

N. R.G. 1436/2019



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Bari
Seconda Sezione Civile

composta dai seguenti Magistrati:

- | | |
|-----------------------------|------------------|
| 1) dott. Filippo LABELLARTE | Presidente |
| 2) " Matteo Antonio SANSONE | Consigliere |
| 3) " Luciano GUAGLIONE | Consigliere rel. |

ha emesso la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile in grado di appello avente ad oggetto "*Nullità clausole contratto bancario e ripetizione indebita*", iscritta nel ruolo generale degli affari civili contenziosi civili sotto il numero d'ordine 1436 dell'anno 2019

TRA

██████████ S.p.a., con sede in Siena, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. ██████████ in virtù di procura allegata all'atto di appello, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Bari ██████████

APPELLANTE

E

██████████ S.r.l., con sede in Foggia, in persona del suo legale rappresentante ██████████ nonché, nella loro qualità di fideiussori di ██████████ s.r.l., ██████████ ██████████ nato a Carpino (FG) il ██████████ nato a Carpino (FG) il ██████████ nato a Carpino (FG) il ██████████ nata ad Ortanova (FG) il ██████████ nata a San Giovanni in Persiceto (BO) il 2 ██████████ nata a San Severo (FG) il 9 ██████████ tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti ██████████ e ██████████ in virtù di procura allegata alla comparsa di



costituzione in appello, ed elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. [REDACTED] in Foggia (Via [REDACTED] n. [REDACTED])

APPELLATI

[REDACTED] S.p.a., con sede in Napoli, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. [REDACTED] in virtù di procura rilasciata in calce all'atto di intervento in appello, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Bari [REDACTED]

INTERVENTRICE VOLONTARIA

All'udienza collegiale tenutasi in videoconferenza il 16.12.2022 la causa è stata riservata per la decisione, sulle conclusioni rassegnate dai procuratori delle parti nelle note autorizzate in atti, da intendersi qui per richiamate e trascritte, con la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c., depositato presso il Tribunale di Foggia in data 5.01.2012, [REDACTED] S.r.l., con sede in Foggia, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, esponeva: che aveva intrattenuto presso la Filiale di Foggia di [REDACTED] S.p.a. il rapporto di conto corrente n. 7277-86 senza tuttavia riceverne la documentazione; che aveva esercitato il recesso dal contratto con lettera raccomandata del 4.01.2012; che nel corso del rapporto la banca aveva incamerato somme non dovute a titolo di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori e di interessi debitori ultralegali, mai pattuiti per iscritto o in esecuzione della clausola "uso piazza".

In ragione di ciò, la società attrice chiedeva la declaratoria di nullità del contratto di conto corrente n. 7277.86 e la conseguente condanna della banca alla restituzione in suo favore della somma di € 260.323,08 oltre interessi o, in via gradata, della diversa somma risultante all'esito di consulenza tecnica d'ufficio.

Si costituiva in giudizio la [REDACTED] S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, la quale chiedeva il rigetto della domanda eccependo: che [REDACTED] S.r.l. aveva disposto di somme in assenza di un contratto di apertura di credito o di una convenzione di affidamento, con conseguente scoperto di conto corrente; che in ragione di ciò ai versamenti eseguiti successivamente da [REDACTED] S.r.l. doveva attribuirsi natura solutoria della provvista; che [REDACTED] e [REDACTED] avevano sottoscritto il contratto di cc n. 7277-86 il 3.02.1987, mentre la pattuizione del 22.9.2004 regolamentava le condizioni economiche; che nell'ipotesi in cui si fosse ritenuto indeterminato il tasso debitore, avrebbe dovuto applicarsi il "tasso bot", con adeguamento *ex art. 117, co. 7, lett. a)*, TUB; che le capitalizzazioni applicate erano legittime, atteso l'adeguamento della banca alla delibera CICR del 9.2.2000; che i pagamenti eseguiti da [REDACTED] S.r.l. dovevano essere dapprima



imputati ad interessi; che il preteso diritto alla ripetizione dell'indebitato doveva ritenersi prescritto in relazione a qualsiasi pagamento di natura solutoria effettuato prima del 10.01.2002; che la cliente era decaduta dal diritto di impugnare gli estratti conto periodicamente inviati; che la domanda era infondata anche nella parte in cui era richiesta la rivalutazione della somma eventualmente dovuta in restituzione, trattandosi di debito di valuta.

La causa veniva istruita a mezzo di prove documentali e di consulenza tecnica d'ufficio.

Con ordinanza in data 4.02.2014 veniva posto al CTU il seguente quesito: *“previo esame degli atti di causa, espletato ogni utile accertamento, provveda il CTU a determinare il saldo del rapporto di conto corrente oggetto di controversia escludendo ogni forma di capitalizzazione degli interessi fino all'eventuale adeguamento dell'istituto di credito alla delibera Cicr del 9.2.2000; applichi l'interesse legale, ove non pattuito in forma scritta un tasso ultralegale, adeguandolo alla misura stabilita dal TUB; esegua due distinti conteggi: uno tenendo conto della prescrizione decennale come eccepita dalla banca ed uno che ne prescindendo”*.

Con ordinanza del 23.9.2014, veniva disposta l'integrazione dell'indagine peritale, al fine di acquisire *“un ulteriore conteggio che determini il saldo del rapporto oggetto di causa esclusa ogni forma di capitalizzazione degli interessi passivi per l'intera sua durata, operando due distinti conteggi: uno che tenga conto della prescrizione decennale come eccepita dalla banca ed uno che ne prescindendo”*.

Con ordinanza del 10.11.2015, il G.I. disponeva l'esperimento del procedimento di mediazione.

La mediazione veniva avviata da [REDACTED] All'incontro del 28.6.2015, il mediatore, preso atto dell'assenza personale delle parti e della presenza dei soli difensori, dato atto dell'insussistenza delle condizioni per la prosecuzione della mediazione, ne dichiarava l'esito negativo.

Con atto di costituzione depositato il 10.10.2017, intervenivano volontariamente in giudizio i fideiussori [REDACTED]

[REDACTED] aderendo alle deduzioni e richieste della ricorrente.

Con sentenza n. 1768/2019 del 3.7.2019, il Tribunale di Foggia definiva così il giudizio nei seguenti termini:

“1) in accoglimento per quanto di ragione della domanda ... dichiara che il conto corrente n. 7277-86, alla data del 30.09.2011, presenta un saldo a credito della correntista di euro 230.598,73, e, per l'effetto, condanna [REDACTED] s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., a pagare, in favore di [REDACTED] s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., il predetto importo, oltre interessi legali dal 15.2.2012 al soddisfo;



- 2) condanna [REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t., a rifondere in favore di [REDACTED] in persona del legale rappresentante p.t., le spese di lite (...);
- 3) pone a definitivo carico di [REDACTED] s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., le spese di CTU (...);
- 4) compensa le spese di lite nel rapporto tra [REDACTED] s.p.a. e i terzi interventori”.

A fondamento della decisione il Giudice di primo grado ha ritenuto:

- che era infondata l'eccezione di prescrizione avanzata dalla Banca, sia per l'impossibilità di dichiarare la prescrizione *tout court* (dal momento che il *dies a quo* avrebbe dovuto essere individuato nella data di ciascuna operazione di addebito oggetto di contestazione), sia per l'imprescrittibilità della domanda di accertamento della parziale nullità del contratto di conto corrente, sia perché la domanda di condanna della banca alla ripetizione di importi addebitati in applicazione di clausole illegittime, essendo inquadrabile nello schema *ex art. 2033 c.c.*, sottostava alla prescrizione decennale (Cass. civ., sez. un., 24418/2010, Cass. civ. 4518/2014);
- che esisteva un affidamento di fatto da parte di [REDACTED] in favore di [REDACTED] ^[1] e che, per tale ragione, a tutte le rimesse doveva attribuirsi natura ripristinatoria, anche per il periodo antecedente al 22.9.2004;
- che le costituzioni in mora inviate da [REDACTED] S.r.l. a [REDACTED] nel 1991, nel 1999 e nel 2004 portavano a concludere che, alla data di deposito del ricorso, non si fosse verificata l'estinzione del diritto;
- che la ricorrente aveva assolto agli oneri probatori, sia con riferimento ai presupposti *ex art. 2033 c.c.* (avvenuto pagamento, mancanza di *causa debendi*), sia sotto il profilo della ricostruzione del rapporto e la rideterminazione del saldo, essendo stati raccolti tutti gli estratti sin dal-l'apertura del conto ^[2];
- che era ininfluenza la mancanza di un contratto, in quanto stipulato prima del 1992;
- che, con riferimento alla rideterminazione del saldo di conto corrente, non erano dovuti gli interessi debitori ultralegali dalla nascita del rapporto sino al 22.9.2004 ed ad essi doveva sostituirsi il

¹ Il Tribunale ha affermato che l'esposizione debitoria della società cliente fosse connotata da elementi di durata, stabilità ed importanza, tali da escludere la “mera tolleranza”, in ragione dei seguenti rilievi: 1) il conto originario, risalente al 1987, aveva costantemente registrato saldi debitori, con punte massime di rilievo comprese fra il 1993 e il 1997, senza che la banca avesse mai assunto iniziative per il rientro dell'esposizione debitoria; 2) dal primo trimestre 1989, la banca aveva applicato i tassi debitori su due livelli, uno intra-fido e l'altro extra-fido; 3) per tutto il periodo considerato aveva applicato una CMS; 4) con raccomandata del 2.2.2012 la banca aveva comunicato il recesso “da tutti gli affidamenti che a suo tempo vi concedemmo e precisamente: apertura di credito di euro 200.000 utilizzata è regolata sul conto 7277.86”.

² [REDACTED] aveva prodotto la serie sostanzialmente completa degli estratti conto dal 1987 sino al 30.9.2011: il Ctu aveva rilevato solo la mancanza degli estratti del quarto trimestre 1987 e del terzo trimestre 1989, ma per essi si era fatto affidamento alle copie dei mastrini depositati da [REDACTED] e non contestati dalla banca.



tasso legale; che, per il periodo successivo all'8.07.1992 (data di entrata in vigore della legge n. 154/1992, che ha introdotto il requisito della forma scritta *ad substantiam*), al tasso risultante dagli estratti conto doveva sostituirsi il tasso bot; che erano illegittimi gli addebiti operati dalla banca a titolo di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori sino al suo adeguamento alla delibera Cicr del 2000, con la sottoscrizione del contratto del 22.9.2004; che [REDACTED] aveva ottemperato agli obblighi di cui agli artt. 6 (approvazione scritta delle clausole) e 7 (approvazione del cliente delle nuove condizioni contrattuali) della delibera Cicr del 2000 mediante la sottoscrizione del contratto del 22.9.2004; che l'omessa contestazione, da parte della cliente, dei saldi di conto corrente non impediva alla stessa di far valere cause di nullità e inefficacia del rapporto;

- che era fondata la domanda di ripetizione avanzata da [REDACTED] S.r.l., con l'adozione, tra i criteri di calcolo illustrati in consulenza, di quello che ha espunto ogni anatocismo fino all'effettivo adeguamento della banca alla delibera Cicr (contratto del 22.9.2004), che ha computato gli interessi al tasso legale sino all'8.7.1992, al tasso bot sino al 21.9.2004 e al tasso convenzionale dal 22.9.2004 al 30.9.2011, con la determinazione conclusiva di un saldo a credito per il correntista per euro 230.598,73.

Avverso tale decisione ha proposto appello innanzi a questa Corte, con atto di citazione notificato il 26.09.2019 *ex* L. 53/1994, [REDACTED] S.p.a., chiedendo, per i motivi di seguito indicati ed in riforma dell'impugnata sentenza, previa sospensione della sua esecutività provvisoria, l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

"1) dichiarare l'improcedibilità delle domande formulate da [REDACTED] Srl nel giudizio di prime cure, quale conseguenza del non valido esperimento del tentativo di mediazione delegata dal Tribunale di Foggia ex art. 5 co. 2 D.Lgs. 28/2010;

2) in subordine, dichiarare l'inammissibilità dell'avversa domanda di condanna alla ripetizione dell'indebito (nonché della sottostante e strumentale domanda di accertamento negativo del credito) spiegata da [REDACTED] Srl nel giudizio di prime cure, poiché relativa ad un rapporto di conto corrente ancora aperto ed in essere al momento della proposizione della domanda;

3) in ulteriore subordine, dichiarare l'inammissibilità dell'avversa domanda di condanna alla ripetizione dell'indebito in mancanza di prova del saldo di c/c oggetto di causa alla data di chiusura del conto e dell'eventuale accertata apertura di credito; in subordine, e nel merito:

4) accertata e dichiarata l'inesistenza di un affidamento "per cassa" regolato sul c/c oggetto di causa, ed accertata e dichiarata l'inesistenza di atti interruttivi della prescrizione antecedenti alla notifica del ricorso introduttivo ex art. 702-bis cpc del giudizio di prime cure, accertare che il saldo



del c/c 7277-86 alla data del 30.09.11 fosse pari ad Euro 156.113,78 a debito di [REDACTED] (ipotesi 1 della relazione peritale datata 19.06.2014 a firma del CTU dott.ssa [REDACTED] in estremo subordine:

5) in ogni caso, accertare e dichiarare la [REDACTED] non tenuta al pagamento di quanto oggetto di condanna nella sentenza oggetto di gravame, a qualsiasi titolo”.

L'appello, regolarmente iscritto a ruolo, acquisiva il n.r.g. 1436/2019.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata il 3.12.2019 si sono costituiti in giudizio [REDACTED] s.r.l., [REDACTED]

[REDACTED] i quali hanno resistito all'impugnazione chiedendone il rigetto siccome infondata, con vittoria di spese.

Con ordinanza in data 8.11.2019 la Corte ha accolto l'istanza di sospensiva proposta dagli appellanti ex art. 283 c.p.c.

Con atto di intervento ex art. 111 c.p.c. si è costituita in giudizio [REDACTED] s.p.a., in qualità di titolare di “crediti rilevanti”, in forza di atto di scissione parziale stipulato con [REDACTED] riportandosi alle richieste di [REDACTED] ed eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva con riferimento ad eventuali domande risarcitorie e restitutorie proposte dagli opposenti.

Con il primo motivo di appello la [REDACTED] eccepisce l'improcedibilità della domanda, per non essersi “validamente svolto” il procedimento di mediazione delegata dal giudice istruttore, e quindi per non essersi avverata la condizione di procedibilità collegata all'esperimento della procedura, ciò costituendo un vizio insuscettibile di sanatoria, rilevabile in qualsiasi momento.

Al riguardo l'appellante deduce che, pur sussistendo l'obbligo per le parti di presenziare alla procedura personalmente o mediante sostituto, previo rilascio di procura speciale, al primo incontro di mediazione erano comparsi i difensori in giudizio delle parti, sforniti di procura speciale, e che il mediatore, dopo aver ammonito sull'obbligo della presenza personale, aveva dichiarato l'esito negativo della procedura.

Il motivo, che ha carattere assorbente, è fondato.

Premesso che risulta dagli atti che il giudice di primo grado, esercitando il potere attribuitogli dal comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010, come modificato dal d.l. n. 69/2013, ha ordinato alle parti, all'esito dell'istruttoria tecnica, l'esperimento del procedimento di mediazione, rileva la Corte la necessità di individuare anzitutto la disciplina applicabile al caso in questione, dal momento che le regole sul procedimento di mediazione sono state interessate - nel corso degli anni - da interventi correttivi ed integrativi. In particolare, l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 è stato riformato dal d.lgs. 69/2013,



con la previsione che l'esperimento del tentativo di mediazione *ope iudicis* è, al pari delle ipotesi di mediazione obbligatoria, condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede d'appello e che detta condizione si ritiene avverata se il primo incontro delle parti dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo.

Poiché il presente giudizio è stato introdotto nella vigenza dell'originaria formulazione dell'art. 5 d.lgs. 28/2010 e poiché il provvedimento che disponeva l'esperimento del tentativo di mediazione è stato emanato in epoca successiva all'introduzione della novella *ex* d.lgs. 69/2013 (più precisamente, con ordinanza del 10.11.2015), va chiarito a quali disposizioni sottostava l'ordine del giudice istruttore.

Sul punto, questa Corte condivide il principio espresso da Cass. civ., sez. II, 3 dicembre 2021, n. 38271, secondo cui la disposizione che contempla il potere del giudice di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione, considerato quale condizione di procedibilità della domanda, è disposizione processuale, per la quale vale il principio *tempus regit actum*, in virtù del quale un atto va assoggettato alla legge vigente all'epoca della sua emanazione.

Di conseguenza non può essere accolta la tesi degli appellati, per cui la novella *ex* d.l. 69/2013, ai sensi dell'art. 84, comma 2, del medesimo decreto, non sarebbe applicabile ai giudizi iniziati prima del decorso di trenta giorni dalla sua entrata in vigore, e pertanto, il presente giudizio non sarebbe soggetto ad alcuna condizione di procedibilità.

Per le considerazioni che precedono, pertanto, si deve affermare l'applicazione al caso di specie della novella del 2013 e, pertanto, deve affermarsi l'operatività della condizione di procedibilità.

Detta conclusione è confortata dall'espresso richiamo che lo stesso giudice delegante ha fatto fa al d.l. 69/2013 nel provvedimento del 10.11.2015.

È principio consolidato quello per cui, nel procedimento di mediazione *ex* d.lgs. 28/2010, è necessaria la comparizione personale delle parti assistite da un difensore, con la precisazione che la parte può farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore, purché munito di apposita procura (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 27.3.2019, n. 8473).

Alla base di questo indirizzo ermeneutico v'è la constatazione che, essendo l'attività di mediazione finalizzata a verificare la possibilità di instaurare tra le parti, dinanzi ad un mediatore, un dialogo tale da consentire la risoluzione alternativa della controversia, alla necessaria presenza personale della parte potrebbe avviarsi solo attraverso una procura speciale *ad negotium*, con l'autorizzazione del rappresentante ad agire in nome per conto della rappresentato ed una chiara indicazione dei poteri e dei limiti di detta rappresentanza. Da ciò deriva l'impossibilità di ricono-



scere al difensore processuale qualsivoglia prerogativa di sostituzione della parte: la procura processuale conferisce al difensore il potere di rappresentanza della parte in giudizio, ma non la facoltà di sostituirsi ad essa in una attività esterna al processo, qual è il procedimento di mediazione.

Pertanto, al fine di ritenere validamente esperito il procedimento di mediazione e, conseguentemente, avverata la condizione di procedibilità prevista dalla norma, è necessaria la presenza personale delle parti, le quali possono farsi sostituire anche dai loro difensori processuali, ma solo previo rilascio di una procura avente lo specifico oggetto della partecipazione alla mediazione ed il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto.

Venendo all'esame del caso di specie, il primo incontro di mediazione è stato celebrato con la sola presenza dei difensori processuali delle parti, entrambi sprovveduti di procura sostanziale. Ed infatti, il mediatore, resosi conto di ciò, dopo aver dato atto dell'assenza personale delle parti, ha ammonito sulle conseguenze processuali legate a detta assenza ed ha chiuso la procedura con esito negativo.

Conclusivamente, quindi, va affermato che la procedura di mediazione demandata dal giudice non è stata validamente esperita e, di conseguenza, non si è avverata la connessa condizione di procedibilità della domanda.

Occorre altresì dirimere la questione circa l'eventuale sussistenza di un termine entro il quale poter proficuamente sollevare l'eccezione di improcedibilità dell'azione per mancato esperimento della mediazione demandata dal giudice, dal momento che, nel caso di specie, detta eccezione non è stata sollevata in primo grado (tanto che il primo giudice ha statuito sul merito della controversia), ma solo in secondo grado, come motivo di gravame, ove si è denunziata l'omessa declaratoria di improcedibilità della domanda da parte del primo giudice.

Sul punto va condiviso quanto affermato da Cass. civ., sez. II, 28 dicembre 2022, n. 37920, secondo cui l'eccezione di improcedibilità ad istanza della parte avversa può essere formalizzata senza necessità di rispettare un termine, così come il giudice è legittimato a rilevarla d'ufficio in sentenza.

Pertanto, va affermata la ritualità del rilievo operato da [REDACTED] e va al contempo affermata la possibilità per questa Corte di dichiarare l'improcedibilità della domanda per il non valido esperimento del procedimento di mediazione delegata in primo grado.

Alla luce di tutte le considerazioni che precedono la domanda proposta da [REDACTED] S.r.l. nei confronti di [REDACTED] S.p.a. va dichiarata improcedibile, non essendosi validamente svolto il procedimento di mediazione demandato dal G.I. con ordinanza del 10.11.2015 e, conseguentemente, non essendosi avverata la collegata condizione di procedibilità della domanda.



La disamina degli altri motivi di appello è assorbita dalla declaratoria di improcedibilità della domanda.

La controvertibilità di talune questioni di diritto dedotte, sulle quali solo di recente si sono pronunciati i giudici di legittimità, costituisce valida ragione per derogare all'ordinario criterio della soccombenza *ex art. 91 c.p.c.* e, quindi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e competenze del doppio grado di giudizio.

Le spese di c.t.u., come liquidate in prime cure, vanno definitivamente poste a carico di entrambe le parti, nella misura di metà per ciascuna.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Bari, Seconda Sezione Civile, definitivamente pronunciando sull'appello proposto, con atto di citazione notificato in data 26.09.2019, dalla [REDACTED] S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, avverso la sentenza n. 1768/2019 emessa in data 3.07.2019 dal Tribunale di Foggia tra [REDACTED] S.r.l. e la banca appellante nonché [REDACTED] e [REDACTED] con l'intervento in appello [REDACTED] [REDACTED] S.p.a. *ex art. 111 c.p.c.*, l'accoglie e per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, così provvede:

- 1) dichiara l'improcedibilità della domanda proposta da [REDACTED] S.r.l.;
- 2) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio;
- 3) pone le spese di c.t.u., come liquidate in prime cure, definitivamente a carico di entrambe le parti, nella misura di metà per ciascuna.

Così decisa il 22 marzo 2023 nella camera di consiglio in videoconferenza della Seconda Sezione Civile

Il Consigliere est.
(dott. Luciano Guaglione)

Il Presidente
(dott. Filippo Labellarte)

