



Tribunale di Brindisi
Sezione civile

Repubblica Italiana
In Nome del Popolo Italiano

Il Tribunale di Brindisi, in composizione monocratica, in persona del Giudice, Roberta Marra, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 2258/2009 R.G., avente ad oggetto “azione di accertamento e restitutoria-contratto di conto corrente” e vertente

tra

attrice

Banca ; in persona del suo legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv.

convenuta

Motivi della decisione

Con ricorso ex art. 702-bis depositato il 4 settembre 2009, ha chiesto che fosse dichiarato che Banca avrebbe applicato illegittimamente sui conti corrente bancari n. 0180102291 e n. 1014000124, intestati al ricorrente, interessi ultralegali, capitalizzati trimestralmente, commissioni di massimo scoperto, valute fittizie sulle operazioni di dare ed avere, costi vari non dovuti facendo riferimento a criteri *contra legem* e che la banca convenuta fosse condannata al pagamento della somma, maggiorata d’interessi e svalutazione, che sarebbe stata determinata a seguito dell’espletamento di CTU, nonché al risarcimento, per responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, del danno patrimoniale e non patrimoniale da liquidarsi anche in via equitativa e comunque maggiorato degli interessi e della svalutazione monetaria nonché del maggior danno così come statuito dalle Sez. Un. della Corte di Cassazione con la sentenza del 16 luglio 2008 n. 19499, con vittoria delle spese di lite e distrazione a favore dei legali costituiti.

Con comparsa di risposta depositata il 9 dicembre 2009, Banca _____ costituendosi in giudizio ha chiesto che, in via preliminare, fossero dichiarati inutilizzabili i documenti allegati al fascicolo di parte ricorrente nonché il rigetto del ricorso perchè inammissibile per carenza di prova, oltre che infondato, con vittoria delle spese di lite.

Con ordinanza del 10.02.2010 il Giudice ha disposto che la causa fosse trattata con il rito ordinario ed ha fissato ex art. 183 c.p.c.; nella sua prima memoria ex art. 183 comma VI n. 1 c.p.c., parte attrice ha precisato la domanda, chiedendo una declaratoria di nullità delle clausole contrattuali relative ai rapporti per cui è causa, prive del requisito della forma scritta ex art. 1284 c.c. e l'accertamento del corretto rapporto di dare/avere fra le parti, con la disapplicazione del tasso degli interessi ultralegali per illegittimità della clausola di determinazione degli interessi ultralegali mediante riferimento alle "condizioni usualmente praticate dalle Aziende di Credito sulla piazza" per contrasto con gli artt. 1284 e 1346 c.c., con conseguente applicazione del tasso legale, nonché disapplicando la clausola di "capitalizzazione trimestrale degli oneri passivi", per violazione del divieto d'anatocismo; le commissioni di massimo scoperto e valute fittizie nonché ogni altro onere accessorio applicato e non dovuto come esplicito negli atti di causa; in subordine, accertare l'eventuale superamento del tasso soglia di cui alla l. n. 108/96 dichiarando, in tal caso, l'invalidità a titolo di nullità parziale ex art. 1815 II comma c.c. dei pagamenti effettuati ovvero, in ulteriore subordine, ai sensi dell'art. 1339 c.c., stabilendo il loro ammontare sulla base del detto tasso soglia; con conferma delle domande di ripetizione di risarcimento già formulate in citazione.

Nel corso del giudizio è stata disposta una c.t.u. contabile, poi rinnovata con ordinanza istruttoria del 25.05.2017. La causa è stata successivamente rimessa in istruttoria per disporre un'integrazione dell'accertamento peritale, teso a tenere conto del collegamento negoziale fra il conto corrente ed il conto anticipi, anche ai fini della verifica del tasso soglia; all'esito del deposito della perizia e dopo un nuovo rinvio dovuto allo smarrimento del fascicolo di ufficio, le parti hanno nuovamente precisato le loro conclusioni all'udienza del 15 aprile 2022, e la causa è stata trattenuta in decisione, previa assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c..

La domanda è fondata e merita di essere accolta nei termini che seguono.

A proposito della distribuzione dell'onere della prova in un giudizio, come quello in oggetto, in cui è il correntista ad agire in giudizio, le parti hanno contrapposto le rispettive tesi difensive, richiamando opposti orientamenti giurisprudenziali; il primo, a cui la banca ha rinviato, afferma che nella ripetizione di indebito incombe sull'attore la prova sia dell'avvenuto pagamento che della mancanza di *causa debendi* (Cass. 8 marzo 2001, n. 3387; 3 marzo 1998, n. 2334, 28 luglio 1997, n. 7027, 18 dicembre 1995, n. 12897, 14 maggio 2012, n. 7501, 11 ottobre 2010, n. 22872, 9 Marzo 2021, n. 6480). Fra di esse, si richiama in particolare l'ordinanza del giudice di legittimità n. 33009 del 13/12/2019, che ha chiaramente stabilito che, nei rapporti di conto corrente bancario, il cliente che agisca per ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate in presenza di clausole nulle, "ha l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, senza poter invocare il principio di vicinanza della prova al fine di spostare detto onere in capo alla banca, temuto conto che tale principio non trova applicazione quando ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione", nonché la n. n. 35979 del 07/12/2022, secondo cui "nei rapporti di conto corrente bancario, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione di danaro, ... 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 impediante il sollecitato accertamento giudiziale del dare e dell'avere fra le parti, a partire dal primo saldo dal cliente documentalmente riscontrato".

Secondo tale indirizzo ermeneutico, a ribaltare l'onere probatorio non può essere il principio di vicinanza della prova, e dunque il cliente che agisca per ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate in presenza di clausole nulle, ha l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, senza poter invocare il principio di vicinanza della prova al fine di spostare detto onere in capo alla banca, tenuto conto che tale principio non trova applicazione quando ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione (Cass., ord., 13-12-2019, n. 33009).

Ebbene, si deve ritenere che presupposto dell'assolvimento dell'onere probatorio gravante sul correntista sia la materiale fruibilità della documentazione all'uopo necessaria, astrattamente nella disponibilità di entrambe le parti, ma rispetto alla quale si impone, in sede giudiziale, un'indagine intorno alla fase precontenziosa, ovvero all'assolvimento da parte della banca del suo obbligo di rendicontazione del rapporto e da parte del correntista dell'onere di formale richiesta all'istituto di credito: alla luce della previsione di cui all'art. 119 T.U.B., infatti, il titolare di un rapporto di conto corrente ha sempre diritto di ottenere dalla banca il rendiconto, ai sensi dell'art. 119 del d.lgs. n. 385 del 1993 (T.U.B.), anche in sede giudiziaria, fornendo la sola prova dell'esistenza del rapporto contrattuale, non potendosi ritenere corretta una diversa soluzione, sul fondamento del disposto di cui all'art. 210 c.p.c., perché non può convertirsi un istituto di protezione del cliente in uno strumento di penalizzazione del medesimo, trasformando la sua richiesta di documentazione da libera facoltà ad onere vincolante (così Cass., ord., n. 24181 del 2020, n. 3785 del 2019, n. 11554 del 2017). Si deve riconoscere a tale obbligo natura sostanziale e non meramente processuale, la cui tutela si configura come situazione giuridica "finale", a carattere non strumentale, senza che possa pertanto negarsi il diritto del cliente di ottenere copia della documentazione richiesta, adducendo a ragione e in linea di principio la natura meramente esplorativa dell'istanza in tal senso presentata.

Parte della giurisprudenza ha successivamente ristretto tale diritto del correntista alla rendicontazione del rapporto, ritenendo che *“il diritto spettante al cliente, a colui che gli succede a qualunque titolo o che subentra nell'amministrazione dei suoi beni, ad ottenere, a proprie spese, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, ivi compresi gli estratti conto, sancito dall'articolo 119, comma 4, d.lgs. n. 385 del 1993, può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'articolo 210 c.p.c., in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca e quest'ultima, senza giustificazione, non abbia ottemperato”* (Cass. n. 24641 del 13/09/2021; nello stesso senso, ord. n. 23861 del 01/08/2022); il presupposto di tale orientamento è la distinzione operata nell'ambito dell'art. 119 TUB fra il secondo comma, che disciplina l'obbligo di trasmissione del rendiconto periodico (semestrale, trimestrale o mensile) nei rapporti regolati in conto corrente ed il quarto, relativo invece ad diritto di richiedere (prima) e poi ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Si è infatti sottolineato che il secondo, qualificabile come diritto potestativo potrà essere riconosciuto solo e nella misura i cui il cliente abbia avanzato la relativa richiesta.

Ebbene, accedendo all'opzione ermeneutica più restrittiva, da ultimo richiamata, si deve ritenere che l'attore abbia ottemperato all'onere di richiedere la documentazione contrattuale e contabile alla controparte. In citazione, ha infatti dedotto di avere intrattenuto sin dal 1992 il rapporto di conto corrente di corrispondenza n. 0180102291 e quello di conto anticipi su crediti n. 1014000124; ha riferito e provato documentalmente di avere richiesto a Banca copia dei contratti con raccomandata a.r. del 16 marzo 2006 (all. n. 2 al suo fascicolo di parte) e di avere ricevuto dalla banca una risposta evasiva con la successiva missiva del 20 marzo 2006 (all. n. 3); di

avere reiterato la richiesta con lettera raccomandata del 9 giugno 2008 (all. n. 4) a cui la banca ha risposto dapprima sollecitando la sottoscrizione di formale richiesta (all. n. 5) e poi fornendo una documentazione parziale. A fronte della nuova richiesta formulata dal correntista, la banca, con comunicazione del 14 maggio 2009, ha risposto di non essere “*in grado di recuperare la copia dei contratti relativi ai rapporti*”.

Ebbene, vale rammentare che l’obbligo in capo alla banca di consegna del contratto consegue al dovere generale della banca di comportamento secondo correttezza, imposto peraltro ad entrambi i contraenti di un contratto. L’art. 1175 c.c. dispone in particolare che il “Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza”. L’art. 1375 c.c. aggiunge che “Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”: tali disposizioni impongono “*a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell’altra parte; tra i doveri di comportamento scaturenti dall’obbligo di buona fede vi è anche quello di fornire alla controparte la documentazione relativa al rapporto obbligatorio ed al suo svolgimento*” (così: Cass. n. 12093/2001). Il fondamento dell’obbligo di consegna della documentazione (e dei contratti, per quanto qui trattato) gravante sulla banca risiede pertanto nel principio di buona fede contrattuale, e cioè in quel suo particolare risvolto rappresentato dal dovere di reciproca solidarietà tra i contraenti, anche quale fonte di integrazione del contratto ai sensi dell’art. 1374 c.c. (che così recita: “*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi*”).

Peraltro è lo stesso Testo Unico Bancario (art. 117) che – dopo aver previsto a pena di nullità che i contratti siano redatti per iscritto – ne impone la consegna di un esemplare ai clienti, i quali hanno quindi diritto a riceverne copia sia al momento della sottoscrizione che successivamente, ove occorra, nel caso in cui abbiano smarrito il documento od in ultimo dichiarino di non averlo mai ricevuto e ne facciano richiesta di consegna.

Va sottolineato che l’art. 119, comma IV, TUB, limita il diritto del cliente all’ottenimento di copia di “*documentazione inerente singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni*” e tuttavia tale limite temporale può riguardare la richiesta di consegna di copia di estratti conto e scalari pertanto circoscritti al decennio antecedente la domanda stragiudiziale, non potendosi intendere quali “documenti inerenti operazioni contabili” i contratti, costituenti invece fonti di pattuizioni negoziali: tanto, però, non consente di escludere il diritto del cliente di ottenere, su richiesta, la consegna di copia dei contratti in corso di esecuzione, in nome del generale principio di buona fede *in executivis* gravante, ex artt. 1175-1375 c.c., su ogni contraente, e sostanziantesi in una fonte di integrazione del contenuto negoziale ai sensi dell’art. 1374 c.c., nel momento in cui impone a ciascun contraente, al di là di specifici obblighi pattizi e del dovere generale di *neminem laedere*, di tenere comportamenti idonei a preservare gli interessi della controparte, entro i limiti dell’apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio; si richiama, sul punto, Cass. n. 15669/07, secondo cui “*la pretesa del cliente alla consegna della documentazione bancaria è un diritto autonomo che, pur derivando dal contratto, è estraneo alle obbligazioni tipiche che ne costituiscono lo specifico contenuto. Esso nasce dall’obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, che è accessorio ad ogni prestazione dedotta in negozio e consente alla parte interessate di conseguire ogni utilità programmata, anche oltre quelle riferibili alle prestazioni convenute, comportando esso stesso una prestazione, cui ognuna delle parti è tenuta, in quanto imposta direttamente dalla legge in tema di esecuzione del contratto*” (nello stesso senso, Cass. n. 12093/01 e n. 1004/06).

Il diritto del cliente alla consegna di copia dei contratti da parte dell’istituto deve estendersi anche a fattispecie contrattuali la cui redazione risalga ad epoca anteriore alla normativa sulla trasparenza bancaria, vigendo comunque anche in relazione alla relativa esecuzione il dovere generale di buona fede ed, anzi, dovendosi ritenere maggiormente giustificabile il mancato possesso

della copia del contratto da parte del cliente proprio con riferimento alle stipule anteriori all'introduzione dell'obbligo normativo di consegna della copia da parte dell'istituto bancario.

La condotta tenuta della banca convenuta, pertanto, in ordine alla mancata consegna della documentazione contrattuale, deve ritenersi contraria al principio di buona fede contrattuale che governa la fase esecutiva del contratto.

L'attore ha quindi chiesto che fosse dichiarata la nullità del contratto per mancanza del requisito della forma scritta

Nei rapporti di conto corrente bancario, ove il correntista, agendo in giudizio per la ripetizione di quanto indebitamente trattenuto dalla banca, ometta di depositare tutti gli estratti conto periodici e non sia possibile accertare l'andamento del conto mediante altri strumenti rappresentativi delle movimentazioni (come le contabili bancarie riferite alle singole operazioni o le risultanze delle scritture contabili), va assunto, come dato di partenza per il ricalcolo, il saldo iniziale a debito, risultante dal primo estratto conto disponibile o da quelli intermedi dopo intervalli non coperti, che, nel quadro delle risultanze, è il dato più sfavorevole al cliente, sul quale si ripercuote tale incompletezza, in quanto gravato dall'onere della prova degli indebiti pagamenti. (Nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva rigettato integralmente la domanda del correntista, poiché non aveva prodotto la sequenza completa degli estratti conto, risultando mancanti alcuni intervalli temporali). (Cass., ord., n. 37800 del 27/12/2022, come pure n. 35979 del 07/12/2022 e 28-11-2018, n. 30822). La prima ordinanza citata chiarisce che l'estratto conto non costituisce l'unico mezzo di prova attraverso cui ricostruire le movimentazioni del rapporto; esso, infatti, consente di avere un appropriato riscontro dell'identità e della consistenza delle singole operazioni poste in atto e, tuttavia, in assenza di un indice normativo che autorizzi una diversa conclusione, non può escludersi che l'andamento del conto possa accertarsi avvalendosi di altri strumenti rappresentativi delle intercorse movimentazioni: *“in tal senso, a fronte della mancata acquisizione di una parte dei citati estratti, il giudice del merito potrebbe valorizzare, esemplificativamente, le contabili bancarie riferite alle singole operazioni o, a norma degli artt. 2709 e 2710 c.c., le risultanze delle scritture contabili (ma non l'estratto notarile delle stesse, da cui risulti il mero saldo del conto: Cass. 10 maggio 2007, n. 10692 e Cass. 25 novembre 2010, n. 23974): e, per far fronte alla necessità di elaborazione di tali dati, quello stesso giudice può avvalersi di un consulente d'ufficio, essendo sicuramente consentito svolgere un accertamento tecnico contabile al fine di rideterminare il saldo del conto in base a quanto comunque emergente dai documenti prodotti in giudizio (Cass. 1 giugno 2018, n. 14074, ove il richiamo a Cass. 15 marzo 2016, n. 5091; nel medesimo senso, Cass. 3 dicembre 2018, n. 31187; v. altresì Cass. 2 maggio 2019, n. 11543)”. Rilevano, altresì, la condotta processuale della controparte ed ogni altro elemento idoneo a costituire argomento di prova, ai sensi dell'art. 116 c.p.c.* Ne deriva che l'incompletezza della serie degli estratti conto si ripercuote comunque sul cliente, gravato dall'onere della prova degli indebiti pagamenti: in quanto, a quel punto, si comincia volta a volta dal “saldo a debito”, risultante dal primo estratto conto disponibile o da quelli intermedi dopo intervalli non coperti; oppure, ove lo deduca la stessa banca, si potrà partire dal c.d. “saldo zero”. In mancanza di elementi nei due sensi indicati, dovrà assumersi, come dato di partenza per la rielaborazione delle successive operazioni documentate, il predetto saldo iniziale degli estratti conto acquisiti al giudizio, che, nel quadro delle risultanze di causa, è il dato più sfavorevole allo stesso attore.

Si rammenta che, ai sensi del principio generale dell'onere della prova ex art. 2697 c.c., il correntista attore che agisce per la rideterminazione del saldo o la ripetizione dell'indebitato ha l'onere di produrre il contratto; tuttavia, in presenza di pacifica acquisizione circa la conclusione del contratto *verbis tantum* o per *facta concludentia*, in caso di contestazione della banca, non può gravarsi il correntista della prova negativa della documentazione dell'accordo, incombendo semmai alla banca convenuta di dare prova positiva circa l'esistenza del contratto in forma scritta se vuole

evitarne la pronunzia di nullità integrale ex art. 117 TUB. Difatti, senza contratto scritto richiesto dalla legge *ad substantiam*, non c'è diritto (della banca), perché la forma solenne è costitutiva del diritto stesso.

Tale principio trova applicazione anche in relazione alle singole clausole, in quanto, se è vero che anche nelle azioni di accertamento negativo l'onere della prova incombe sull'attore, tuttavia quanto ai fatti negativi (ad esempio di inesistenza di convenzione scritta di interessi ultralegali e di previsione contrattuale sufficientemente specifica di commissioni di massimo scoperto) trova applicazione il principio di vicinanza o inerenza della prova, che ribalta l'onere sul convenuto (vale un richiamo anche alla sentenza a Sezioni Unite, nella sentenza n. 13533 del 30/10/2001 sulla prova dell'inadempimento); sul punto, in particolare Cass., ord., n. 24051 del 26 settembre 2019.

Se la Cassazione inserisce la consegna al cliente del contratto monofirma quale elemento indefettibile perché sia integrata la forma *ad substantiam*, anche le Istruzioni di Vigilanza per le banche redatta dalla Banca d'Italia prescrivono le condizioni necessarie per la validità della consegna medesima. Nella Sezione "Contratti", al paragrafo due, "Forma dei contratti", si dice infatti che "i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare, comprensivo delle condizioni di contratto, è consegnato al cliente. La consegna è attestata mediante apposita sottoscrizione del cliente sull'esemplare del contratto conservato dalla banca. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo; la nullità può essere fatta valere solo dal cliente".

È opportuno richiamare, tuttavia, anche quella recente giurisprudenza di legittimità che ha messo in rilievo come in caso di azione di ripetizione dell'indebito gravi sull'attore la prova dell'inesistenza di una giusta causa dell'attribuzione patrimoniale compiuta in favore del convenuto (*ex multis*, 14428/21, 11294/20, 33009/19, 30822/18, 7501/12), ancorché si tratti di prova di un fatto negativo. Inoltre non è esatto che, ai fini della dimostrazione dell'indebito da pagamento di interessi anatocistici o a tasso ultralegale sia sufficiente dimostrare, come sostiene la ricorrente, l'avvenuto pagamento degli stessi (per provare il quale basta effettivamente la produzione degli estratti conto) essendo la legge a vietarne la corresponsione: vero è infatti, al contrario, che la legge, sia per gli uni che per gli altri, consente alle parti di concordarne il pagamento in particolari situazioni. E così, l'art. 1283 c.c., pur vietando in linea di principio che gli interessi scaduti producano a loro volta ulteriori interessi, lo consente tuttavia "per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza" e anche l'art. 120 TUB dà ampio spazio a convenzioni giustificative dell'anatocismo, analogamente, l'art. 1284 c.c. e l'art. 117 TUB consentono la pattuizione di interessi a tasso superiore a quello legale. Grava, conseguentemente, sull'attore in ripetizione di indebito anche la prova negativa, dell'inesistenza di tali accordi tra le parti. Tale giurisprudenza ha poi aggiunto che la produzione del contratto a base del rapporto bancario è a tal fine per un verso non indispensabile e per altro verso neppure sufficiente. Non è sufficiente perché, anche una volta che sia stato esibito il contratto, resta possibile che l'accordo sia stato stipulato con un atto diverso e successivo; non è - soprattutto - indispensabile perché anche altri mezzi di prova, quali le presunzioni unitamente agli argomenti di prova ricavabili dal comportamento processuale della controparte, ai sensi dell'art. 116 secondo comma c.p.c., nonché al limite il giuramento, possono valere allo scopo di dimostrare l'assenza dei fatti costitutivi del debito dell'attore.

Ebbene, tale orientamento interpretativo può essere ritenuto condivisibile laddove parte attrice avesse formulato solo una domanda di ripetizione dell'indebito e non, come nel caso di specie, in cui essa ha chiesto la declaratoria di nullità delle clausole contrattuali per assenza di forma scritta. Infatti, in tal caso, è la parte interessata ad evitare una declaratoria di nullità, ovvero la banca, ad essere onerata della prova dell'avvenuta sottoscrizione del contratto di conto corrente e della sua consegna al cliente, anche in versione monofirma.

Tanto è avvenuto nel caso di specie, in cui le parti hanno concordemente confermato l'avvenuta conclusione del contratto e tuttavia, a fronte della domanda di nullità formulata nella

memoria ex art. 182, comma VI, n. 1 c.p.c. da parte del _____, la banca nel verbale di udienza del 21 settembre 2010 si è limitata a riferire di non poter produrre copia dei contratti (e della restante documentazione bancaria) per essere subentrata in quei rapporti alla _____.

Ebbene, per un verso, si deve dare atto che parte convenuta non ha mai fornito prova dell'avvenuta cessione dei contratti da parte di altro istituto di credito e che, tuttavia, l'attore non ha mai contestato tale allegazione; per altro, tale circostanza in fatto, non esclude l'onere della banca di produrre la documentazione contrattuale, considerando che, all'atto del subentro, essa è tenuta a custodire e rendere disponibile al correntista tutta la documentazione relativa a quel rapporto.

Va rilevato che parte attrice non ha coltivato la sua domanda di nullità, come si può vincere dalle conclusioni rassegnate nell'ultima comparsa conclusionale, datata 13 giugno 2022, come pure nelle precedenti, di talché deve ritenersi abbandonata. E tuttavia, come è noto, quella derivata dall'assenza del requisito formale del contratto – la redazione per iscritto – deve ritenersi una nullità di protezione, con funzione di tutela del contraente debole e dunque di tipo selettivo, ossia eccezionale solo dall'attore in base ai principi della domanda e dell'interesse ad agire ex artt. 99 e 100 c.p.c., oppure rilevabile d'ufficio (cfr Cass., sez. un., nn. 26242 e 26243 del 2916, nonché n. 8395/2016 e, più di recente, ord. n. 22385/2019).

Per le ragioni sopra riferite, tale domanda merita di essere accolta.

Le conseguenze della nullità integrale dei contratti stipulati dalle parti sarebbero la non debenza di alcun interesse legale e non la loro determinazione al tasso legale. L'art. 117 TUB, infatti, impone la redazione per iscritto dei contratti, con la consegna di una copia ai clienti (comma I), con la previsione della nullità nel caso in cui tale requisito formale non sia stato rispettato. La sanzione della sostituzione del tasso applicato con quello legale (comma VII) è la conseguenza della mancata previsione contrattuale del "tasso d'interesse" e "di ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora" (comma IV) o della pattuizione del "rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati" (comma VI). Ebbene, nel caso di specie, sebbene la nullità del contratto avrebbe comportato il diritto del correntista alla ripetizione di tutte le somme corrisposte a titolo di interessi, tuttavia, in applicazione del principio della domanda (art. 99 c.c.), deve trovare accoglimento la domanda proposta dall'attore che, nella comparsa conclusionale, ha ribadito la sua domanda di accertamento del "corretto dare/avere fra le parti calcolato, per l'intera durata del rapporto, partendo dal saldo zero, applicando gli interessi legali...".

Per tale ragione, è stato chiesto al consulente nominato in corso di causa di applicare per l'intera durata del rapporto il tasso legale ai sensi dell'art. 1284 ultimo comma c.c., nonché di partire dal saldo zero, di escludere ogni addebito per spese, oneri, valuta fittizia, commissioni e remunerazioni comunque denominate; di escludere la capitalizzazione degli interessi nonché delle commissioni delle spese della valuta c.d. fittizia e senza alcuna applicazione dello jus variandi a sfavore del correntista; per il ricalcolo del saldo dei due conti oggetto di causa, si rinvia alle conclusioni rassegnate dall'ausiliario nella relazione peritale depositata il 30 marzo 2021 all'esito della remissione dalla causa sul ruolo del 16 novembre 2011.

Resta *sub iudice* la domanda di declaratoria di illegittimità degli addebiti operati dalla banca sulla base delle illegittime condizioni contrattuali che essa avrebbe applicato nel corso del rapporto, con la conseguente rideterminazione del dare-avere fra le parti e la domanda di ripetizione di quanto indebitamente versato dal correntista.

Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale *supra* richiamato, si deve ritenere che parte attrice abbia tempestivamente formulato la sua richiesta di documentazione contabile alla banca, come da lettere raccomandate in atti, relativa al decennio antecedente alle date delle tre domande

inviata con lettere raccomandate (nel 2006, nel 2008 e nel 2009). Tali tempestive richieste, consentono di ritenere che il correntista avesse il diritto di ottenere copia degli estratti conto dal 1996 in avanti.

Con riguardo al saldo da cui si è fatto partire il ricalcolo si deve ribadire che laddove, come nel caso di specie, il correntista agisca con un'azione di accertamento e condanna, equiparabile a quella di ripetizione, è sull'attore che grava l'onere di dimostrare, ai sensi dell'art. 2697, co. 1 cc, il fondamento della sua pretesa e, dunque, tra l'altro, che il saldo negativo eventualmente risultante dal primo estratto conto disponibile derivi da condizioni contrattuali e addebiti, rispettivamente, invalide ed illegittimamente applicate dalla banca.

In linea generale, spostare a carico della banca l'onere di conservare e produrre in giudizio anche oltre il limite di cui agli artt. 119, comma IV, lgs. 385/93 e 2220, co. 1 c.c. – tutti gli estratti conto dall'inizio di ogni rapporto, in vista della eventuale domanda di ripetizione di indebito che ciascun correntista potrebbe in ipotesi avanzare, significa sostanzialmente onerarla della conservazione della documentazione relativa all'intera durata – anche ultradecennale – di tutti i rapporti in corso, nonché di tutti quei rapporti dalla cui estinzione non sia ancora decorso il termine decennale – eventualmente anche interrotto o sospeso – di cui all'art. 2946 c.c.. Un onere che a parte della dottrina e della giurisprudenza è apparso eccessivo, nonostante il diffuso utilizzo di strumenti e metodi di archiviazione informatici.

E tuttavia, nel caso di specie, la banca non ha ottemperato all'obbligo di fornire la documentazione anche relativa al decennio precedente la richiesta del correntista, con la conseguenza che tale inadempimento non può essere posto a carico di parte attrice, la quale si deve ritenere abbia adempiuto ad ogni onere su di essa gravante per ottenere prova dell'inesistenza di una legittima *causa petendi* degli addebiti operati dalla banca. In tal caso deve quindi farsi applicazione del principio di vicinanza della prova, con la conseguenza che, in assenza di prova della conclusione per iscritto del contratto bancario e di consegna di una copia al correntista, non si può rimproverare a quest'ultimo di non avere conservato gli estratti conto ricevuti, assicurandosi così la prova di eventuali partite addebitate illegittimamente dalla banca.

Se quindi in linea generale, in difetto di prova circa la provenienza del primo saldo debitore da clausole ed addebiti illegittimi, il saldo iniziale da cui effettuare il ricalcolo dei rapporti dare-avere tra le parti deve coincidere con quello effettivamente risultante dal primo estratto conto prodotto in atti (*ex plurimis*, Cass. n. 9201/2015 e App. Milano 5 gennaio 2017), nel caso di specie, in cui il correntista, prima dell'instaurazione del giudizio ha chiesto invano alla banca copia degli estratti conto relativi al decennio precedente e la banca ha omesso di provare il rispetto della forma scritta del contratto *ad substantiam*, si deve ritenere che il riconteggio debba essere effettuato partendo dal saldo zero.

SULL'ECCEZIONE DI PRESCRIZIONE

Appare opportuno rammentare, infatti, che, alla luce della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2 comma 61 della legge n. 10 del 2011 di conversione del decreto mille proroghe è ormai recepito il principio secondo cui il termine di prescrizione decennale cui è soggetta l'azione di ripetizione dell'indebito nei rapporti di conto corrente bancario decorre, per i versamenti effettuati dal correntista in pendenza del rapporto con funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è estinto il saldo di chiusura del conto, mentre, per i versamenti effettuati su un conto in passivo o extra – fido, dalla data del singolo pagamento (Cassazione SS.UU. 2010 n. 24418).

Inoltre, in via preliminare, a proposito della distinzione tra pagamenti solutori e pagamenti ripristinatori, si rileva che il pagamento solutorio presuppone una rimessa su di un conto senza affidamento e che a quel tempo presentava uno scoperto, ovvero su conto con affidamento e che allora presentava uno sconfinamento ultrafido; in questo caso il *dies a quo* coincide appunto con il

pagamento. Negli altri casi, in cui la rimessa realizza più propriamente la causa del contratto di conto corrente, la prescrizione comincia a decorrere dalla successiva chiusura del conto. Ne consegue che la banca convenuta con azione di ripetizione deve nella stessa comparsa di costituzione e risposta individuare i fatti costitutivi dell'eccezione di prescrizione (ex artt. 2697, co. 2 c.c. e 167 c.p.c.), indicando pertanto gli eventuali pagamenti solutori, dimostrando l'assenza di affidamento o lo sconfinamento ultrafido ed individuando conseguentemente la rimessa che si configurerebbe come pagamento solutorio. Non appare convincente, pertanto, il diverso orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, ossia l'inerzia del titolare, senza che rilevi l'erronea individuazione del termine applicabile, ovvero del momento iniziale o finale di esso, trattandosi di questione di diritto sulla quale il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte (cfr., da ultimo, Cass. n. 15631 del 27/07/2016). Esso appare infatti contrario al disposto di cui all'art. 2697, comma II, c.c., che onera chi ha eccepito l'inefficacia dei fatti costitutivi del diritto rivendicato dall'attore o la sua modificazione ovvero la sua estinzione di provare "*i fatti su cui l'eccezione si fonda*", nei quali rientra senz'altro anche la circostanza che i versamenti di cui controparte chiede la ripetizione abbiano natura solutoria. Per provare tale circostanza, la banca si troverebbe nella posizione di dover fornire allegare l'inesistenza di un'apertura di credito ovvero fornire la prova positiva del suo sconfinamento, in particolare avendo l'attrice allegato l'esistenza di un fido di fatto.

Quanto alla prova dell'esistenza di un fido, la giurisprudenza di legittimità e di merito hanno ritenuto che il contratto di apertura di credito non richiede la forma scritta e può risultare anche da fatti concludenti (Cass. n. 85/2003; Cass. n. 3842/1996; Cass. n. 2752/1995), ovvero tramite l'allegazione di estratti conto, riassunti scalari, report di centrale rischi, (v. Cass. n. 2915/1992 e Cass. n. 3842/1996 - v. anche Corte di Appello di Torino n. 902 del 3.5.2013), nonché fornendo prove indirette rappresentate dalla dedotta stabilità, non occasionalità dell'esposizione a debito (pluriennale) dall'entità del saldo debitore dall'assenza di tracce sensibili di un rientro del cliente, dalla previsione di una commissione di massimo scoperto che notoriamente ha la funzione di retribuzione per la messa a disposizione del cliente di una somma di denaro, dalla mancanza di richiesta di rientro della banca o di iniziative di revoca, recesso, diffida, ovvero dall'omessa segnalazione a sofferenza alla centrale rischi del rapporto, dalla previsione ed applicazione di distinti tassi debitori (Trib. Pistoia n. 830 del 23.9.2015; Trib. Napoli n. 17/2014; Trib. Torino 11.3.2015; Tribunale di Milano Ord. 8/04/2015 R.G. 44847/2014; Tribunale Alessandria 21.2.2015 RG 340/2011).

Ebbene, richiamando le risposte fornite dal consulente alle osservazioni mosse alla consulenza dalla difesa di parte attrice, si deve considerare nel caso l'esistenza, nel caso di specie, di un fido di fatto in base a quanto riportato sul conto anticipi, e cioè 100 milioni di lire fino al primo trimestre 1999 incluso, 300 milioni di lire dal secondo al quarto trimestre 1999 inclusi, 150 milioni di lire per il primo trimestre dell'anno 2000, 200 milioni di lire fino a chiusura rapporto (30/06/2001). Il principio sopra richiamato a proposito della data dalla quale fare decorrere il termine decennale di prescrizione può trovare applicazione non solo alla ripetizione di addebiti di interessi anatocistici ma anche alla ripetizione degli addebiti a titolo di commissioni di massimo scoperto (e per analogia ad altre voci indebitamente versate alla banca). Il consulente ha riconosciuto che, essendo stati addebitati gli interessi alla fine del rapporto e non in corso, la distinzione fra rimesse solutorie e ripristinatorie apparirebbe in effetti superflua; tuttavia, dopo aver ricontrollato i risultati dell'elaborato, ha confermato che la distinzione effettuata fra rimesse solutorie e ripristinatorie del conto anticipi, effettuata sulla base dell'importo del fido rinvenuto sugli e/c del conto anticipi, è corretta, avendo indicato come solutorie le rimesse che sono servite a coprire l'extra-fido e ripristinatorie quelle entro-fido.

La giurisprudenza più autorevole è giunta da tempo alla conclusione della natura meramente negoziale dell'uso di capitalizzazione degli interessi debitori, inidoneo come tale a derogare alla norma imperativa di cui all'art. 1283 c.c. (si veda, *ex plurimis*, Casa. 21095/2004).

Orbene, applicati nel caso di specie gli interessi al tasso legale ex art. 1284 c.c., deve escludersi ogni capitalizzazione degli stessi, in assenza di alcuna pattuizione scritta sul punto.

In relazione all'anatocismo, infatti, appare opportuno muovere dal disposto di cui all'art. 1283 c.c., che pone un espresso divieto stabilendo che *"in mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi"*.

Si rammenta come con le due celebri sentenze del 1999 (Cass. n. 3096/99; Cass. n. 2374/99), la Suprema Corte ha negato il carattere normativo degli usi bancari, riconoscendone la natura puramente negoziale. Nello stesso anno, il legislatore, modificando il Testo Unico Bancario, ha introdotto criteri di calcolo periodico degli interessi sugli interessi e, attraverso una sanatoria, ha salvato le clausole trimestrali che prevedono la capitalizzazione degli interessi bancari. La Corte Costituzionale però, con sentenza del 17 ottobre 2000, n. 425, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 25 comma 3, d.lgs. n. 342/99 che ha introdotto la sanatoria delle clausole anatocistiche dei contratti bancari stipulati anteriormente al 22 aprile 2000. Per quelli stipulati posteriormente, invece, vale richiamare quanto disposto dalla delibera Cnr del 9 febbraio 2000 (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio) legittimato alla regolamentazione della materia in forza dall'art. 120 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 – Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, così come modificato dall'art. 25 del decreto legislativo 4 agosto 1999 n. 342), che, all'art. 2, ha previsto che *"...Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità"* e che *"Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori"*.

Dunque con tale delibera è stata riconosciuta agli istituti di credito la possibilità di capitalizzare gli interessi con cadenza anche infrannuale nell'ambito dei rapporti di conto corrente, ma ciò a condizione che venisse stabilita una pari periodicità per gli interessi a debito e a credito; la delibera impone altresì una trasparenza contrattuale, prevedendo all'art. 6 che *"i contratti relativi alle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito stipulati dopo l'entrata in vigore della presente delibera indicano la periodicità di capitalizzazione degli interessi e il tasso di interesse applicato. Nei casi in cui è prevista una capitalizzazione infrannuale viene inoltre indicato il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione. Le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto"*.

La giurisprudenza di legittimità è poi nuovamente intervenuta con la sentenza n. 21095 del 4 novembre 2004, in cui le Sezioni Unite hanno confermato la nullità delle clausole anatocistiche stipulate prima del d. lgs. n. 342/99, perché non rispondenti ad alcuna norma, ma a un mero uso negoziale delle banche; con la successiva sentenza n. 24418 del 2 dicembre 2010, si è dunque riconosciuto ai correntisti il diritto di chiedere il rimborso delle somme addebitate illegittimamente sul conto corrente e derivanti dalla capitalizzazione trimestrale degli interessi.

E' dunque intervenuto il d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 (convertito con legge 26.2.2011 n. 10) che, in contrasto con quanto affermato dalla Suprema Corte ha reintrodotto una norma d'interpretazione autentica dell'art. 2935 c.c. stabilendo che la prescrizione dei diritti nascenti dalle annotazioni in conto inizia a decorrere dal giorno stesso dell'annotazione, nonché il vecchio regime dell'anatocismo bancario stabilendo che *"non si fa luogo alla restituzione degli importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del (presente) decreto"*. La disposizione è stata tuttavia dichiarata incostituzionale con la sentenza del giudice delle leggi del 5 aprile 2012 n.

78, perché facendo retroagire la disciplina in essa prevista, non risultava rispettosa dei principi generali di uguaglianza (art. 3 Cost) e di ragionevolezza.

La legge di stabilità n. 147/2013 ha poi conferito al C.I.C.R. il compito di stabilire le modalità di produzione degli interessi bancari; con D.M. n. 243 del 3/08/2016 l'art. 120 del Testo Unico Bancario è stato modificato ed è stato affidato al Comitato il compito di disciplinare la produzione degli interessi bancari e tutti gli aspetti ad essi correlati. Il D.M. ha inoltre stabilito il divieto di capitalizzazione degli interessi, a eccezione di quelli moratori nel rispetto degli artt. 1284 c.c., 1234 c.c. e 1194 c.c. La delibera del CICR del 3 agosto 2016 ha dunque stabilito: che nei rapporti di conto corrente o conto pagamento, gli interessi devono essere conteggiati al 31 dicembre di ogni anno, mentre per i rapporti stipulati nel corso dell'anno al 31 dicembre dell'anno successivo; che gli interessi debitori sono esigibili il primo giorno di marzo dell'anno successivo a quello di maturazione; che, nel momento in cui gli interessi sono esigibili, il correntista può chiedere l'addebito sul conto e in questo caso si andranno a sommare al capitale; che se invece il debitore non vuole pagare gli interessi e non accetta l'addebito, la banca può chiedere gli interessi di mora proponendo domanda giudiziale, oppure, secondo altra interpretazione, gli interessi di mora scattano in automatico a causa dell'inadempimento del debitore. All'art. 117 della delibera è poi prevista la nullità dei contratti non redatti nella forma scritta o in altra forma prevista dal C.I.C.R.

Con la recente sentenza Cass. 16/10/2017 n. 24293 nel riaffermare che gli usi bancari non hanno valore normativo, si è affermato che la disciplina applicabile sarà quella legale, sicché in difetto di successiva diversa pattuizione posteriore alla scadenza degli interessi, questi ultimi possono produrre a loro volta interessi soltanto dalla data della domanda giudiziale. Pertanto, se il cliente correntista lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente e negoziato dalle parti in data anteriore al 22 aprile 2000, il giudice, dichiarata la nullità della predetta clausola, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c., deve calcolare gli interessi a debito del correntista senza operare alcuna capitalizzazione (Corte Cass. S.U., Sentenza n. 24418 del 02/12/2010; Sez. 3, Sentenza n. 6550 del 14/03/2013; Sez. 1, Sentenza n. 17150 del 17/08/2016).

In relazione alla commissione di massimo scoperto, giova rilevare che questa rappresenta il corrispettivo pagato dal correntista per compensare l'onere sostenuto dall'istituto bancario nel garantire al cliente la disponibilità di determinate somme di danaro in caso di conto scoperto. Le commissioni di massimo scoperto non rappresentano una componente degli interessi o una modalità di calcolo degli stessi, costituendo piuttosto una controprestazione effettuata dal cliente in favore della banca a fronte dell'impegno assunto da quest'ultima di garantire la disponibilità economica richiesta. Rappresentando una componente dovuta dal cliente alla banca, è necessario che anche per tale voce sia espressamente pattuita l'entità della misura con cui deve essere calcolata.

Dalla documentazione acquisita si rileva come nessuna pattuizione si intervenuta fra le parti circa la previsione di una commissione di massimo scoperto, come pure delle spese di tenuta conto, che quindi non possono essere addebitate al correntista.

Le conclusioni rassegnate dal c.t.u., in via conclusiva, meritano pertanto di essere accolte.

Si accerta e dichiara, pertanto, che il conto corrente ordinario reca un saldo a favore del correntista di 31.398,00 euro ed il conto anticipi uno di 14.634,00 euro, con una differenza fra gli interessi sul conto corrente ordinario calcolati dalla banca e quelli ricalcolati di 17.052,00 euro sul primo rapporto e di 2.050,00 euro sul secondo. Riguardo all'analisi delle rimesse, sul conto ordinario non risultano rimesse solutorie, mentre sul conto anticipi risultano rimesse solutorie per totali 721.863,00 euro di cui lire 229.450,00 lire risultano prescritte per decorrenza decennale al 10 marzo 1996.

