

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE DI AREZZO  
SEZIONE DISTACCATA DI MONTEVARCHI

n. 792/05 r.g.  
(+ 793/05 r.g.)

in persona del giudice Carlo Breggia, in funzione di giudice unico,  
ha pronunciato la seguente

Sentenza n. ....

**S E N T E N Z A**

nella causa iscritta a ruolo il 14.12.2005 al numero  
792/05 del Registro generale  
avente a oggetto: ripetizione somme indebitamente addebitate su  
conto corrente bancario  
pendente fra

tizio

**PARTE ATTRICE**

banca  
contro

**PARTE CONVENUTA**

alla quale è riunita la causa iscritta a ruolo il 14.12.2005 al numero  
793/05 del Registro generale  
avente a oggetto: ripetizione somme indebitamente addebitate su  
conto corrente bancario  
pendente fra

tizio

**PARTE ATTRICE**

IL GIUDICE  
Carlo Breggia



contro

banca

PARTE CONVENUTA

sulle conclusioni precisate come in atti all'udienza del 15.1.2013.

Svolgimento del processo

tizio

, titolare dell'impresa individuale<sup>alfa</sup>

di qui innanzi Ediltutto, ha convenuto, in distinte cause poi riunite, la banca

affinché fosse condannata

a restituire somme indebitamente percepite su svariati conti correnti oramai chiusi dal 1999: in particolare, i ccb 1398/61, 1400/79, 3239/43 e 3238/34 presso la Banca<sup>omissis</sup> s.p.a.

e il ccb n. <sup>omissis</sup> presso Credito<sup>omissis</sup>

banca

si è costituita e ha eccepito il difetto di legittimazione attiva di parte attrice per alcuni conti intestati a tizio e non a alfa; nel merito, la prescrizione dell'altrui diritto; ha sostenuto in ogni caso la regolarità dell'operato della banca.

Svolta una prima c.t.u. dal dott. caio e assunta la causa in decisione, essa è stata rimessa in istruttoria con ordinanza depositata il 19.12.2009.

Indi, svolta nuova c.t.u., conclusa con relazione depositata il 14.12.2012 dal dott. caio, il giudice ha fatto precisare le conclusioni all'udienza del 15.1.2013 e ha trattenuto la causa in decisione, assegnando i termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, tutte ritualmente versate in cancelleria dalle parti.

Motivi della decisione

**L'eccezione di parziale carenza di legittimazione attiva** di parte attrice, è manifestamente infondata, perché si basa sul presupposto, ad avviso del giudice erroneo, che l'impresa individuale – e la ditta

sotto la quale essa è esercitata – sia un soggetto di diritto diverso dall'imprenditore individuale: una simile dicotomia non esiste.

Conforme la costante e unanime giurisprudenza di legittimità (a es., *ex permultis*, Cass. sez. 3<sup>a</sup> civ. 19.4.2010 n. 9260 rv 612422: «*In tema di legittimazione processuale, l'imprenditore, pur senza specificare la sua qualità, è legittimato ad opporsi ad un decreto ingiuntivo emesso nei confronti della relativa ditta, non avendo quest'ultima soggettività giuridica distinta ed identificandosi essa con il suo titolare sotto l'aspetto sia sostanziale che processuale.*»).

\*

Nel **merito**, la domanda non può essere accolta.

\*

È opportuno dapprima svolgere alcune **osservazioni generali** sullo stato della disciplina applicabile alla fattispecie, che intendono rispondere a svariate e contrapposte tesi che le parti hanno agitato nella causa.

\*

Si può innanzitutto affermare che la clausola di **capitalizzazione trimestrale di interessi** è legittima, a decorrere dalla delibera C.I.C.R. 9.2.2000 (art. 2 co. 2<sup>a</sup>: «*2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori.*»), a condizione che sia pattuita eguale periodicità nel conteggio degli interessi a credito e a debito (art. 120 co. 2<sup>a</sup> D. Lgs 385/93 come introdotto dall'art. 25 co. 2<sup>a</sup> D. Lgs 342/99).

Nella presente causa si deve peraltro fare riferimento alla disciplina previgente, perché, appunto, i ccb sono stati chiusi nel 1999.

Orbene, in tale periodo la clausola anatocistica trimestrale in favore della banca era nulla, perché contraria alla norma imperativa dell'art. 1283 c.c., posto che, seppure tardivamente, la giurisprudenza ha indiscutibilmente riconosciuto che gli usi contrari sui quali essa si basava avevano mero valore negoziale, come tale inidoneo a derogare alla disposizione codicistica, e non normativo (Cass. sez. 1<sup>a</sup> civ. 16.3.1999 n. 2374 rv 524192 e successive conformi).



Conclusione valevole *a fortiori* dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 25 co. 3<sup>a</sup> D. Lgs 342/99 pronunciata dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 425/2000 (cfr, per tutte, Cass. sez. un. civ. 4.11.2004 n. 21095 rv 577944: «*In tema di capitalizzazione trimestrale degli interessi sui saldi di conto corrente bancario passivi per il cliente, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 425 del 2000, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 76, Cost., l'art. 25, comma terzo, D.Lgs. n. 342 del 1999, il quale aveva fatto salva la validità e l'efficacia - fino all'entrata in vigore della delibera CICR di cui al comma 2 del medesimo art. 25 - delle clausole anatocistiche stipulate in precedenza, siffatte clausole, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, sono disciplinate dalla normativa anteriormente in vigore e, quindi, sono da considerare nulle in quanto stipulate in violazione dell'art. 1283, cod.civ., perché basate su un uso negoziale, anziché su un uso normativo, mancando di quest'ultimo il necessario requisito soggettivo, consistente nella consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, ad una norma giuridica, per la convinzione che il comportamento tenuto è giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme ad una norma che già esiste o che si reputa debba fare parte dell'ordinamento giuridico ("opinio juris ac necessitatis"). Infatti, va escluso che detto requisito soggettivo sia venuto meno soltanto a seguito delle decisioni della Corte di cassazione che, a partire dal 1999, modificando il precedente orientamento giurisprudenziale, hanno ritenuto la nullità delle clausole in esame, perché non fondate su di un uso normativo, dato che la funzione della giurisprudenza è meramente ricognitiva dell'esistenza e del contenuto della regola, non già creativa della stessa, e, conseguentemente, in presenza di una ricognizione, anche reiterata nel tempo, rivelatasi poi inesatta nel ritenerne l'esistenza, la ricognizione correttiva ha efficacia retroattiva, poiché, diversamente, si determinerebbe la consolidazione 'medio tempore' di una regola che avrebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero creata.»).*

Del resto, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 341/07 e l'ordinanza n. 254/08, ha avuto modo di escludere l'incostituzionalità dell'art. 25 co. 2<sup>a</sup> D. Lgs 342/99 (che ha introdotto il già citato comma secondo dell'art. 120 D. Lgs 385/93), esprimendo un chiaro assenso al sistema sul punto delineatosi, nei termini già fissati dalla giurisprudenza di legittimità.

E, infine, la nota Cass. sez. un. civ. 2.12.2010 n. 24418, ha affermato su questo specifico tema che *«È conforme ai criteri legali di interpretazione del contratto, in particolare all'interpretazione sistematica delle clausole, l'interpretazione data dal giudice di merito ad una clausola di un contratto di conto corrente bancario, stipulato tra le parti in data anteriore al 22 aprile 2000, e secondo la quale la previsione di capitalizzazione annuale degli interessi, pattuita nel primo comma di tale clausola, si riferisce ai soli interessi maturati a credito del correntista, essendo, invece, la capitalizzazione degli interessi a debito prevista nel comma successivo, su base trimestrale, con la conseguenza che, dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 cod. civ. (il quale osterebbe anche ad un'eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale), gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare alcuna capitalizzazione.»* (massima ufficiale n. 615490).

\*

Quanto alle **commissioni di massimo scoperto**, di per sé sole considerate, sono legittime, purché espressamente pattuite. Esse, infatti, sono un elemento di tecnica bancaria comunemente così definito: *«[...] commissione di massimo scoperto (costituente la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma) [...]*» (così, in motivazione, Cass. sez. 1<sup>a</sup> civ. 18.1.2006 n. 870 rv 585938, recettiva, sul punto, di definizioni provenienti dalla Banca d'Italia, a es.: *«[...] Tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'inter-*



*mediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso - che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni - viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento.[...]*» Banca d'Italia, *Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura*, sezione I, § C5, testo aggiornato al febbraio 2006).

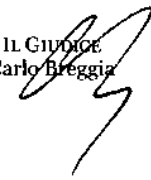
Sicché, la c.m.s., oggetto di ampia discussione nella dottrina e giurisprudenza degli ultimi anni, non può giudicarsi *tout court* illegale, così come proposto da alcuni, per violazione di norme inderogabili o per mancanza di causa, con conseguente nullità delle clausole contrattuali che la prevedano. Essa, infatti, remunera la banca per l'obbligo di tenere costantemente a disposizione del cliente il denaro potenzialmente da lui esigibile in ragione dell'apertura di credito, mentre gli interessi debitori remunerano l'effettivo godimento concesso al cliente che abbia in concreto fruito dell'affidamento concordato: la c.m.s. ha dunque una sua causa nient'affatto illecita.

È peraltro indiscutibile che la clausola che preveda c.m.s. debba essere, al fine della sua validità ed efficacia, approvata per scritto.

Una conseguenza importante della riconosciuta natura remunerativa della c.m.s. si ha poi in tema di verifica del superamento dei c.d. *tassi soglia*.

Il T.E.G. applicato dalla banca va senz'altro calcolato comprendendovi le commissioni di massimo scoperto, ciò, ove sia necessario in riferimento ai periodi temporali in esame, anche apportando adeguate modifiche matematiche al metodo di calcolo stabilito dalla Banca d'Italia nelle *Istruzioni* vigenti *ratione temporis*, dove le c.m.s. non venivano valutate a tal fine.

Corrispondentemente, il calcolo del T.E.G.M. (tasso effettivo globale medio), sulla base del quale viene determinato il c.d. *tasso soglia antiusura*, deve essere modificato nel senso di ricomprendervi le commissioni di massimo scoperto.



Parte attrice si duole di una simile impostazione in relazione al T.E.G.M., ma la critica non è condivisibile. È indispensabile operare su dati omogenei: è sì necessario includere le c.m.s. nel calcolo del T.E.G., ma, corrispondentemente, esse vanno usate anche per calcolare il T.E.G.M.-

\*

Si può iniziare l'esame più specifico della domanda, a partire dalle **conclusioni rassegnate da parte attrice** all'udienza del 15.1.2013, con apposito foglio allegato al verbale.

Parte attrice chiede che, dichiarate le invalidità e le nullità parziali della clausole contrattuali inerenti anatocismo, c.m.s. e altre spese, la banca sia condannata a pagarle le somme stimate nella 2<sup>a</sup> c.t.u.-

Parte attrice non formula alcuna istanza istruttoria: né afferente supplementi a qualsiasi fine della c.t.u., né richiamando specifiche istanze istruttorie formulate in termini.

La conclusione è che parte attrice porta, quale compendio probatorio idoneo a sorreggere le proprie domande, i documenti prodotti e l'elaborazione finale datane dal c.t.u. nella sua 2<sup>a</sup> relazione, senza altra istanza, e chiede il pagamento delle somme stabilite dal c.t.u. nella 2<sup>a</sup> relazione.

\*

Va prioritariamente risolta la **questione del c.d. saldo zero**, la quale dipende dalla corretta ripartizione dell'onere della prova.

Non sono disponibili, in quanto nessuna delle parti li ha messi a disposizione, i primi estratti dei conti correnti oggetto di lite (accesi fra il 1988 e il 1992), ma solo quelli a partire da epoca successiva, ragion per cui il c.t.u., nello sviluppo dei suoi calcoli ha assunto come saldo iniziale quello pari a zero (c.d. saldo zero).

Parte attrice sostiene questa impostazione, affermando che era onere della banca depositare gli estratti del conto sin dal suo inizio e che, in difetto, l'omissione va sanzionata, sul piano probatorio, con l'assunzione del "saldo zero" quale inizio.

Parte convenuta deduce il contrario, ossia che è parte attrice, secondo la regola generale, a dover dimostrare l'esatto andamento del conto corrente.

Le due posizioni contrapposte si spiegano ovviamente, dal punto di vista dei reciproci interessi, col fatto che i primi estratti disponibili recano saldi negativi del cliente.

La difesa attorea ritiene che in una fattispecie come la presente, ossia un'azione di accertamento negativo, l'onere probatorio ricada sul creditore in senso sostanziale, ossia sulla banca, non già sul preteso debitore, che agisce al solo fine di far dichiarare non dovuto quanto illegittimamente preteso dall'istituto di credito.

La tesi, suggestiva, non si attaglia alla fattispecie.

In questa causa la banca non solo, sotto l'aspetto processuale, non agisce in giudizio, ma neppure, sotto l'aspetto sostanziale, pretende alcunché, essendosi il rapporto già chiuso prima dell'instaurazione del processo.

Edil tutto, dunque, non esperisce, ad avviso del giudice, un'azione di accertamento negativo (rispetto a un'altrui pretesa già azionata o comunque resa nota e coltivata in sede stragiudiziale), bensì agisce per la restituzione di un indebito oggettivo, costituito, a suo dire, da una serie di somme che ha pagato alla banca in costanza di rapporto o che ella si è trattenuta e che non avevano ragion d'essere. L'onere probatorio è dunque a suo carico (cfr, ancora di recente, Cass. sez. 3<sup>a</sup> civ. 14.5.2012 n. 7501, rv 62359: «*Chi allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell'"accipiens" l'azione di indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta.*»). La giurisprudenza di legittimità citata sul punto da parte attrice è afferente ai diversi casi in cui il pensionato agisca contro l'ente previdenziale per far dichiarare illegittima la ripetizione di indebito che l'ente stesso ha già operato in suo danno: in quei casi, l'indebito è stato appunto già ripetuto per le vie brevi dall'ente, che, proprio per il medesimo principio che qui si adotta, è







chiamato, pur se processualmente convenuto, a fornire la prova della legittimità della ripetizione effettuata; il pensionato, a sua volta, ha la veste sostanziale di *accipiens* del preteso indebito, proprio come nel caso in esame ha veste sostanziale di *accipiens* l'istituto di credito. Nel caso in esame, insomma, la ripetizione di indebito è l'oggetto della domanda che Ediltutto avanza: a suo carico dunque dimostrare che di indebito si tratti.

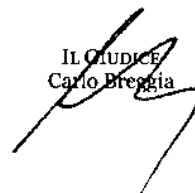
Gli estratti conto, sia attualmente sotto la vigenza dell'art. 119 D. Lgs 385/93 sia prima in ragione delle norme codicistiche e pattizie, sono documenti disponibili per entrambe le parti del rapporto: la banca che li emette e il cliente che li riceve o che ha diritto a riceverli. Da un punto di vista processuale, poco importa se i rapporti sono risalenti o se qualcuna delle parti, per sua scelta, non li ha conservati: essi devono essere resi disponibili da chi ne abbia l'onere. E l'onere, appunto, ricade sulla banca quando agisca per il recupero di un credito derivante da conto con saldo negativo (sia che agisca in via ordinaria, sia che agisca in via monitoria, e, nel susseguente giudizio d'opposizione, abbia veste formale di convenuta), mentre ricade sul cliente quando, come nel caso in esame, agisca per ottenere indietro somme che, a suo dire (e, quindi, con prova a suo carico), sono state indebitamente fatte proprie dall'istituto.

La difesa attrice, ancora nella memoria di replica, invoca, ad avviso del giudice impropriamente, il principio di vicinanza della prova. Nessuno dubita che la banca sia il contraente forte rispetto al correntista, ma questo non ha alcun incidenza sull'accesso alla prova da parte del privato, che ha ricevuto o poteva pretendere all'epoca in cui il contratto era in vigore tutti gli estratti del conto corrente. Non può dirsi eccessivamente difficile la prova perché il correntista ha disperso gli estratti conto ricevuti o si è disinteressato per averli, perché il principio di vicinanza della prova, elaborato in giurisprudenza per dare concreta attuazione dell'art. 24 Cost., soccorre solo una difficoltà oggettiva nel dare la prova di un fatto, non una difficoltà che dipende da una condotta negligente della parte.

Inoltre, il correntista, in questo caso, non è un qualunque risparmiatore o privato, bensì un imprenditore, un soggetto cioè che, oltre a non essere proprio così economicamente debole nei confronti della banca come parte attrice asserisce, ha una sua organizzazione aziendale e una sua propria contabilità, che gli consentono, in difetto di tenuta negligente, di disporre *ex se* dei dati che qui vengono in rilievo, dal momento che si presuppone che egli, proprio in ragione della sua attività d'impresa, riporti autonoma traccia nella propria contabilità delle operazioni bancarie e della documentazione dei rapporti con l'istituto di credito. È quindi davvero fuor di luogo parificare la posizione di Edilitutto a quella di un piccolo correntista non imprenditore, anche sotto lo specifico profilo della vicinanza della prova: il giudice ritiene invece, in difetto di specifiche prove contrarie, che <sup>alfa</sup>, per la sua qualità di imprenditore e per la sua autonoma organizzazione aziendale avesse una agevole disponibilità o accessibilità a tutta la documentazione bancaria o equipollente e che, quindi, ove non ne sia più in possesso per fatto a sé imputabile, non può rovesciare l'onere della prova deducendo, in ultima analisi, una tale difficoltà di dimostrazione del proprio diritto da non consentirle l'adeguato esercizio del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.-

I fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio li deve dimostrare chi adisce il giudice: deve dunque parte attrice ricostruire per intero l'andamento del conto – e, si ribadisce, gli estratti del conto furono documenti in sua disponibilità materiale o potenziale – pena l'assoggettamento ai diversi dati risultanti dalle prove disponibili.

Porre eguale a zero lo stato del conto corrente a una certa data successiva al suo inizio, anziché, come risulterebbe dalla documentazione di causa, un saldo negativo, costituisce una manifesta violazione del principio che regola l'onere della prova, perché, appunto, premia chi l'onere non ha adempiuto pur avendone l'obbligo e sanziona chi l'onere non era tenuto a rispettare: con il c.d. saldo zero si abbuona al cliente, in definitiva, un saldo sicuramente negativo a una certa data, senza avere la prova che fosse negativo per colpa di illecite pratiche



contrattuali dell'istituto piuttosto che per colpa della condotta morosa del cliente, e senza neppure avere la possibilità di esperire accertamenti in proposito.

Ipotesi diversa è quella in cui il correntista che agisce chieda al giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c. un ordine di esibizione che imponga alla banca di depositare tutti gli estratti conto. L'inottemperanza della banca all'ordine, effettivamente, potrebbe ben essere considerata motivo sufficiente per ritenere legittimo operare un azzeramento del saldo negativo documentato all'epoca del primo estratto conto utile, perché la condotta della banca, valutata molto negativamente ai sensi dell'art. 116 c.p.c., si unirebbe allora ad altri elementi indiziari, desumibili da violazioni contrattuali per i periodi di vita del conto corrente documentati.

In questo processo, tuttavia, parte attrice ha sì inizialmente formulato l'istanza, che però non è mai stata accolta dal giudice e anzi implicitamente rigettata all'udienza del 17.4.2007 (a esito della quale furono decisi i mezzi istruttori e l'unico ammesso fu, appunto, la c.t.u.), e, infine, l'ha abbandonata, perché, da un lato, non l'ha espressamente, né implicitamente, riproposta all'udienza di precisazione delle conclusioni, dall'altro, ha chiesto *tout court* la condanna della banca al pagamento delle somme stabilite dal c.t.u., che a quei risultati è arrivato appunto in base alla documentazione incompleta e mediante l'artificio del c.d. saldo zero.

Il giudice, all'udienza del 1.6.2010, nel corso della quale affidò al dott. caio il secondo mandato, autorizzò il c.t.u. ai sensi dell'art. 198 c.p.c. «[...] *ad acquisire la doc. anteriore al decennio con invito alle parti a consegnarla al CTU all'inizio delle operazioni [...]*»: è ovvio che, a prescindere dall'equivocità dell'espressione *anteriore al decennio*, non si tratta comunque di un ordine di esibizione, men che meno imposto alla banca; è, piuttosto, un invito del giudice alle parti e, quindi, in definitiva, a quelle delle parti che ne aveva interesse, ossia, nel caso in esame, a parte attrice.

Non v'è, in conclusione, alcuna possibilità di recepire il metodo seguito dal c.t.u. e non rileva che esso fosse stato indicato dal giudice in

sede istruttoria (ordinanza riservata depositata il 5.5.2010): sia perché, a esempio, in precedenza il giudice aveva fatto eseguire una c.t.u. secondo criteri diversi, sia perché le ordinanze non pregiudicano mai la decisione della causa, sia perché, infine, la c.t.u. non è un mezzo di prova e, quindi, non può sanare una carenza istruttoria pregressa. Il c.t.u. può solo effettuare calcoli su documenti che le parti abbiano legittimamente introdotto in causa e, se quei documenti non sono completi, i suoi calcoli non sono utili per chi agisce e la carenza va posta a carico di chi, avendone l'onere, non abbia reso completa la documentazione.

La conseguenza dell'aver qualificato il metodo del c.d. saldo zero come ingiustificabile violazione delle regole processuali sull'onere della prova ha effetti decisivi in causa: i risultati della c.t.u., infatti, sono privi di valore, perché si fondano su dati di partenza che, con l'onere della prova a carico dell'attore, sono, per così dire, inventati.

\*

La c.t.u. ha poi escluso che siano mai stati superati i **c.d. tassi soglia**.

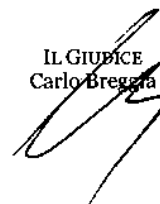
La domanda, quindi, è sul punto senz'altro infondata.

Diviene così irrilevante l'errore che il consulente ha comunque commesso nell'includere le c.m.s. nella determinazione del T.E.G. senza avere modificato in modo analogo e coerente il T.E.G.M., derivandone, ai fini della verifica del superamento dei c.d. tassi soglia, una comparazione fra dati disomogenei e quindi priva di valore. Sul punto, si sono già espresse, in precedente parte della motivazione, le ragioni per le quali è necessario modificare anche la determinazione del T.E.G.M. e a quelle osservazioni qui espressamente si rinvia.

\*

Un esame a parte merita anche la questione afferente la **prescrizione**, che la banca ha, secondo la disciplina processuale vigente al momento della sua costituzione in giudizio, sollevato tempestivamente.

Invero, a seguito della nota sentenza della Corte Costituzionale n. 78/12, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, co. 61<sup>^</sup> D.L. legge 29 dicembre 2010 n. 225 (*Proroga di termini previsti da*



*disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie), convertito, con modificazioni, nella L. 26.2.2011 n. 10, il giudice ritiene di doversi integralmente uniformare, condividendone la motivazione, ai principî espressi dalla pur nota e già citata sentenza Cass. sez. un. civ. 2.12.2010 n. 24418, ossia, per quanto qui di interesse: «L'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale 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, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, 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. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorre, ove ritenuto indebito, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del "solvens" con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'"accipiens".» (massima 615489).*

Così definita la questione in linea teorica si devono esaminare le posizioni delle parti assunte in questa causa.

La difesa attorea sostiene che l'eccezione si ha per non proposta, perché non sufficientemente determinata. Ed è ben vero che «L'eccezione di prescrizione, in quanto eccezione in senso stretto, deve fondarsi su fatti allegati dalla parte, quand'anche suscettibili di diversa qualificazione da parte del giudice. Ne consegue che il debitore, ove eccepisca la prescrizione del credito, ha l'onere di allegare e provare il fatto che, permettendo l'esercizio del diritto, determina l'inizio della decorrenza del termine ai sensi dell'art. 2935 cod. civ., restando escluso che il giudice possa accogliere l'eccezione sulla base di un fatto di-



*verso, conosciuto attraverso un documento prodotto ad altri fini da diversa parte in causa.»* (Cass. sez. lav. 13.7.2009 n. 16326 rv 609603).

Il principio, però, non può essere inteso, come in definitiva pare pretendere parte attrice, a imporre alla banca di allegare con precisione quale singola rimessa, antecedente al decennio precedente alla notificazione dell'atto di citazione (o dell'eventuale precedente atto di messa in mora stragiudiziale), abbia avuto funzione solutoria e abbia, in conseguenza, visto immediatamente decorrere il termine decennale di prescrizione della relativa azione di ripetizione dell'indebitato.

Il principio, invece, sulla linea di una giurisprudenza costante (a es., Cass. sez. 1<sup>a</sup> civ. 22.5.2007 n. 11843 rv 597118: *«L'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, a nulla rilevando che chi la invochi abbia erroneamente individuato il termine applicabile, ovvero il momento iniziale o finale di esso: queste ultime infatti sono questioni di diritto, sulle quali il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte.»*), sta solo a escludere che l'eccepiente possa giovare, ai fini del riconoscimento dell'estinzione dell'altrui diritto per prescrizione, di fatti da altri dedotti o provati (perché ciò ne snaturerebbe l'essenza di eccezione in senso stretto e in mera disponibilità della parte), ma non prevede alcun parametro di specificità nella deduzione dell'eccezione, la cui genericità o meno è da giudicare caso per caso.

Nella presente fattispecie, se fosse corretta l'impostazione della parte attrice, si dovrebbe, per il medesimo principio, imporre a chi agisce, prim'ancora, di allegare con altrettanta specificità i fatti costitutivi del suo diritto: ossia, di indicare nell'atto di citazione in dettaglio quali singoli addebiti in conto corrente siano da considerare, per qualsiasi motivo, indebiti. Eppure nessuno dubita che un simile obbligo, in cause come quella in esame, non incombe su chi agisce.

Più in generale, la specificità delle allegazioni delle parti, sia che sostengano la domanda, sia che sorreggano un'eccezione in senso stretto, va valutata, ad avviso del giudice, in funzione del diritto di difesa

della controparte: è specifica l'allegazione che, nel contesto concreto del processo, permette all'avversario di difendersi.

Nella tipologia di cause che hanno a oggetto rapporti di (talora lunga) durata come il conto corrente bancario, imporre a chi agisca di indicare i singoli indebiti e a chi eccepisca la prescrizione di indicare le singole rimesse solutorie non ha alcuna correlazione col diritto di difesa, che è soddisfatto per il solo fatto di allegare il rapporto contrattuale dal quale le reciproche obbligazioni hanno avuto origine e che potrà poi, per ciò solo, essere concretamente esercitato mediante la produzione di documenti e la verifica del c.t.u.- È, ovviamente, corollario di questa impostazione, collegato al tema già trattato dell'onere della prova, che l'andamento del contratto venga, da parte di chi di volta in volta agisca (la banca se pretende pagamenti dal cliente e viceversa), documentato per l'intero periodo al quale si riferiscono le domande (in questo caso l'intera durata del contratto).

In ogni caso è assolutamente inaccettabile che, come pretende parte attrice, sia permesso a chi agisce di omettere nell'atto di citazione quali siano i singoli indebiti e imporre al convenuto che eccepisca la prescrizione di dire quali siano le singole rimesse solutorie: è intuitivo che deve essere comunque applicato un principio identico per entrambe le parti.

La c.t.u. ha omesso ogni esame in proposito rendendo impossibile l'esame dell'eccezione di prescrizione, pur ritualmente sollevata.

\*

Non resta che trarre le **conclusioni** degli argomenti sin qui esposti.

La c.t.u., innanzitutto, pur seguendo un criterio inesatto a sfavore della banca, afferma non esservi mai stato superamento dei c.d. tassi soglia.

Inoltre, la c.t.u., in sintetico riepilogo dei motivi già svolti, offre dati radicalmente inutilizzabili e inutili, perché:

- prende le mosse nelle sue verifiche dal c.d. saldo zero, in dispregio dell'onere della prova;

- omette qualsiasi doverosa verifica in merito alle rimesse del cliente che abbiano avuto funzione solutoria e non meramente ripristinatoria.

Si potrebbe pensare che sia doveroso rinnovare la c.t.u., ma è invece obbligatorio non farlo.

Innanzitutto, parte attrice, che ne avrebbe interesse, non lo chiede, e, anzi, insiste (udienza del 15.1.2013) affinché, senza alternative, neppure accennate con clausole di stile, siano recepite integralmente ed esclusivamente le conclusioni del c.t.u.: ciò pone un preciso limite al giudice, quello cioè di attenersi al *petitum*, senza poterlo modificare d'ufficio. Si noti che, in questo caso, non è in gioco semplicemente la diminuzione delle somme pretese, ossia un sempre ben possibile accoglimento parziale della domanda, ma il fondamento della domanda stessa. Siccome le somme determinate dal c.t.u. sono frutto, come si è avuto modo di ricordare, di precise scelte e determinazioni di carattere logico e giuridico, la condotta della parte che, al momento di precisare definitivamente le conclusioni, quei dati ha fatto propri come unico oggetto della domanda giudiziale, vincola senza possibilità di dubbio le sue richieste a tutti quei fondamenti che hanno portato, per mera forza di calcolo, a quel risultato numerico. Insomma, non si è dinanzi a un c.t.u. che, con le sue conoscenze specialistiche, dà un valore a un fatto di causa (quantifica l'incidenza di una lesione sulla integrità biologica, quantifica il giusto corrispettivo di una prestazione intellettuale, stima il valore di un bene, ecc.) e il cui giudizio, quindi, è sempre suscettibile di essere accolto dal giudice in misura inferiore senza che salti la correlazione con la domanda, bensì di un c.t.u. che, con le sue competenze tecniche, svolge calcoli difficili sulla base di criteri e parametri che, se modificati, cambiano anche il fondamento del diritto preteso.

In secondo luogo, quel che massimamente conta, la c.t.u. non è fallace esclusivamente per una serie di suoi errori, come appunto l'aver trascurato di verificare i fatti utili per decidere l'eccezione di prescrizione o ancora per avere accertato i c.d. tassi soglia su dati disomogenei (errore in questo caso, come già osservato, irrilevante), ma – e

ciò è appunto decisivo – per la mancanza di tutti i dati utili per la decisione.

L'errore del metodo del c.d. saldo zero, infatti, non è intrinseco all'operato del c.t.u., ma si origina da un difetto probatorio che, per i motivi ampiamente svolti, pesa tutto sulla parte attrice.

La completa documentazione dell'andamento del conto corrente per tutta la sua durata doveva essere depositata dall'attore e prima che maturassero le preclusioni istruttorie e così non è stato, come pure non è stata reiterata, ma anzi tacitamente rinunciata, persino l'istanza di ordine di esibizione alla banca.

Per di più, parte attrice, con la memoria autorizzata depositata il 28.3.2008, ha ottemperato all'ordine del giudice (ud. 12.2.2008), sollecitato dalla difesa dell'istituto, di fissare con precisione il *petitum*, e, a tal fine, ha indicato il suo credito a quella data in € 272.799,23, espressamente riferendolo ai conteggi del proprio c.t.p. fondati sul “saldo zero”. Sicché, la pretesa della Ediltutto deve dirsi inequivocabilmente fissata in quella impostazione, che fa della partenza dal “saldo zero” un presupposto essenziale, e non più ritrattabile, in quanto esplicitata su preciso ordine del giudice e mai del resto venuta meno: ne deriva che ampliare il tema di prova alla ricerca di documenti anteriori è interdetto alle parti e al giudice. Si possono sempre rivalutare ed emendare errori contenuti nella c.t.u., ma non si può più ampliare il tema della prova, né sopperire a difetti di produzione.

La c.t.u., del resto, è un mezzo istruttorio, ma non una prova *stricto sensu* e quindi l'acquisizione di documenti che, come nel caso in esame, non abbiano mera funzione secondaria, ma siano indispensabili per la prova del credito e siano in mera disponibilità delle parti, non è ammissibile ex art. 198 c.p.c., eludendosi altrimenti la disciplina delle preclusioni istruttorie, così trasformando la c.t.u. in una indagine esplorativa volta al fine di ricercare quei documenti che le parti non hanno introdotto al momento utile. E non mancano pronunce che ritengono il consenso di cui all'art. 198 cpv c.p.c. utile solo per acquisire documenti secondari: «*In tema di preclusione relative a produzioni*



*documentali, nel corso di una consulenza contabile, si deve escludere l'ammissibilità della produzione tardiva di prove documentali concernenti fatti e situazioni poste direttamente a fondamento della domanda e delle eccezioni di merito, essendo, al riguardo irrilevante il consenso della controparte atteso che, ai sensi dell'art. 198 cod. proc. civ. tale consenso può essere espresso solo con riferimento all'esame di documenti accessori, cioè utili a consentire una risposta più esauriente ed approfondita al quesito posto dal giudice. (Nella fattispecie la pronuncia di secondo grado, con valutazione condivisa in sede di legittimità, aveva dichiarato l'inammissibilità della produzione di contabili bancarie in corso di ctu relativa a revocatoria fallimentare di rimesse).» (Cass. sez. 1<sup>a</sup> civ. 2.12.2010 n. 24549 rv 615793).*

Sicché, rinnovare la c.t.u. non ha alcuna utilità, perché essa sarebbe pur sempre ripetuta su dati necessariamente incompleti, né altri menti acquisibili, stante appunto l'avvenuta preclusione di incrementi istruttori.

Infine, posto che l'irrimediabile deficit istruttorio è da attribuire alla parte attrice, la domanda, come rassegnata infine all'udienza di precisazione delle conclusioni, non può che essere integralmente rigettata.

\*

Le spese seguono la soccombenza.

Per la liquidazione, che segue nel dispositivo, il giudice, in difetto della nota della parte vittoriosa, ritiene, in linea con le prime indicazioni della giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. un. civ. 25.10.2012 n. 17406), che, fatte salve future diverse interpretazioni in materia, il D.M. 20.7.2012 n. 140, pubblicato in G.U. 22.8.2012 e in vigore dal 23.8.2012, debba trovare applicazione in questa causa, avuto riguardo all'art. 41 del D.M. che prevede che *Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano alle liquidazioni successive alla sua entrata in vigore* e considerato che le ultime attività delle parti sono state compiute quando la nuova disciplina era già in vigore, salva sempre la facoltà di cui all'art. 1 co. 7<sup>a</sup> del D.M. 140/12, che prevede espressamente che «7.





*In nessun caso le soglie numeriche indicate, anche a mezzo di percentuale, sia nei minimi che nei massimi, per la liquidazione del compenso, nel presente decreto e nelle tabelle allegate, sono vincolanti per la liquidazione stessa.».*

La liquidazione che ne consegue, come resa esplicita nel dispositivo, è dunque operata in modo che, per quanto possibile, essa sia, globalmente valutata, la più adeguata possibile alla complessità e alla natura della controversia e delle questioni trattate, al pregio dell'opera prestata e ai risultati raggiunti.

I costi di c.t.u. già liquidati vanno definitivamente posti a integrale ed esclusivo carico di Ediltutto. Non sono invece documentate spese per il c.t.p. della parte vittoriosa.

P.Q.M.

Il Tribunale di Arezzo, sezione distaccata di Montevarchi, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, anche istruttoria, rigettata, così provvede:

1. rigetta le domande proposte da <sup>tizio</sup> \_\_\_\_\_ i, titolare dell'impresa individuale <sup>ditta alfa</sup> \_\_\_\_\_ ;
2. condanna <sup>tizio</sup> \_\_\_\_\_ , titolare dell'impresa individuale *Ditta* <sup>alfa</sup> \_\_\_\_\_ , a rimborsare a parte convenuta le spese processuali, che liquida in complessivi € 5.000,00 per compensi professionali, oltre c.a.p. e i.v.a secondo legge;
3. pone definitivamente a esclusivo e integrale carico di <sup>tizio</sup> \_\_\_\_\_ titolare dell'impresa individuale *Ditta* <sup>alfa</sup> \_\_\_\_\_ , i costi di c.t.u. già liquidati separatamente.

Montevarchi, 29 maggio 2013.

IL GIUDICE  
Carlo Breggia

RELAZIONE

30/5/2013

(Emanuela Soderini)