

<b>Data</b>	<b>15/01/2013</b>
<b>Ente giudicante</b>	<b>CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TERZA</b>
<b>Numero</b>	<b>798</b>

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE TERZA CIVILE**

ha pronunciato la seguente:

**SENTENZA**

sul ricorso 11754/2009 proposto da:

**M.G. DITTA INDIVIDUALE;**

**- RICORRENTE -**

contro

**BANCA;**

**- CONTRORICORRENTE -**

avverso la sentenza n. 1320/2008 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 27/03/2008, R.G.N. 4931/2004;

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con sentenza in data 31 marzo 2003 il Tribunale di Roma accoglieva l'opposizione all'ingiunzione proposta dalla BANCA nei confronti della ditta individuale M.G. e per l'effetto revocava il decreto ingiuntivo opposto, avente ad oggetto il pagamento della somma di L. 413.785.381, oltre accessori, che il M. assumeva essergli dovuta a titolo di ripetizione di indebito oggettivo derivante dall'applicazione di interessi ultralegali e c.m.s. non validamente pattuiti per iscritto e, comunque, usurari, relativamente a tre rapporti di conto corrente bancario intrattenuti con la banca opponente.

La decisione, gravata da impugnazione di M.G., era confermata dalla Corte di appello di Roma, la quale con sentenza in data 27 marzo 2008, condannava l'appellante al pagamento delle ulteriori spese.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione la ditta individuale M.G., svolgendo due motivi.

Ha resistito la BANCA e, depositando controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. Con il PRIMO MOTIVO di ricorso si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt.182 e 184 cpc, e art.345 cpc, comma 2, e art.161 cpc, (art.360 cpc, n.3). Parte ricorrente assume, articolando i relativi quesiti di diritto, che la verifica della rappresentanza processuale della

società opponente andava operata d'ufficio ai sensi dell'art.182 cpc, atteso che i sottoscrittori della procura si erano qualificati "rappresentanti autorizzati" invocando le proprie qualità, rispettivamente, di "dirigente" e di "funzionario", senza indicare nè l'organo che tale potere dovrebbe aver loro conferito, nè il correlativo atto di conferimento; di conseguenza il giudice, anche in fase di appello e in mancanza di giudicato sul punto, avrebbe dovuto verificare se le qualità dichiarate fossero astrattamente idonee a conferire la rappresentanza processuale della società (con la correlativa e indispensabile rappresentanza sostanziale), senza tuttavia poter fondare la decisione sulla produzione documentale tardivamente allegata alla memoria di replica nel primo grado del giudizio, da ritenersi inammissibile, come dedotto mediante specifico motivo di gravame.

1.1. Il motivo investe il punto della decisione in cui la Corte di appello - richiamati principi espressi da questa Corte, che, in tema di rappresentanza processuale delle società, fanno carico alla parte che contesti la qualità di chi ha sottoscritto il mandato come rappresentante della società, l'onere di fornire la prova negativa - ha ritenuto di inferirne la natura di eccezione in senso proprio della relativa questione, osservando che la stessa, siccome risultava formulata dal M. solo con la comparsa conclusionale del primo grado del giudizio, era ormai preclusa all'appellante.

Resta il fatto che la Corte di appello - prescindendo dal rilievo di inammissibilità ha poi esaminato nel merito l'eccezione e l'ha dichiarata infondata alla luce della documentazione prodotta dall'opponente con la memoria di replica nel primo grado del giudizio (ritenuto "*momento processualmente utile al contrasto dell'eccezione formulata dall'opposto M. in comparsa conclusionale*"), evidenziando che dalle deliberazioni del 20 luglio 1992 e del 17 dicembre 1998 del C.d.A. della Banca, ritualmente depositate presso il notaio G. M. di Roma, risultava il conferimento ai funzionari **O.P.** e **V.M.** dei poteri di firma sociale, *id est* del potere di rappresentanza vincolante per la società conferente.

1.2. Orbene occorre, innanzitutto, osservare che il motivo di ricorso si incentra sul punto della decisione che ha affermato l'inammissibilità dell'eccezione di difetto di rappresentanza processuale, segnatamente evidenziando parte ricorrente, in senso contrario, la doverosità del rilievo officioso del difetto di rappresentanza ex art.182 cpc, in presenza di indicazioni relative ai sottoscrittori della procura ("*funzionario*" e "*dirigente*") che non implicavano il conferimento di poteri rappresentativi. Lo stesso motivo non impinge, invece, sull'argomento alternativo svolto dalla Corte di appello in punto di infondatezza della stessa eccezione, limitandosi parte ricorrente a contestare l'ammissibilità della produzione documentale, in base alla quale è stata svolta la verifica della giustificazione dei poteri dei sottoscrittori della procura.

Ciò precisato, il motivo di ricorso va rigettato, ancorchè la motivazione della decisione impugnata meriti di essere integrata e, in qualche misura, anche corretta.

1.3. Va premesso che l'accertamento della *legittimatio ad processum* riguarda un presupposto attinente alla regolare costituzione del rapporto processuale, la cui esistenza, come dimostra la previsione del potere officioso di cui all'art.182 cpc, comma 2, dev'essere controllata d'ufficio dal giudice, salvo il limite della formazione del giudicato, senza che occorra un'apposita eccezione di parte (cfr.ex plurimis, Cass. 22 luglio 2005, n. 15392), con la precisazione che proprio perchè la questione della sussistenza della legittimazione ad *processum* è esaminabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio - non rileva il momento del processo nel quale sia fornita la prova documentale di tale sussistenza, che, imponendosi di per sè, ben può, con riguardo ad un determinato grado, risultare da produzioni od acquisizioni avvenute in quello successivo (Cass.

16 novembre 1995 n. 11851), non operando ai relativi effetti le ordinarie preclusioni istruttorie (Cass. 20 giugno 2002, n. 8996).

Non appare, poi, superfluo osservare - in conformità all'insegnamento delle SS.UU. (cfr. sentenza 19 aprile 2010, n.9217) - che l'art.182 cpc, comma 2, (nel testo qui applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dalla legge n.69 del 2009), secondo cui il giudice che rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione "può" assegnare un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, deve essere interpretato, anche alla luce della modifica apportata dalla L. n. 69 del 2009, art. 46, comma 2, nel senso che il giudice "deve" promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio e indipendentemente dalle cause del predetto difetto, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa, con effetti *ex tunc*, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali.

E' appena il caso di aggiungere che la norma di cui all'art.182 cit.trova applicazione anche in grado di appello in forza del rinvio contenuto nell'art.359 cpc.

1.4. Con più specifico riferimento alla rappresentanza processuale delle società questa Corte ha poi operato una distinzione tra onere di indicazione della fonte del potere rappresentativo e onere della relativa dimostrazione.

In particolare le Sezioni Unite (sentenza 1 ottobre 2007, n. 20596) hanno chiarito che, in tema di rappresentanza processuale delle persone giuridiche, la persona fisica che ha conferito il mandato al difensore non ha l'onere di dimostrare tale sua qualità, neppure nel caso in cui l'ente si sia costituito in giudizio per mezzo di persona diversa dal legale rappresentante e l'organo che ha conferito il potere di rappresentanza processuale derivi tale potestà dall'atto costitutivo o dallo statuto, poiché i terzi hanno la possibilità di verificare il potere rappresentativo consultando gli atti soggetti a pubblicità legale e, quindi, spetta a loro fornire la prova negativa. Solo nel caso in cui il potere rappresentativo abbia origine da un atto della persona giuridica non soggetto a pubblicità legale, incombe a chi agisce l'onere di riscontrare l'esistenza di tale potere a condizione, però, che la contestazione della relativa qualità ad opera della controparte sia tempestiva, non essendo il giudice tenuto a svolgere di sua iniziativa accertamenti in ordine all'effettiva esistenza della qualità spesa dal rappresentante, dovendo egli solo verificare se il soggetto che ha dichiarato di agire in nome e per conto della persona giuridica abbia anche asserito di farlo in una veste astrattamente idonea ad abilitarlo alla rappresentanza processuale della persona giuridica stessa.

1.5. Orbene nel caso di specie - come emerge chiaro dalla stessa decisione impugnata - la Banca, costituitasi in giudizio per mezzo di persona diversa dal legale rappresentante (*id est* di persona diversa da quella astrattamente idonea a rappresentarla), provvede all'indicazione degli **atti fondativi del potere di rappresentanza processuale dei sottoscrittori della procura**, solo a fronte della contestazione avversaria svolta nella comparsa conclusionale, provvedendo nel primo atto successivo, e quindi nella memoria di replica depositata nel primo grado del giudizio, anche ad allegare **la relativa prova documentale**.

Ciò posto, è assorbente il rilievo, formulato nella decisione impugnata, della corretta costituzione in giudizio della società opponente, per il tramite di persone cui era stato conferito il potere di firma sociale con delibera del C.d.A., attesa l'equivalenza dell'indicazione di un organo che deriva il potere di rappresentanza processuale dall'atto costitutivo o dallo statuto della società all'indicazione di altro atto di conferimento dei poteri rappresentativi, fondandosi il potere di rappresentanza su atti societari aventi, a tal fine, la medesima efficacia legittimante.

Nè può profilarsi la tardività delle relative indicazioni, così come non rileva l'irritualità della produzione documentale allegata alla memoria di replica; e ciò proprio alla luce del potere officioso di cui all'art.182 cpc, cui fa riferimento parte ricorrente, trattandosi di potere, che ha il suo riflesso nel dovere, esercitabile in ogni fase e grado del giudizio (salvo il limite del giudicato), di assegnare termine anche per eventuale integrazione sanante. In altri termini se il giudice di primo grado avrebbe potuto (e dovuto) anche in sede decidente sollecitare la giustificazione dei poteri rappresentativi e, se del caso, promuoverne la sanatoria, a maggior ragione non può profilarsi una preclusione della parte, tanto più quando l'avversario ha scelto di svolgere le proprie contestazioni solo nella comparsa conclusionale.

Per altro verso - considerato che la documentazione giustificativa dei poteri rappresentativi avrebbe potuto essere prodotta anche in appello (e, per quanto emerge dalla decisione impugnata, risultava allegata in atti nel secondo grado del giudizio) - l'odierno ricorrente avrebbe potuto lamentarsi della mancata rimessione sul ruolo da parte del primo giudice, ove avesse inteso dolersi di non aver potuto fornire la prova negativa e avrebbe, eventualmente, potuto fornire detta prova anche in appello, **giammai limitarsi a contestare l'inammissibilità dell'avversa produzione documentale.**

2. Con il SECONDO MOTIVO di ricorso si denuncia omessa e insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (art.360 cpc, n.5).

2.1. Il motivo riguarda il punto della decisione in cui la Corte di appello - confermando valutazioni espresse dal primo Giudice - ha ritenuto che **mancasse la prova della corresponsione dei interessi ultralegali** e, quindi, degli asseriti pagamenti indebiti, evidenziando, a tali effetti, l'irrilevanza del mero dato della previsione della chiusura trimestrale dei conti correnti, attesa la riferibilità del saldo passivo di L. 786.333.219 (in forza di riconoscimento proveniente dallo stesso M.) vuoi al capitale, vuoi agli interessi e considerato, altresì, che - pur a riconoscere l'indeterminatezza delle condizioni di conto corrente in punto di determinazione degli interessi - sarebbe stato onere di colui che agiva in ripetizione di fornire la prova, non surrogabile con una c.t.u. esplorativa, dell'importo delle rimesse effettuate, delle loro imputazione oltre che degli interessi in concreto applicati.

2.1.1. A parere del ricorrente siffatta motivazione è viziata, giacchè è mancata la valutazione di tutta la documentazione prodotta da cui emergerebbe sia l'esistenza della causa debendi vantata dalla Banca, sia l'avvenuto pagamento degli interessi non dovuti, con la conseguenza, come si legge nel c.d. quesito di fatto ex art. 366 bis cpc, di "*disattendere il dettato normativo in materia e l'ormai costante orientamento di Codesta Ecc.ma Suprema Corte*".

2.2. Anche il presente motivo - sostanzialmente finalizzato ad una non consentita rivalutazione del materiale documentale, parzialmente "assemblato" al ricorso - non merita accoglimento.

Invero il vizio di motivazione appare inammissibile, perchè volto a conseguire un diverso apprezzamento delle risultanze documentali, già valutate dai giudici del merito con motivazione succinta, ma comunque adeguata e dissimula, dunque, una richiesta di riesame del merito, inibita in sede di legittimità.

E' il caso di aggiungere che - ove il ricorrente intendesse lamentare che il giudice di appello abbia ignorato alcuni documenti - il motivo incorrerebbe in altro profilo di inammissibilità, non corrispondendo tale errore ad alcuno dei motivi di ricorso ai sensi dell'art.360 cpc; l'errore in

questione, risolvendosi in una inesatta percezione da parte del giudice di circostanze presupposte come sicura base del suo ragionamento, ma in contrasto con le risultanze degli atti del processo, andava, infatti, denunciato con il mezzo della revocazione, ai sensi dell'art. 395 cpc, n. 4, (Cass. 19 febbraio 2009, n. 4056; Cass. 23 marzo 2005, n. 6306).

2.3. Soprattutto la censura non attinge il punto centrale della decisione laddove si evidenzia che è ripetibile la somma indebitamente pagata e non già il debito sostenuto come illegale.

Vero è, infatti, che un pagamento, per dar vita ad un'eventuale pretesa restitutoria di chi assume di averlo indebitamente effettuato, deve tradursi nell'esecuzione di una prestazione da parte di quel medesimo soggetto (il *solvens*), con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (*l'accipiens*); e in tanto può definirsi indebito, con conseguente diritto di ripetizione a norma dell'art.2033 cc, in quanto difetti di una idonea causa giustificativa.

Muovendo da tale premessa, apparentemente ovvia, le Sezioni unite di questa Corte (sentenza 2 dicembre 2010, n. 24418) - affrontando la questione dell'individuazione del dies a quo della prescrizione dell'azione di ripetizione del cliente verso la banca con riguardo ad interessi che si assumevano, come nella specie, indebitamente corrisposti in relazione ad un'apertura di credito in conto corrente bancario - hanno fatto riferimento alla nota distinzione tra atti ripristinatori della provvista ed atti di pagamento compiuti dal correntista per estinguere il proprio debito verso la banca (cfr.Cass. 6 novembre 2007, n.23107; e Cass. 23 novembre 2005, n. 24588), al fine di stabilire se (e quando) sia o meno configurabile un pagamento, asseritamente indebito, da cui possa scaturire una pretesa restitutoria ad opera del *solvens*.

In tale prospettiva è stato osservato che, se pendente l'apertura di credito, il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, è indubbio che non vi sia stato alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato; nel caso, invece, che, durante lo svolgimento del rapporto il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti, ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto "scoperto" (cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento) e non, viceversa, in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere.

Invero l'annotazione in conto di una posta di interessi (o di c.m.s.) illegittimamente addebitati dalla banca al correntista comporta un incremento del debito dello stesso correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento, nel senso che non vi corrisponde alcuna attività solutoria nei termini sopra indicati in favore della banca; con la conseguenza che il correntista potrà agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa (allo scopo eventualmente di recuperare una maggiore disponibilità di credito, nei limiti del fido accordatogli), ma non potrà agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo. Di pagamento, nella descritta situazione, potrà dunque parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto.

2.4. Nel caso in esame la Corte territoriale ha per l'appunto affermato che mancava la prova della corresponsione degli interessi, segnatamente evidenziando l'inconferenza della mera deduzione dell'illegittimità della clausola determinativa degli stessi, avuto riguardo all'oggetto dell'azione di ripetizione, rappresentato dal pagamento indebito e non già dal "debito sostenuto come illegale". Orbene il ricorrente non ha censurato tale affermazione, limitandosi ad insistere nel rilievo dell'illegittimità delle previsioni contrattuali in punto di determinazione degli interessi e delle c.m.s.; tantomeno ha allegato di avere provveduto al pagamento del saldo passivo di L. 786.333.219 cui si fa riferimento nella decisione impugnata, si da inferirne la pretesa di restituzione della somma di L. 413.785.381 avanzata in sede monitoria.

In conclusione il ricorso va rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità, liquidate alla stregua dei parametri di cui al D.M. n. 140 del 2012, come in dispositivo, seguono la soccombenza.

#### **PQM**

La Corte rigetta il ricorso e condanna parte ricorrente al rimborso delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in Euro 7.200,00 (di cui Euro 200,00 per esborsi) oltre accessori come per legge