

Civile Sent. Sez. 1 Num. 5610 Anno 2020

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: SCOTTI UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE

Data pubblicazione: 28/02/2020

SENTENZA

sul ricorso 16034/2016 proposto da:

Carnevali Roberto, Carnevali Simona, Volteggianti Edda quali eredi di Carnevali Angelo, elettivamente domiciliati in Roma Corso Trieste 87 presso lo studio dell'avvocato Arturo Antonucci che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato Roberto Vassalle, in forza di procura speciale in calce al ricorso,

-ricorrenti -

contro

Banca Monte Paschi Siena s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma Largo Somalia 67 presso lo studio dell'avvocato Rita Gradara e rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Sarzi Sartori, in forza di procura speciale in calce al controricorso,

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 430/2016 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 11/05/2016;

5161
2019

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 13/12/2019 dal Consigliere UMBERTO LUIGI CESARE GIUSEPPE SCOTTI

uditi gli Avvocati ARTURO ANTONUCCI e RITA GRADARA per delega orale dell'Avvocato STEFANO SARZI SARTORI

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale LUCIO CAPASSO che ha concluso per il rigetto del ricorso

FATTI DI CAUSA

1. Con atto di citazione notificato il 27/4/2006 Angelo Carnevali ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Mantova la Banca Agricola Mantovana s.p.a., poi Monte dei Paschi di Siena s.p.a., chiedendone la condanna alla restituzione delle somme indebitamente percepite applicando interessi debitori ultra-legali la cui misura non era stata pattuita per iscritto, la capitalizzazione trimestrale e la commissione di massimo scoperto non pattuita.

Si è costituita in giudizio la Banca convenuta, chiedendo il rigetto della domanda ed eccependo la decadenza per mancata contestazione degli estratti conto, l'irripetibilità del pagamento degli interessi in misura ultra-legali, quali obbligazioni naturali, la prescrizione decennale,

Il Tribunale di Mantova, con sentenza del 4/12/2008, ritenuta l'operatività della prescrizione nei limiti del decennio, calcolato a ritroso dalla notifica dell'atto di citazione, ha accolto la domanda con riferimento agli interessi ultra-legali e all'anatocismo, escludendo la pattuizione della commissione di massimo scoperto, e ha condannato la Banca convenuta a pagare al Carnevali la somma di € 16.027,47, oltre interessi e spese.

2. Avverso la predetta sentenza di primo grado ha proposto appello Angelo Carnevali, a cui ha resistito la Banca appellata, proponendo appello incidentale.

La Corte di appello di Brescia, esperita preliminarmente consulenza tecnica d'ufficio, con sentenza del 11/5/2016, ha rigettato l'appello proposto dal Carnevali e l'appello incidentale proposto dalla Banca, rideterminando tuttavia l'importo dell'indebitato in € 18.322,70, a spese compensate.

3. Avverso la predetta sentenza dell'11/5/2016, notificata in data 13/5/2016, hanno proposto ricorso per cassazione gli eredi di Angelo Carnevali, nel frattempo deceduto, ossia la moglie Edda Volteggianti e i figli Roberto Carnevali e Simona Carnevali, con atto notificato il 23/6/2016, svolgendo due motivi.

Con atto notificato il 31/8/2016 ha proposto controricorso la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., chiedendo il rigetto dell'avversaria impugnazione.

Entrambe le parti hanno depositato memoria illustrativa.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.3, cod.proc.civ., i ricorrenti denunciano violazione o falsa applicazione di legge in relazione all'art.2697, comma 2, cod.civ. e all'eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca.

1.1. La Corte territoriale, secondo i ricorrenti, aveva invertito la regola dell'onere probatorio quanto agli elementi costitutivi dell'eccezione di prescrizione proposta dalla Banca; non era l'attore a dover provare che il proprio credito non era prescritto, e quindi a dover provare l'apertura di credito e la natura «ripristinatoria» dei versamenti eseguiti sul conto, ed era invece la Banca a dover provare la fondatezza della propria eccezione.

Occorreva invece considerare che il rapporto di conto corrente era stato instaurato nel 1990, quando i contratti bancari non necessitavano di forma scritta e potevano essere conclusi anche verbalmente o per fatti concludenti; inoltre, pur se il conto versava



costantemente in passivo, la Banca non aveva mai intimato il rientro o assunto altre iniziative di revoca, recesso, diffida, segnalazione a sofferenza.

1.2. L'esame del motivo deve prendere le mosse dai principi espressi dalla sentenza n. 24418 del 2/12/2010 delle Sezioni Unite.

Con questa pronuncia le Sezioni Unite hanno affermato che qualora, dopo la cessazione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisca per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale, a cui tale azione di ripetizione è soggetta, decorre, ove i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto in cui sono stati registrati gli interessi non dovuti, perché il contratto di conto corrente bancario collega le varie operazioni sostituendo ai pagamenti e alle riscossioni, gli accreditamenti e gli addebitamenti sul conto, attraverso una registrazione contabile continuativa delle diverse operazioni, non attraverso una compensazione, in senso tecnico, come modalità di estinzione delle obbligazioni né attraverso pagamenti in senso tecnico.

Secondo i ricorrenti, non competeva a loro dimostrare l'esistenza di un contratto di apertura di credito e la natura ripristinatoria delle rimesse e al contrario l'onere probatorio spettava alla Banca di provare i presupposti della sua eccezione di prescrizione, e così, sviluppando logicamente l'argomentazione, l'inesistenza di una apertura di credito e la natura solutoria delle rimesse.

Anche prescindendo dal rilievo circa l'accollo della prova di un fatto negativo così propugnato dai ricorrenti, occorre rammentare che la sentenza n. 24418 del 2.12.2010 delle Sezioni Unite aveva precisato che per il sorgere del diritto alla ripetizione di un



pagamento indebitamente eseguito il pagamento deve esistere, con l'esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto (il *solvens*) con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (*l'accipiens*), ed essere ben individuabile; che non può ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico definibile come pagamento, che l'attore affermi indebito; che tale situazione non muta quando la natura indebita sia la conseguenza dell'accertata nullità del negozio giuridico in esecuzione del quale il pagamento è stato effettuato, poiché sono diverse la domanda volta alla declaratoria di nullità di un atto, che non si prescrive affatto, e quella volta ad ottenere la condanna alla restituzione di ciò che si è pagato, soggetta a prescrizione in dieci anni; che in base al disposto degli artt. 1842 e 1843 cod.civ., l'apertura di credito si attua mediante la messa a disposizione, da parte della banca, di una somma di denaro che il cliente può utilizzare anche in più riprese e della quale, per l'intera durata del rapporto, può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità, eseguendo versamenti che gli consentiranno poi eventuali ulteriori prelevamenti entro il limite complessivo del credito accordatogli; che i versamenti effettuati dal correntista durante lo svolgimento del rapporto possono esser considerati pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove indebiti), quando abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca, e cioè quando siano stati eseguiti su un conto in passivo (o scoperto) cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento; che per converso, quando il passivo non ha superato il limite dell'affidamento concesso, i versamenti in conto fungono unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere, rispetto ai quali la prescrizione decennale decorre non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati,



ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

1.3. In seguito alla citata sentenza i problemi interpretativi si erano concentrati sulla modalità di formulazione dell'eccezione di prescrizione da parte della banca, convenuta in ripetizione.

Posto che, secondo la sentenza n. 24418 del 2010, la prescrizione del diritto alla restituzione ha decorrenza diversa a seconda del tipo di versamento effettuato - solutorio o ripristinatorio - si era, infatti, posta la questione se, nel formulare l'eccezione di prescrizione, la banca dovesse necessariamente indicare il termine iniziale del decorso della prescrizione, e cioè l'esistenza di singoli versamenti solutori, a partire dai quali l'inerzia del titolare del diritto poteva venire in rilievo (n. 4518 del 2014, n. 20933 e 28819 del 2017; n. 17998 n. 18479 e n. 33320 del 2018), o se potesse limitarsi ad opporre tale inerzia, spettando poi al giudice verificarne effettività e durata, in base alla norma in concreto applicabile (n. 2308 n. 18581 del 2017; n. 4372, n. 5571, n. 18144 e n. 30885 del 2018, n. 2660 del 2019).

1.4. Il contrasto giurisprudenziale delineatosi fra le opposte tesi è stato recentemente risolto dalla predetta sentenza n. 15895 del 13/06/2019 delle Sezioni Unite (Rv. 654580 - 01), affermando, con arresto condiviso dal Collegio e al quale occorre prestar continuità, che in tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte.

La questione posta all'esame delle Sezioni Unite si incentrava sulla delimitazione dell'onere di allegazione gravante sull'istituto di



credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate, nel corso del rapporto di conto corrente che sia assistito da un'apertura di credito.

Secondo le Sezioni Unite, l'onere di allegazione del convenuto va distinto a seconda che si sia in presenza di eccezioni in senso stretto, o eccezioni in senso lato: nel primo caso, i fatti estintivi, modificativi o impeditivi, possono esser introdotti nel processo solo dalla parte, mentre nel secondo sussiste il potere-dovere di rilievo da parte dell'ufficio; pur nella loro indiscutibile connessione, l'onere di allegazione è concettualmente distinto dall'onere della prova, attenendo il primo alla delimitazione del *thema decidendum* mentre il secondo, attenendo alla verifica della fondatezza della domanda o dell'eccezione, costituisce per il giudice regola di definizione del processo; l'aver assolto all'onere di allegazione non significa avere proposto una domanda o un'eccezione fondata, in quanto l'allegazione deve, poi, esser provata dalla parte cui, per legge, incombe il relativo onere, e le risultanze probatorie devono, infine, esser valutate, in fatto e in diritto, dal giudice.

Nello specifico tema della prescrizione estintiva, come già affermato dalle Sezioni Unite, con la sentenza n. 10955 del 2002, il relativo elemento costitutivo è rappresentato dall'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio, mentre la determinazione della durata di detta inerzia, necessaria per il verificarsi dell'effetto estintivo, si configura come una *quaestio iuris* concernente l'identificazione del diritto e del regime prescrizionale per esso previsto dalla legge la riserva alla parte del potere di sollevare l'eccezione - in senso stretto - implica che ad essa sia fatto onere soltanto di allegare il menzionato elemento costitutivo e di manifestare la volontà di profittare di quell'effetto, e non anche di indicare direttamente o indirettamente (cioè attraverso specifica menzione della durata dell'inerzia) le norme applicabili al caso di specie, l'identificazione delle quali spetta al giudice, che potrà



applicare una norma di previsione di un termine diverso; l'identificazione della fattispecie estintiva cui corrisponde l'eccezione di prescrizione, va correttamente compiuta alla stregua del fatto principale e che tale fatto va individuato nell'inerzia del titolare, mentre il tempo è configurato soltanto come la dimensione del fatto principale, una circostanza ad esso inerente, che non ha valore costitutivo di un corrispondente tipo di prescrizione; non esistono tanti tipi di prescrizione in relazione al tempo del suo maturarsi, e correlativamente, con l'indicazione di un termine o di un altro non si formula una nuova eccezione.

In linea con i principi in tema di onere di allegazione, in generale, e di onere di allegazione riferito alla specifica eccezione di prescrizione, non è necessaria l'indicazione, da parte della banca, del *dies a quo* del decorso della prescrizione; l'elemento qualificante dell'eccezione di prescrizione è l'allegazione dell'inerzia del titolare del diritto, che costituisce, appunto, il fatto principale, al quale la legge riconnette l'invocato effetto estintivo; richiedere al convenuto, ai fini della valutazione di ammissibilità dell'eccezione, che tale inerzia sia particolarmente connotata in riferimento al suo termine iniziale della stessa (individuando e specificando diverse rimesse solutorie) comporterebbe l'introduzione indiretta di una nuova tipizzazione delle diverse forme di prescrizione; il problema della specifica indicazione delle rimesse solutorie non viene eliminato, ma semplicemente si sposta dal piano delle allegazioni a quello della prova, sicché il giudice deve valutare la fondatezza delle contrapposte tesi al lume del riparto dell'onere probatorio.

1.5. Tanto premesso, non era la Banca a dover provare il fatto negativo della inesistenza di apertura di credito, o la natura solutoria delle rimesse, che invece scaturiva automaticamente dall'assenza di prova di un rapporto di affidamento in conto corrente; per converso le era sufficiente eccepire il decorso del tempo e far valere la prescrizione dall'annotazione delle singole rimesse.



1.6. I ricorrenti, con la seconda parte del motivo, sostengono che ai fini della prova della stipulazione di un contratto bancario di apertura di credito risalente al 1990 non era necessaria la forma scritta.

Effettivamente l'obbligo della forma scritta per i contratti relativi alle operazioni ed ai servizi bancari è stato imposto dall'art.3 della legge n. 154 del 1992 (recante norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari), disposizione che ha acquistato efficacia, in virtù di quanto stabilito dall'art. 11, comma 4, della stessa legge centoventi giorni dopo l'entrata in vigore della legge medesima (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 24/2/1992).

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992, il contratto di apertura di credito veniva considerato un contratto a forma libera, suscettibile di conclusione anche per fatti concludenti (Sez.1 24/6/2008 n.17090; nonché n. 2915 del 1992 e n. 3842 del 1996).

1.7. La censura è infondata innanzitutto perché i ricorrenti non contrastano l'affermazione della Corte di appello (pag.10 della sentenza impugnata) che ha escluso che con l'atto di appello, con cui si era limitato ad affermare l'esistenza di una «apertura di credito rotativa», il loro dante causa, l'originario attore e appellante Angelo Carnevali, avesse tempestivamente dedotto gli elementi sulla base dei quali era stata solo successivamente argomentata criticamente negli scritti conclusionali l'esistenza dell'affidamento in conto corrente.

In secondo luogo, la Corte territoriale si è basata sulle indagini del Consulente tecnico d'ufficio che aveva escluso di aver rinvenuto tracce del predetto contratto.

In terzo luogo, la Corte bresciana ha esaminato e singolarmente valutato tutti gli elementi (indiziari) addotti da parte ricorrente a sostegno della asserita stipulazione *per facta concludentia*, escludendone la concludente valenza probatoria con



giudizio di merito e accertamento del fatto non sindacabile e in realtà neppure sindacato in questa sede di legittimità.

2. Con il secondo motivo di ricorso, proposto ex art.360, n.4, cod.proc.civ., i ricorrenti denunciano violazione degli artt.111 Cost. e 101 cod.proc.civ. e dei principi del giusto processo, nonché degli artt.61,101,191 cod.proc.civ., nonché vizio di ultra-petizione e violazione degli artt.112 e 342 cod.proc.civ., con conseguente nullità della sentenza anche in relazione all'art.132 n.4, cod.proc.civ.

2.1. Secondo i ricorrenti, la Corte di appello aveva violato il principio del contraddittorio perché le questioni relative all'esistenza dell'apertura di credito, al massimale di tale apertura e in definitiva della natura dei versamenti in conto corrente erano state proposte dal Giudice, e non dalla Banca, solo in grado di appello, quando ormai si erano verificate le preclusioni istruttorie e l'attore non era più in grado di difendersi.

Per altro verso, la consulenza tecnica disposta aveva finalità esplorative volte a surrogare la controparte dai propri oneri probatori.

2.2. I ricorrenti non affrontano e non confutano la esplicita motivazione sul punto offerta dalla Corte territoriale, peraltro ineccepibile, che a pagina 9, ha efficacemente chiarito che non si era verificata alcuna violazione del principio del contraddittorio e nessuna missione esplorativa poteva essere rimproverata alla disposizione della consulenza tecnica, che, lungi dal favorire la Banca nell'adempimento dei suoi oneri probatori, aveva mirato semmai a ricercare, peraltro senza successo, elementi a favore della tesi attorea dell'esistenza di un rapporto di affidamento in atto sul conto corrente; tema questo ben noto, in quanto allegato dalla stessa parte attrice appellante, seppur prospettato in modo estremamente generico.

2.3. I ricorrenti aggiungono che la sentenza, accogliendo l'eccezione di prescrizione sulla base di elementi costitutivi non



dedotti dalla parte interessata, aveva violato l'art.112 cod.proc.civ. incorrendo in vizio di extra-petizione.

E' sufficiente richiamare al proposito quanto già esposto nel § 1.4. in ordine alla sentenza n. 15895 del 13/06/2019 delle Sezioni unite per escludere la ventilata violazione del principio di corrispondenza e pronunciato, avendo la Banca puntualmente eccepito quanto era a suo carico, ossia il decorso del decennio dalle singole rimesse.

3. Il ricorso deve pertanto essere rigettato; le spese seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte

rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese in favore della controricorrente, liquidate nella somma di € 4.000,00 per compensi, € 200,00 per esposti, 15% rimborso spese generali, oltre accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis*, dello stesso articolo 13, ove dovuto.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Prima Sezione civile il 13 dicembre 2019