

Civile Ord. Sez. 1 Num. 4083 Anno 2023

Presidente: **BISOGNI GIACINTO**

Relatore: **ZULIANI ANDREA**

Data pubblicazione: 09/02/2023

**ORDINANZA**

sul ricorso iscritto al n. 14882/2018 R.G. proposto da:

**Alfonso DI LEVA**, elettivamente domiciliato in Potenza, via Pienza n. 60, presso lo studio dell'avv. Antonio Casulli, che lo rappresenta e difende per procura speciale a margine del ricorso

- ricorrente -

contro

**Unicredito Italiano S.p.A.**,

- intimata -

e con

**FINO 2 Securitisation S.r.l.**, elettivamente domiciliata in Roma, viale dei Parioli n. 74, presso lo studio dell'avv. Francesco Piselli, che la rappresenta e difende per procura speciale allegata in calce al controricorso

- interveniente -

e con

**Maria PETRILLI**,

- intimata -

avverso la sentenza della Corte d'Appello di Potenza n. 570/2017, depositata il 2.11.2017;

udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 13.12.2022 dal Consigliere Andrea Zuliani.

### FATTI DI CAUSA

Alfonso Di Leva e Maria Petrilli citarono in giudizio l'allora Banca Mediterranea S.p.A., per chiederne la condanna alla restituzione della somma di Lire 160.202.894 che assumevano indebitamente prelevata da un libretto di deposito a risparmio intestato formalmente ad entrambi, ma di cui in realtà, a loro dire, era titolare la sola Maria Petrilli. La banca aveva utilizzato i fondi depositati sul libretto – entro il limite della metà delle somme disponibili – per compensare i crediti vantati verso Alfonso Di Leva quale fideiussore per i debiti derivanti da tre conti correnti riferibili a tali Salvatore Di Leva e Rosalba De Canio. Gli attori prospettarono il carattere indebito del prelievo sotto diversi aspetti, innanzitutto per l'esclusiva appartenenza delle somme depositate sul libretto a Maria Petrilli, e inoltre, per quanto qui ancora interessa, per l'illegittima applicazione dell'anatocismo periodico sui conti correnti dei debitori principali garantiti da Alfonso Di Leva.

Il Tribunale di Potenza respinse tutte le domande degli attori, i quali proposero appello articolato in una pluralità di motivi. La Corte d'Appello del capoluogo lucano respinse, a sua volta, con un prima sentenza parziale, tutti i motivi di impugnazione, con la sola eccezione di quello incentrato sulla nullità della clausola di capitalizzazione periodica degli interessi passivi maturati sui conti correnti. Quindi, esperita c.t.u. contabile, con la sentenza definitiva rigettò comunque anche quest'ultimo motivo d'appello, e la relativa domanda degli appellanti, sul presupposto del mancato assolvimento dell'onere della prova per la parziale mancanza degli estratti conto bancari.

Contro tale sentenza ha presentato ricorso per cassazione, affidato a un unico motivo, il solo Alfonso Di Leva, notificando l'atto anche a Maria Petrilli, che è rimasta intimata. È intervenuta con controricorso FINO Securitisation S.r.l., società succeduta nella titolarità del rapporto a Unicredito Italiano S.p.A. (a sua volta

succeduta alla incorporata Banca Mediterranea S.p.A.). Il ricorrente ha depositato memoria nel termine di legge anteriore alla camera di consiglio fissata ai sensi degli artt. 375 e 380-bis.1 c.p.c.

#### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Con l'unico motivo di ricorso Alfonso Di Leva denuncia «violazione e falsa applicazione di legge ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. dell'art. 1283 c.c., in relazione all'art. 2697 c.c.».

Nell'illustrare il motivo, da un lato, si contesta l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui *«dalla c.t.u. contabile emerge come non sia stato provato l'intero andamento dei rapporti di conto corrente per i quali il Di Leva ha prestato fideiussione, avendone il Di Leva ... prodotto solo alcuni estratti conto in aggiunta a quelli prodotti dalla Banca»*. Il ricorrente rileva che il c.t.u., lungi dal lamentare una carenza di documentazione contabile aveva fornito precise risposte ai quesiti postigli dal giudice, le quali – per due conti correnti su tre – non evidenziavano differenze nei conteggi con saldo iniziale zero e con saldo iniziale da estratto conto, dal che si dovrebbe desumere la completezza della documentazione disponibile.

Dall'altro lato, il ricorrente contesta che le eventuali parziali lacune nella serie degli estratti di conto corrente giustificassero il rigetto integrale della domanda, essendo comunque possibile e doveroso il conteggio del credito da ripetizione di indebito nella minore misura risultante, in modo certo, sulla base dei documenti disponibili.

La controcorrente ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, in quanto nella sostanza volto a sindacare l'accertamento del fatto da parte del giudice di merito e, in particolare, le risultanze della c.t.u. contabile, aspetti incensurabili in sede di legittimità.

1.1. Il motivo, nella misura in cui è ammissibile, è anche fondato.

1.2. Indubbiamente non compete alla Corte di Cassazione un riesame dell'accertamento del fatto, se non nei ristretti limiti di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (Cass. S.u. n. 8053/2014, per tutte), con i quali nemmeno si confronta il motivo di ricorso, dal momento che esso denuncia una violazione di norma di diritto e, in particolare, degli artt. 1283 e 2697 c.c.

1.3. Tuttavia, se ciò rende inammissibile il ricorso nella parte in cui censura la valutazione del fatto effettuata dalla corte d'appello sulla base della documentazione prodotta e della relazione del c.t.u., discorso diverso deve essere svolto per quanto riguarda l'affermazione e l'applicazione di una precisa regola di diritto riferita al fatto concreto come accertato dal giudice *a quo*. Corretta è, nella sentenza impugnata, la premessa sulla distribuzione dell'onere della prova: colui che agisce in ripetizione ai sensi dell'art. 2033 c.c. ha l'onere di provare il fatto posto a fondamento della domanda, ovvero sia la prestazione eseguita e il suo carattere indebito.

Nel caso qui in esame, il carattere indebito della prestazione (*id est*: del prelievo dal libretto di deposito effettuato alla banca) non è discussione, posto che la corte d'appello aveva già affermato la nullità delle clausole anatocistiche con la sentenza parziale. Si tratta, quindi, soltanto di individuare e di conteggiare gli addebiti anatocistici, sulla base dell'unica documentazione disponibile a tal fine, ovvero sia sulla scorta degli estratti dei conti correnti. Ebbene, la rilevata *parziale* mancanza degli estratti conto – ove sussistente, come affermato dalla corte d'appello – comporta l'impossibilità per gli attori di provare *tutti* i fatti posti a fondamento dell'azione e, quindi, la necessità di respingere la domanda, ma soltanto *in parte qua*, senza che si giustifichi in alcun modo un rigetto integrale, esteso anche agli addebiti anatocistici provati e ai relativi effetti calcolabili sulla base della documentazione prodotta e acquisita.

È questo un principio che vale indifferentemente, tanto nel caso in cui attore – gravato dell'onere della prova – sia il cliente della

banca, quanto nel caso in cui sia la banca ad agire, con l'onere di provare il credito finale risultante dalle movimentazioni del conto. In entrambi i casi, l'attore subisce l'azzeramento dei crediti che potrebbero risultare dagli estratti conto mancanti, il che però non esclude la possibilità di vedere riconosciuto il proprio credito al netto di quell'azzeramento. Il principio è stato recentemente espresso in alcuni condivisibili arresti di questa Corte: *«Nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo iniziale a debito del cliente, la proposizione di contrapposte domande da parte della banca e del correntista implica che ciascuna delle parti sia onerata della prova della propria pretesa. Ne deriva che, in assenza di elementi di prova che consentano di accertare il saldo nel periodo non documentato, ed in mancanza di allegazioni delle parti che permettano di ritenere pacifica l'esistenza, in quell'arco di tempo, di un credito o di un debito di un certo importo, deve procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, documentato dagli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di essi»* (Cass. n. 23852/2020; conf. Cass. nn. 22387/2021; 27362/2022).

Da ultimo, in termini esattamente pertinenti al caso di specie, si è statuito che: *«Nei rapporti di conto corrente bancario, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione di danaro, che afferma essere stato indebitamente corrisposto all'istituto di credito nel corso dell'intera durata del rapporto – sul presupposto di dedotte nullità di clausole del contratto di conto corrente o per addebiti non previsti in contratto – è onerato della prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida "causa debendi" mediante deposito degli estratti periodici di tale conto corrente, riferiti all'intera durata del rapporto, con la conseguenza che, qualora egli depositi solo*



*alcuni di essi, da un lato non adempie a detto onere per la parte di rapporto non documentata e, dall'altro, tale omissione non costituisce fatto impediente il sollecitato accertamento giudiziale del dare e dell'avere fra le parti, a partire dal primo saldo dal cliente documentalmente riscontrato» (Cass. n. 35979/2022).*

1.4. La massima appena riportata può valere anche in questo caso come principio di diritto espresso ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.c., al quale dovrà attenersi il giudice del rinvio. In sostanza, il giudice *a quo*, pur avendo correttamente individuato la norma che regola l'onere della prova, ne ha fatto, tuttavia, falsa applicazione, non considerando la possibilità che la parte gravata dall'onere lo abbia assolto solo per alcuni dei singoli episodi posti a fondamento dell'azione e la conseguente necessità, in tal caso, di accogliere parzialmente la domanda.

2. Un'ultima considerazione merita di essere svolta sulla posizione del ricorrente nel presente processo. Egli non era il titolare dei conti sui quali vennero effettuati gli illegittimi addebiti anatocistici e, quindi, erroneamente, nella sentenza impugnata, gli appellanti vengono definiti «correntisti». Tuttavia, non può essere condivisa l'affermazione contenuta nel controricorso secondo cui il fideiussore, «in quanto tale», non potrebbe avere «alcun diritto ad ottenere dall'istituto alcuna somma non avendo instaurato alcun rapporto con la medesima(*sic*)». Infatti, la banca ha soddisfatto il proprio credito proprio facendosi pagare dal fideiussore, mediante prelievo dal libretto di deposito a lui cointestato e, quindi, mediante compensazione del credito con il proprio debito verso il depositante. È pertanto il fideiussore, e non il correntista, legittimato ad agire in ripetizione dell'indebito, anche facendo valere l'inesistenza – totale o parziale – del credito della banca verso i debitori principali (art. 1945 c.c.). Diversa questione, non menzionata negli atti di parte e che dovrà essere valutata dal giudice del rinvio, è quella della effettiva titolarità delle somme prelevate dal libretto di deposito, che

parte ricorrente allega essere riferibili esclusivamente a Maria Petrilli, la quale non ha proposto ricorso per cassazione ed è rimasta intimata nel presente grado di legittimità.

3. All'accoglimento del ricorso consegue la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio alla stessa Corte d'Appello di Potenza per decidere, in diversa composizione, anche sulle spese del presente grado di legittimità.

**P.Q.M.**

La Corte:

accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello di Potenza, in diversa composizione, anche per decidere sulle spese del presente grado di legittimità.

Così deciso in Roma, il 13/12/2022.