

Civile Ord. Sez. 1 Num. 31650 Anno 2019

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: VALITUTTI ANTONIO

Data pubblicazione: 04/12/2019

sul ricorso 27168/2015 proposto da:

Lo Mundo Yvelise Clara, elettivamente domiciliata in Roma, P.zza S. Andrea Della Valie 3, presso lo studio dell'avvocato Mellaro Massimo, rappresentata e difesa dall'avvocato Saitta Giuseppe, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

contro

Intesa Sanpaolo Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Viale Di Villa Grazioli 15, presso lo studio dell'avvocato Gargani Benedetto, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato Staiti Roberto, giusta procura in calce al controricorso;

i

ord.  
2760  
2019

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 430/2013 del TRIBUNALE di MESSINA, depositata il 28/02/2013;

avverso l'ordinanza della Corte d'Appello di Messina del 15/10/2015; udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/06/2019 da VALITUTTI ANTONIO

#### **FATTI DI CAUSA**

1. Con atto di citazione notificato il 17 ottobre 2005, Yvelise Clara Lo Mundo conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Messina, la Banca Intesa, chiedendo accertarsi la nullità della clausola di corresponsione degli interessi in misura ultralegale e della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, e condannarsi la convenuta alla restituzione degli importi indebitamente pagati. Con sentenza n. 430/2013, il Tribunale adito rigettava la domanda, compensando le spese del giudizio.

2. Con ordinanza depositata il 15 ottobre 2015, la Corte d'appello di Messina dichiarava inammissibile l'appello, ai sensi dell'art. 348 bis cod. proc. civ., non avendo il gravame una ragionevole probabilità di essere accolto.

3. Per la cassazione della pronuncia di primo grado ha, quindi, proposto ricorso, ai sensi dell'art. 348 ter, terzo comma, cod. proc. civ., Yvelise Clara Lo Mundo nei confronti di Intesa San Paolo s.p.a. affidato a sei motivi. La resistente ha replicato con controricorso.

4. Le parti hanno depositato memorie ex art. 380 bis. 1. cod. proc. civ..

#### **Ragioni della decisione**

1. Con il primo e secondo motivo di ricorso, Yvelise Clara Lo Mundo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2697



cod. civ., 61, 62, 194 e 210 cod. proc. civ. e 119 del d.lgs. n. 385 del 1993, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 cod. proc. civ.

1.1. Si duole la ricorrente del fatto che il Tribunale abbia ritenuto non provate le domande di nullità degli interessi extralegali ed anatocistici e di restituzione delle somme indebitamente pagate, senza, tuttavia, dare corso all'ordine di esibizione richiesto, ex artt. 210 cod. proc. civ. e 119 del d.lgs. n. 385 del 1993, e senza disporre la chiesta c.t.u., sebbene fosse stato comunque acquisito agli atti il contratto dell'8 agosto 1984, in quanto prodotto da entrambe le parti, e fosse stata prodotta dall'istante la missiva dell'1 aprile 2005, con la quale la medesima chiedeva espressamente alla banca gli estratti conto relativi agli anni dal 1996 al 1999 e l'estratto conto al 2003.

1.2. Le censure sono fondate.

1.2.1. Per quanto concerne l'ordine di esibizione, va osservato, invero, che l'assunto del Tribunale – secondo cui tale mezzo istruttorio sarebbe, nella specie, precluso, per non avere la correntista dimostrato di essersi attivata stragiudizialmente per ottenere gli estratti conto, ai sensi dell'art. 119, comma 4, del d.lgs. n. 385 del 1993, se del caso anche in via cautelare ex art. 700 cod. proc. civ. – è erroneo e va disatteso.

Deve osservarsi, al riguardo, che l'art. 119, comma 4, d.lgs. n. 385 del 1993 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), come sostituito dall'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 342 del 1999, che riconosce al cliente della banca, al suo successore a qualunque titolo e a colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni il diritto di ottenere copia della documentazione relativa a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, va interpretato, alla luce del principio di buona fede nell'esecuzione del

contratto (art. 1375 cod. civ.), nel senso che esso attribuisce ai suddetti soggetti il «diritto» – ossia una posizione sostanziale finale – di ottenere la documentazione inerente a tutte le operazioni del periodo a cui il richiedente sia in concreto interessato, nel rispetto del limite di tempo decennale fissato dalla norma. A tal fine, non è necessario che il richiedente indichi specificamente gli estremi del rapporto a cui si riferisce la documentazione richiesta in copia, essendo sufficiente che l'interessato fornisca alla banca gli elementi minimi indispensabili per consentirle l'individuazione dei documenti richiesti, quali, ad esempio, i dati concernenti il soggetto titolare del rapporto, il tipo di rapporto a cui è correlata la richiesta e il periodo di tempo entro il quale le operazioni da documentare si sono svolte (Cass., 28/05/2018, n. 13277; Cass., 12/05/2006, n. 11004).

1.2.2. In forza di tali affermazioni di principio, si è, di poi, consolidato un indirizzo volto a superare, *in subiecta materia*, l'orientamento adottato, sul piano generale, da questa Corte con riferimento all'ordine di esibizione ex art. 210 cod. proc. civ.

Si è affermato, infatti, che 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, anche in sede giudiziaria e attraverso qualunque mezzo si mostri idoneo allo scopo, compreso l'ordine di esibizione, 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. Si è – per vero – osservato, al riguardo, che, con la citata norma di cui all'art. 119 del testo unico bancario, la legge dà vita a una facoltà che non è soggetta a restrizioni e con la quale «viene a confrontarsi un dovere di protezione in capo all'intermediario, per l'appunto consistente nel fornire degli idonei supporti documentali

alla propria clientela, che questo supporto venga a richiedere e ad articolare in modo specifico. Un dovere di protezione idoneo a durare, d'altro canto, pure oltre l'intera durata del rapporto, nei limite dei dieci anni a seguire dal compimento delle operazioni interessate». Ne discende che non può condividersi il diverso convincimento – ancora molto diffuso nella giurisprudenza di merito – secondo cui l'esercizio di questo potere deve intendersi limitato alla sola fase anteriore alla instaurazione del giudizio, eventualmente intentato dal correntista nei confronti della banca presso la quale è stato intrattenuto il conto. E' del tutto evidente, infatti, che un simile costrutto è in netto contrasto con il tenore del testo di legge, che peraltro si manifesta inequivoco nel senso di riconoscere al correntista un diritto pieno ed incondizionato, senza limitazioni di sorta, fatto salvo il limite dei dieci anni e l'obbligo di pagare le relative spese di produzione.

Non può, pertanto, 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 (Cass., 11/05/2017, n. 11554; conf. Cass., 15/09/2017, n. 21472; Cass., 28/05/2018, n. 13277; Cass., 08/02/2019, n. 3875).

1.2.3. Da tali affermazioni di principio consegue, con riferimento al caso concreto, la palese erroneità dell'assunto del Tribunale, laddove ha affermato (p. 5) che la correntista «avrebbe dovuto previamente acquisire in via stragiudiziale o anche in via cautelare» gli estratti conto relativi al rapporto in contestazione, essendo, per contro, nel diritto della parte – che peraltro aveva, altresì, documentato di avere richiesto inutilmente tali documenti alla banca – richiedere un ordine di esibizione degli stessi nel corso del giudizio.

1.2.4. Quanto alla richiesta di c.t.u., va osservato che è bensì vero che in materia di conto corrente bancario il cliente, il quale agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebitato, è tenuto a fornire la prova dei movimenti del conto. E tuttavia, qualora limiti l'adempimento ad alcuni aspetti temporali dell'intero andamento del rapporto – anche a seguito dell'acquisizione ex art. 210 cod. proc. di almeno parte degli estratti conto – il giudice può integrare la prova carente, sulla base delle deduzioni svolte dalla parte, anche con altri mezzi di cognizione disposti d'ufficio, in particolare disponendo una consulenza contabile (Cass., 03/12/2018, n. 31187).

D'altro canto, la consulenza tecnica di ufficio, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito. Questi può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (Cass., 08/02/2019, n. 3217; Cass., 13/03/2009, n. 6155).

1.2.4. Nel caso di specie, tenuto conto delle allegazioni della correntista, fondate sul contratto acquisito agli atti e sulle condizioni generali allegate – trascritti nei punti essenziali nel ricorso – dai quali era agevole desumere il tasso di interesse praticato, la capitalizzazione pattuita, la cadenza convenzionale, la modifica periodica del tasso di interesse convenuta, e tutti gli altri elementi del rapporto desumibili da tali atti – elementi, per contro, del tutto

trascurati dal giudice di merito, che non ha speso una sola parola al riguardo – la domanda di c.t.u. avrebbe dovuto essere accolta, unitamente a quella di esibizione summenzionata.

Per effetto dell'omessa considerazione di tali fatti, peraltro in massima parte desumibili già dalla documentazione allegata in atti, e del mancato accoglimento dell'ordine di esibizione e della chiesta c.t.u., l'impugnata sentenza deve reputarsi solo apparentemente motivata, dovendo ritenersi, per contro, affetta da nullità per carenza assoluta di motivazione, ai sensi dell'art. 132, n. 4 cod. proc. civ., denunciata dalla istante nell'illustrazione dei motivi in esame (pp. 17, 20 e 21).

Ed invero, va osservato che il mancato esame di documenti o di altre risultanze istruttorie, idonee a veicolare nel processo fatti indispensabili per la decisione, determina l'omissione di motivazione su un punto decisivo della controversia, segnatamente, quando il documento o la risultanza istruttoria non esaminata offrano la prova di circostanze di tale portata da invalidare, con un giudizio di certezza, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la «*ratio decidendi*» venga a trovarsi priva di fondamento (Cass., 26/06/2018, n. 16812; Cass., 28/09/2016, n. 19150).

1.3. Per tali ragioni le censure devono essere accolte.

2. Ne deriva l'assorbimento del terzo, quinto e sesto motivo di ricorso, tutti relativi alla sentenza del Tribunale, da reputarsi nulla, per le ragioni suindicate.

3. Con il quarto motivo, la Lo Mundo denuncia, con riferimento all'ordinanza della Corte d'appello, la violazione e falsa applicazione degli artt. 348 bis e 348 ter cod. proc. civ., 156 e 132 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 4 cod. proc. civ.

3.1. La istante lamenta che la Corte territoriale, oltre a dichiarare l'appello inammissibile, perché lo stesso non aveva una ragionevole probabilità di essere accolto, ha altresì rilevato, limitatamente alla domanda di restituzione dell'indebito pagamento degli interessi non dovuti, che la Lo Mundo non poteva agire per il pagamento, trattandosi di un rapporto ancora aperto, sicché il pagamento non era ancora dovuto, in tal modo «mescolando valutazioni probabilistiche e sommarie con una pronuncia di merito».

3.2. Il mezzo è inammissibile.

3.2.1. L'ordinanza di inammissibilità dell'appello resa ex art. 348 ter c.p.c. è ricorribile per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., limitatamente ai vizi suoi propri costituenti violazioni della legge processuale (quali, per mero esempio, l'inosservanza delle specifiche previsioni di cui agli artt. 348 bis, comma 2, e 348 ter, commi 1, primo periodo e 2, primo periodo, c.p.c.), purché compatibili con la logica e la struttura del giudizio ad essa sotteso (Cass. Sez. U., 02/02/2016, n. 1914; Cass., 04/09/2017, n. 20758; Cass., 05/06/2018, n. 14312).

3.2.2. Nel caso di specie, è evidente che la locuzione menzionata è finalizzata a rafforzare, sul piano motivazionale, la valutazione di non ragionevole probabilità di accoglimento del gravame, e che il mezzo non censura, pertanto, un vizio proprio dell'ordinanza costituente violazioni della legge processuale.

4. L'accoglimento del primo e secondo motivo di ricorso comporta la cassazione dell'impugnata sentenza con rinvio al Tribunale di Messina in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo esame del merito della controversia, facendo applicazione dei principi di diritto suesposti, e provvedendo, altresì, alla liquidazione delle spese del presente giudizio.

**P.Q.M.**

Accoglie il primo e secondo motivo di ricorso; dichiara assorbiti il terzo, quinto e sesto motivo di ricorso; dichiara inammissibile il quarto motivo di ricorso; cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti; rinvia al Tribunale di Messina in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma il 27/06/2019.

