limiti di seguito esposti.

4.2. La Corte di merito, nel rigettare il motivo di impugnazione, ha ritenuto che l'onere processuale della produzione di atti contenenti una normativa secondaria incombe sulla parte deducente, in quanto tali dati non rientrano nella scienza comune, e ciò in base a una giurisprudenza che assegna ai decreti ministeriali la natura di atti amministrativi, per i quali ha ritenuto di far valere il principio dispositivo, e non il principio *iura novit curia*.

4.3. In proposito, occorre svolgere alcune considerazioni sulla normativa introdotta dal legislatore in materia. La prova dell'applicazione dei tassi usurari richiede un'allegazione di parte sul superamento del tasso-soglia nel corso del rapporto contrattuale, dopodiché può ritenersi presunta la natura usuraria degli interessi applicati, in base all'art. 644 cod. pen., comma 3, prima parte, e all'art. 1815 cod. civ., che dovranno pertanto essere espunti nella misura in cui, nel corso del rapporto, essi hanno inciso negativamente sulla posizione del debitore, tenuto comunque a ricevere in restituzione il *tantundem* (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 19282 del 12/09/2014 (Rv. 632998 - 01)). La misura del tasso-soglia è determinata periodicamente con apposito decreto del Ministro del Tesoro, emanato ai sensi della L. n. 108 del 1996, art. 1. Pertanto, per quanto la nullità di una pattuizione contrattuale sia rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (cfr. Sez. U -, Sentenza n. 7294 del 22/03/2017; Cass. Sez. 2 -

Sentenza n. 21243 del 09/08/2019), una indicazione circostanziata circa il concreto superamento dei tassi soglia, nel periodo in contestazione, risulta indispensabile al fine di valutare l'incidenza, nel rapporto, della nullità dedotta, e l'interesse concreto e attuale ad ottenere un accertamento giudiziale sul punto, ex art. 100 cod. proc. civ. (cfr. da ultimo Cass. Sez. 6 - 2, Ordinanza n. 2489 del 29/01/2019 in tema di nullità testamentaria).

4.4. In definitiva, la giurisprudenza non esonera l'attore dalla prova degli elementi fattuali necessari per valutare la nullità contrattuale dedotta. Pertanto, ritiene che nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità *tout court*, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso i relativi estratti a partire dalla data della sua apertura, così dovendosi effettuare l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere, con applicazione del tasso legale, sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, invece, se si utilizzano a tal fine criteri presuntivi od approssimativi (Sez. 1 - , Sentenza n. 20693 del 13/10/2016: nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto non provato l'intero andamento di un rapporto ultraventennale, avendone il correntista, gravato del corrispondente onere per aver agito ex art. 2033 c.c., prodotto, tardivamente, solo alcuni estratti conto in aggiunta a quelli relativi all'ultimo decennio depositati dalla banca, non risultando nemmeno incontroverso il saldo ad una determinata data).

4.5. **Allo scopo, non deve tuttavia considerarsi necessario, sulla base del principio di allegazione, che la parte supporti la deduzione di nullità producendo i D.M. che nel tempo hanno fissato i tassi soglia, solo sull'assunto che detti atti, nella gerarchia delle fonti del diritto, non costituiscono provvedimenti aventi forza di legge, avendo essi natura di provvedimento amministrativo a' sensi della l. 400/1988 che il giudice, pertanto, non è tenuto a conoscere in via autonoma. Il principio affermato in tale materia, in più occasioni, non si spinge però ad assumere che la mancata produzione in giudizio delle norme secondarie, attestanti i tassi soglia determinati nel tempo, non autorizzi il Giudice ad acquisirne diretta conoscenza, indipendentemente dall'attività svolta dalla parte**



deducibile la nullità degli interessi applicati. Conformemente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza di questa Corte, in più occasioni, con riguardo al giudizio di merito, il Giudice di merito ha un potere-dovere di acquisizione in materia (v. Cass. 4372/02, Cass. 10561/01; Cass. 2563/09, 12561/02; Cass. 29 agosto 2006, n. 18861; Cass. 2563/09; Sez. 2, Sentenza n. 14446 del 2010; Cass. Sez. L., Sentenza n. 15065 del 02/07/2014 per la materia giuslavoristica; Cass. Sez. 5, Sentenza n. 19360 del 20/07/2018, per quanto riguarda i regolamenti comunali in materia edilizia).

4.6. In particolare, nei casi sopra citati la Corte di legittimità si è limitata ad affermare che la nuova produzione di normativa secondaria sia inammissibile, e non superabile con il principio *iura novit curia*, unicamente in relazione al giudizio di legittimità, ove è precluso un ingresso di documentazione non prodotta nei precedenti gradi di giudizio : <<In tema di tasso di riferimento degli interessi, è inammissibile il motivo di ricorso per cassazione con il quale si deduca la violazione di decreti ministeriali determinativi del suddetto tasso, allorché essi non risultino acquisiti agli atti del giudizio di merito, in quanto - fermo restando che la loro produzione non può avvenire per la prima volta nel giudizio di legittimità, in forza del divieto di cui al primo comma dell'art. 372 cod. proc. civ. - la loro natura di atti amministrativi rende inapplicabile il principio "*jura novit curia*", di cui all'art. 113 cod. proc. civ., che va coordinato con l'art. 1 delle disp. prel. al cod. civ., il quale non comprende detti atti nelle fonti del diritto (principio affermato con riferimento a motivo di ricorso afferente alla violazione di decreti emanati ex artt. 20 del d.P.R. n. 902/76, 2 e 3 della legge n. 108 del 1996 e 15 della legge n. 183 del 1976) >> (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 8742 del 26/06/2001 (Rv. 547760 - 01) ). Pertanto in sede di giudizio di legittimità non sarebbe scrutinabile, in mancanza di pregressa idonea allegazione nella fase di merito, una nullità di tal tipo, posto che i decreti ministeriali in questione fungono da parametri di riferimento necessari per la valutazione della fattispecie, che deve essere osservata e ricostruita dal giudice del merito, e non dal giudice di legittimità.

4.7. A tale indirizzo occorre dare seguito, con l'aggiunta di ulteriori argomenti riferiti al giudizio di merito.

4.8. Nella fase del giudizio di merito, è indubbio che la disciplina regolamentare in materia di superamento del tasso soglia ai fini della valutazione dell'usura abbia carattere integrativo della normativa dettata in via generale dalla legge penale e civile, e debba pertanto essere conosciuta dal giudice del merito, ed applicata alla fattispecie, indipendentemente dall'attività probatoria delle parti che l'abbiano invocata. Atteso il particolare tecnicismo dell'ambito di operatività di tali disposizioni, le norme di carattere secondario, continuamente aggiornate, realizzano una etero-integrazione del precetto normativo, e non consentono, dunque, neanche di ritenere che le norme penali effettuino in tal modo un rinvio in bianco (cfr. sul punto Cass. Sez. 2, Sentenza n. 18683 del 04/09/2014, in relazione agli illeciti amministrativi che rinviano a "disposizioni generali o particolari impartite dalla CONSOB o dalla Banca d'Italia"). Pertanto, nel caso in questione, il Giudice del merito non avrebbe dovuto dare rilievo, ai fini della prova dell'illecita pattuizione o applicazione di interessi usurari, alla mancata produzione dei D.M. in parola nel corso del giudizio di merito, potendo acquisirne conoscenza, o attraverso la sua scienza personale o attraverso la collaborazione delle parti, ovvero anche attraverso la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione o l'acquisizione di una CTU tecnico-contabile.

5. Conclusivamente, il ricorso è accolto per quanto di ragione, relativamente al terzo e quarto motivo, comportando la cassazione della sentenza con rinvio alla Corte d'appello di Brescia, in diversa composizione, anche per la decisione in merito alle spese di questo giudizio; mentre, va dichiarato inammissibile in relazione ai primi due motivi.

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

La Corte, dichiara inammissibile il ricorso relativamente ai primi due motivi; accoglie il ricorso relativamente al terzo e quarto motivo; per l'effetto, cassa la sentenza e rinvia alla Corte d'appello di Brescia, anche per le spese.

Così deciso in Roma, il 28 gennaio 2018, nella Camera di consiglio della Terza Sezione Civile.