

Tribunale di Napoli

II Sezione Civile

Il Giudice dott. Massimiliano Sacchi,

letti gli atti del procedimento iscritto al n. 6503/13 RG e sciolta la riserva assunta all'udienza del 7.5.13, con termine alle parti fino al 21.5.13 per deposito di note;

OSSERVA

La Alfa spa ha chiesto che il Giudice disponesse una consulenza tecnica preventiva, ai sensi dell'art. 696 bis cpc, al fine di quantificare il rapporto di dare avere esistente, con Banca spa, in relazione ad un conto corrente di cui era stata titolare presso la filiale di Napoli del citato istituto e sull'assunto che, nel corso di tale rapporto, la banca aveva illegittimamente addebitato interessi, commissioni e spese.

Si è costituita Banca la quale, con varie argomentazioni, ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Ritiene il Tribunale che il ricorso vada rigettato.

E' noto, invero, che l'istituto contemplato dall'art. 696 bis cpc assolve ad una duplice funzione, posto che esso, per un verso, come è reso palese dalla stessa rubrica della norma, tende, in un'ottica deflattiva del contenzioso, a favorire tra le parti la conciliazione di un'insorgenda controversia, mentre, per altro verso, è pur sempre volto a preconstituire un mezzo di prova da produrre nel successivo giudizio di merito, qualora la conciliazione non riesca.

Infatti, a norma del comma quinto dell'articolo in esame, la consulenza può essere prodotta nel giudizio di merito, che una delle parti instauri in caso di mancata definizione conciliativa della controversia.

Quanto alla funzione conciliativa, poi, è appena il caso di osservare che, come è stato autorevolmente affermato in giurisprudenza (cfr. Trib. Milano, 27.4.2009), detta finalità deve costituire potenziale esito del procedimento, in funzione dell'attività peritale in concreto espletata, ma non deve necessariamente preesistere allo svolgimento di detta attività nella comune intenzione delle parti, espressamente dichiarata a prescindere dal contenuto della consulenza. Diversamente opinando, infatti, si lascerebbe alla discrezionalità del resistente l'applicabilità dell'istituto, consentendo allo stesso di paralizzare l'iniziativa dell'avversario con la sola manifestazione del proprio totale disinteresse rispetto ad una conciliazione.

Sempre in punto di ammissibilità, proprio perché, oltre alla funzione conciliativa, la consulenza tecnica preventiva assolve anche ad una funzione di istruzione preventiva, la sua ammissibilità presuppone la positiva delibazione, da parte del Giudice, dell'utilizzabilità del mezzo di prova nel successivo giudizio di merito a cognizione piena. In altri termini, il Giudice non deve dare ingresso a consulenze tecniche che, alla luce di questioni preliminari di rito o di merito (si pensi, quanto a quest'ultime, ad esempio a quella di prescrizione) inducano verosimilmente a ritenere che, nel giudizio di cognizione, l'accertamento tecnico non verrà disposto.

Tanto premesso in termini generali e considerato, altresì, che, come noto, l'istituto in esame è sganciato dal presupposto dell'urgenza, che caratterizza invece, il tradizionale istituto dell'accertamento tecnico preventivo, giova esaminare le singole eccezioni sollevate dalla difesa di Banca.

Quest'ultima ha, in primo luogo, rilevato che la consulenza tecnica preventiva non possa essere disposta nel caso di specie, - nel quale la ricorrente ha preannunciato che, in ipotesi di mancata conciliazione, proporrà, nei confronti della controparte, un'azione di ripetizione di indebito - dal momento che l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto è dalla norma circoscritto ai soli crediti derivanti da inadempimento contrattuale o da fatti illeciti.

L'argomento non può essere condiviso, in quanto si fonda su di un'interpretazione che valorizza oltre il dovuto il tenore letterale della norma.

Invero, quest'ultima stabilisce espressamente che l'istituto in esame possa applicarsi nei casi in cui debba procedersi *"all'accertamento ed alla relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito"*, ed, in effetti, non contiene alcun riferimento a quelle obbligazioni che sorgono, ex art. 1173 c.c., *«da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle»*, tra le quali è lo stesso codice civile a suggerire l'inclusione dell'azione di cui agli artt. 2033 ss. cc.

Tuttavia, l'espressione *"inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali"* è in sé ampia e può certamente essere idonea ad includere anche i diritti di credito posti a fondamento dell'azione di ripetizione dell'indebito, posto che, anche in siffatte ipotesi, la parte lamenta pur sempre la restituzione di prestazioni eseguite in forza di un titolo negoziale nullo o dichiarato invalido.

Così, nel caso all'attenzione di questo Giudice, l'azione di ripetizione concerne importi che, secondo l'assunto attoreo, l'istituto di credito avrebbe illegittimamente annotato negli estratti conto, in violazione di regole contrattuali (quali, ad esempio, quelle che impongono di dare comunicazione alla correntista delle variazioni sfavorevoli del rapporto, oppure di non applicare tassi maggiori di quelli

pattuiti) o di norme di legge a carattere imperativo (in tema di anatocismo e usura).

In altri termini, se è vero che, in situazioni del genere, il titolo della domanda dell'attore risiede formalmente negli artt. 2033 e seguenti, è tuttavia possibile sostenere che i diritti di credito che si facciano valere siano a loro modo pur sempre «*crediti derivanti dalla (...) inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali*», poi rivelatesi ab origine senza causa, o rimaste ex post prive di causa, e che possano perciò farsi rientrare nella lettera dell'art. 696 bis cpc.

Ulteriore censura sollevata da Banca attiene, poi, con specifico riguardo al caso di specie, alla preclusione derivante, rispetto all'esercizio di un'azione di merito intesa ad ottenere una ricostruzione del rapporto di dare avere tra le parti, dalla transazione tra le stesse intercorsa.

Anche tale eccezione non merita adesione.

Infatti, dai documenti versati in atti dalla resistente, emerge chiaramente come, in effetti, nel dichiararsi disponibile a versare, in favore di Banca, l'importo di euro 45.000,00, in concreto poi corrisposto, per estinguere la propria esposizione debitoria verso la citata Banca, la Alfa S.p.A. non abbia dichiarato di rinunciare a far valere in futuro eventuali ragioni di credito, derivanti dalla nullità di clausole negoziali dalle quali detto credito traeva, almeno in parte, origine.

Può, quindi, ritenersi che la dichiarazione contenuta nella missiva del 24.5.2012, inviata dall'odierna ricorrente a Banca, integri una ricognizione del debito che, per costante giurisprudenza, non costituisce autonoma fonte dell'obbligazione, ma ha solo il più limitato effetto di sollevare il creditore dall'onere di provare il proprio diritto, con la conseguenza che essa diviene inefficace, siccome priva di causa, ove il debitore deduca e dimostri in giudizio la nullità o l'inesistenza del rapporto obbligatorio (cfr. *ex multis*, Cass. civ, n. 27406/08).

Neppure, invero, può condividersi l'assunto secondo cui la consulenza ex art. 696 bis cpc non possa essere disposta quando l'accertamento tecnico presupponga la soluzione di questioni giuridiche complesse e non sia, quindi, circoscritto esclusivamente a questioni di fatto.

L'argomento non appare decisivo.

Infatti, è indubbio che, nel valutare l'ammissibilità della domanda, il Giudice debba operare una valutazione prognostica favorevole circa la fondatezza della medesima, ma ciò non implica chel'accertamento da compiere a questo fine debba necessariamente essere di agevole soluzione. In altri termini, il discrimine non va ravvisato nella maggiore complessità o meno delle questioni sottese alla fattispecie, quanto, piuttosto, nel verificare se l'accertamento compiuto in via preventiva possa avere una qualche effettiva possibilità di utilizzo in sede di merito, ove la conciliazione non riesca.

Infatti, poiché, oltre ad un'evidente funzione conciliativa, la consulenza tecnica di cui all'art. 696 bis cpc assolve pure ad una finalità di istruzione preventiva, il Giudice non può disporre la consulenza tecnica ove ragioni di diritto o carenze probatorie inducano a ritenere verosimile che, in sede di merito, quell'accertamento si rivelerà inutile, perché funzionale ad una domanda molto probabilmente infondata.

Orbene, nella specie, proprio operando detta valutazione di carattere prognostico, il Tribunale ritiene che l'istanza vada disattesa.

Nel caso in esame, infatti, le allegazioni operate dalla ricorrente si rivelano assolutamente generiche sul piano assertivo, avendo la stessa neanche ommesso di indicare a quanto ammonterebbe il preteso credito da far valere in via di ripetizione ed a quale epoca risale il sorgere del rapporto inter partes.

Inoltre, in presenza di circostanziate eccezioni sollevate dalla resistente circa l'infondatezza di gran parte degli addebiti operati dall'istante (si pensi, per esempio, che, mentre secondo la ricorrente il contratto non veniva stipulato per iscritto, Banca ha depositato copia del contratto contenente l'indicazione del tasso debitore e della CMS, ed ancora che, trattandosi di rapporto sorto nel 1993, per esso non dovrebbe trovare applicazione la legge n. 108/96, salva l'ipotesi che lo sfioramento del tasso soglia si sia verificato al momento dell'esercizio dello ius variandi da parte della banca o sia configurabile un caso di usura cd. sopravvenuta) non possa allo stato operarsi una valutazione prognostica positiva circa la verosimile ammissione, in sede di merito, di una CTU.

In altri termini, ipotizzando che il materiale istruttorio allo stato in atti sia portato davanti al Giudice della cognizione, non è improbabile ritenere che questi possa determinarsi nel senso di non dare ingresso all'accertamento contabile, evidenziando, per un verso, la genericità delle deduzioni operate dalla parte istante (basti osservare che nel ricorso non si dice neppure quando il rapporto sia sorto) e, per altro verso, la carenza, almeno parziale della prova (verosimile incompletezza degli estratti conto, avendo la ricorrente sollecitato il Giudice a disporre l'acquisizione di ulteriore documentazione presso la banca).

In ogni caso, il Giudice dovrebbe, al fine di disporre il chiesto accertamento contabile, decidere, in via sia pure incidentale, questioni in diritto obiettivamente controverse (si pensi, oltre a quelle innanzi richiamate, alla prescrizione), costituenti il necessario antecedente giuridico del mandato da conferire all'ausiliare, e tanto pare oggettivamente esulare dalle finalità proprie dell'istituto in esame.

Le esposte considerazioni inducono, quindi, al rigetto del ricorso.

Le spese processuali, liquidate come in dispositivo a norma del DM 140/12, applicando i compensi previsti per le cause di valore indeterminabile, senza fase istruttoria, seguono la soccombenza della parte ricorrente.

PQM

rigetta il ricorso;

condanna Alfa spa alla rifusione, in favore della parte resistente, delle spese processuali, che liquida in euro 1.650,00 per compenso, oltre Iva e Cpa come per legge.

Si comunichi.

Napoli, 31.5.2013

Il Giudice

Dott. Massimiliano Sacchi

EX PARTE CREDITORIS.IT