

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI CATANZARO
SECONDA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale di Catanzaro, Seconda Sezione Civile, in composizione monocratica, nella persona della dott.ssa Carmen Ranieli, all'esito di discussione orale ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c., ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al n. omissis R.G.A.C. per l'anno 2005

TRA

CORRENTISTA

- Attrice -

CONTRO

BANCA

- Convenuta -

Oggetto: anatocismo - cms - nullità delle relative clausole - ripetizione di indebito - risarcimento danni dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

MOTIVI IN FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE

1. La società correntista ha convenuto in giudizio la Banca per sentir dichiarare la nullità della clausola del contratto di conto corrente, acceso presso la convenuta, che prevede l'applicazione della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi e della commissione di massimo scoperto, nonché per ottenere la condanna della banca alla restituzione della somma pari ad € 243.179,97, da quella illegittimamente trattenuta per le causali sopra richiamate, oltre al risarcimento dei danni da liquidarsi in via equitativa.

Ha dedotto, a tal fine, di intrattenere da diversi anni con il Banca (oggi Banca omissis) il rapporto di conto corrente contraddistinto dal n. omissis; di aver mosso nel corso degli anni plurime contestazioni rispetto alle pretese della banca - in ordine a interessi passivi, remunerazioni, competenze e costi - ritenute non dovute e comunque illegittime. Ha allegato all'uopo: una lettera di diffida del 25.10.2000; una perizia di parte e l'ultimo estratto conto alla data della citazione, relativo al mese di marzo 2005.

Si è costituito in giudizio l'Istituto bancario, eccependo l'intervenuta prescrizione, totale o almeno parziale, del diritto reclamato, ex art. 2948 n. 4 c.c., o almeno ex art. 2946 c.c. e, in ogni caso, l'infondatezza della avversa domanda.

Con memoria istruttoria ex art. 184 c.p.c. (vecchio testo), la società attrice ha chiesto, altresì, accertarsi l'eventuale violazione della legge n. 108/96 in materia di usura.

Disposta c.t.u. contabile, il nominato consulente ha acquisito ulteriore documentazione dalla società attrice (i.e., estratti conto del periodo in contestazione) e - previo ordine di esibizione del Giudice - ha acquisito

Sentenza, Tribunale di Catanzaro, Dott.ssa Carmen Ranieli, 05 aprile 2016, n. 581

dalla banca la documentazione mancante (in specie, il contratto di conto corrente e gli estratti conto e scalari relativi agli anni 1993 e 1997).

Introitata a sentenza all'udienza del 30.09.2014, la causa è stata rimessa sul ruolo con ordinanza del 23.04.2015 per disporre una integrazione di c.t.u. alla luce dell'intervento in materia di anatocismo della Sezioni Unite della Cassazione n. 24418/2010.

All'udienza del 19 gennaio 2016, dinanzi al mutato giudice istruttore, l'attrice ha prodotto comunicazione del 03.08.2012, con cui aveva richiesto alla banca l'estinzione del conto, e la ricevuta di accredito del saldo attivo risultante dai conteggi di chiusura - pari ad € 38.103,47 - su altro conto corrente intestato alla medesima società presso la banca di omissis.

La convenuta ha dichiarato di non accettare il contraddittorio sulla predetta documentazione, ritenendola inammissibile perché tardiva.

Questo Giudice, infine, ritenuta esaurita l'istruttoria probatoria, ha revocato l'ordinanza di integrazione della c.t.u., rinviando per la discussione orale della causa all'odierna udienza.

2. Ciò premesso, la domanda deve essere rigettata perché sfornita di prova.

Parte attrice, infatti, ha del tutto mancato la prova della corresponsione di interessi ultralegali e, quindi, degli asseriti pagamenti indebiti.

A tal fine, deve essere innanzitutto evidenziata l'irrelevanza del mero dato della previsione della chiusura trimestrale del conto corrente, gravando su colui che agisce in ripetizione l'onere di fornire la prova, non surrogabile con una c.t.u. esplorativa, dell'importo delle rimesse effettuate, della loro imputazione a copertura di interessi ed altri accessori illegittimi, oltre che dell'ammontare degli interessi in concreto applicati.

Ed invero, premessa essenziale delle controversie come quella in esame è 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 intanto può definirsi indebitato, con conseguente diritto di ripetizione a norma dell'art. 2033 cod. civ., in quanto difetti di una idonea causa giustificativa.

Muovendo da tale premessa, le Sezioni Unite della Suprema Corte (con 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 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, al fine di stabilire se (e quando) sia o meno configurabile un pagamento, asseritamente indebitato, 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

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Catanzaro, Dott.ssa Carmen Ranieli, 05 aprile 2016, n. 581

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 estratto 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 (cfr. Cass. 15 gennaio 2013, n. 798).

Ne deriva che la domanda di ripetizione proposta con il conto aperto è inammissibile e resta inammissibile anche se il conto è stato chiuso in corso di causa, dovendo valutarsi la situazione al momento della proposizione della domanda, posto che la chiusura del rapporto è una condizione di ammissibilità e non di procedibilità della domanda.

Nel caso in esame, per l'appunto, parte attrice ha intrapreso il presente giudizio quando il rapporto di conto corrente era ancora in essere.

Pertanto, considerato l'oramai consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, in pendenza di rapporto, la natura ripristinatoria o solutoria delle rimesse effettuate (nel periodo anteriore al decennio) impone una indagine circa l'esistenza di un contratto di apertura di credito.

Orbene, agli atti non è presente alcun contratto di apertura di credito; parte attrice - su cui graverebbe l'onere della relativa prova - non ha svolto la benché minima allegazione in ordine all'esistenza di un affidamento sul conto, né sussistono indici rivelatori da cui rilevare l'esistenza di un'apertura di credito, sia pure in termini fattuali e non contrattuali.

Senonché, l'ultimo estratto conto prima della citazione (nonché l'unico allegato alla stessa) attesta un saldo positivo a favore del correntista alla data del 31.03.2005 ammontante ad € 307.823,00.

Risultando, quindi, provata in concreto la mancata effettuazione di un pagamento da parte del correntista, la domanda di ripetizione deve essere rigettata.

Peraltro, la stessa produzione documentale effettuata da parte attrice all'udienza del 19.01.2016 ha dimostrato che la chiusura del conto è avvenuta nel 2012 con un saldo a credito, e non a debito, del correntista, ciò escludendo una seconda volta che vi sia stato alcun pagamento.

3. Ciò posto, deve ancora osservarsi che, se il cliente non può agire in ripetizione di indebito se non individua e prova almeno una rimessa solutoria (ossia un pagamento), ciò non impedisce affatto al cliente di proporre, in funzione o anche in via alternativa o cumulativa all'azione ex art. 2033 c.c., un'azione di nullità (*amplius*, di accertamento negativo) intesa ad ottenere: a) la dichiarazione di nullità delle clausole

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Catanzaro, Dott.ssa Carmen Ranieli, 05 aprile 2016, n. 581

contrattuali (che prevedano, a titolo di es., diversa periodicità di chiusura al fine di liquidare le competenze, l'applicazione di interessi eccedenti il tasso soglia ecc.); b) l'accertamento della nullità degli addebiti (a titolo di interessi, commissioni e spese) eseguiti dalla banca in base a clausola nulla o comunque in difetto di una conforme previsione contrattuale; c) il conseguente storno dell'annotazione indebita, con ricalcolo del rapporto di dare-avere.

Questa azione può essere normalmente proposta quando il c/c è ancora aperto, senza che a ciò ostino le pur esatte considerazioni di Cass. n. 798/2013, che riguardano la sola azione di ripetizione dell'indebito.

Infatti, in primo luogo, sul piano dell'interesse ad agire, quando il c/c è aperto, l'interesse del cliente trova normale soddisfazione nel ricalcolo dell'effettivo saldo, depurato dagli addebiti nulli. Secondo la varietà dei casi, il ricalcolo conseguente allo storno dell'indebito può implicare semplice riduzione dell'esposizione debitoria, maggiore disponibilità di fido (se il c/c è affidato), perfino passaggio a credito del saldo di c/c.

In secondo luogo, sul piano degli elementi costitutivi dell'azione, l'azione di nullità/accertamento negativo condivide con quella ex art. 2033 c.c. un nucleo comune di fatti (addebito in c/c in base a patto nullo oppure in mancanza di patto), il quale esaurisce il contenuto della prima e costituisce parte del più ampio *thema decidendum* della seconda. Soltanto per agire in ripetizione di indebitum - non anche per agire per la nullità - il cliente ha l'onere di allegare e provare, oltre all'indebitum, anche lo spostamento patrimoniale, ossia la rimessa solutoria.

Pertanto, il cliente può chiedere la dichiarazione di nullità, senza che, all'effetto, assumano rilevanza, come fatti costitutivi della pretesa le seguenti circostanze, determinanti l'esistenza di un pagamento secondo il canone di Cass., Sez. Un. n. 24418/2010: che il c/c sia affidato o scoperto; che la somma utilizzata sia rimasta contenuta nei (o abbia ecceduto dai) limiti del fido; che il cliente abbia provveduto a versamenti solutori (su c/c scoperto o in extra-fido).

Proposta dal cliente l'azione di nullità, la questione dei pagamenti fatti mantiene bensì una sua rilevanza, ma solo come materia di eccezione, quando la banca eccepisca la prescrizione per le rimesse su conto scoperto o in extra-fido ultradecennali. L'esistenza del pagamento ultradecennale vale qui come limite all'azione di nullità ex art. 1422 c.c., ossia impedisce che nella determinazione del dare-avere si tenga conto del credito restitutorio del correntista.

A ciò segue, evidentemente, che la domanda di nullità può essere sempre proposta, anche in costanza di rapporto e senza onere di indicare e provare pagamenti fatti, visto che l'onere probatorio è semmai a carico della banca (in tal senso le stesse Sezioni Unite n. 24418/2010).

Nella specie, parte attrice, pur dichiarando di agire in ripetizione di indebitum (o per la condanna della banca a restituire), ha chiesto espressamente l'accertamento della nullità delle clausole e delle somme indebitamente annotate e il relativo storno e tanto basta a ritenere ammissibile e decidere nel merito la domanda di nullità, non ostandovi la mancata indicazione di pagamenti.

Ciò chiarito, deve essere tuttavia evidenziato che il dovere di rilevamento d'ufficio da parte del giudice di nullità afferenti alle clausole contrattuali non può essere confuso con il potere istruttorio e con l'onere della prova in ordine ai rapporti di dare ed avere intercorsi tra le parti.

Il giudice può infatti accertare d'ufficio una nullità inerente al contratto sulla base della documentazione e delle risultanze istruttorie fornite dalla parte cui incombeva il detto onere, ma non può esercitare d'ufficio attività istruttorie sopperendo al mancato assolvimento dell'onere relativo che fa capo ad una delle parti in relazione ai rapporti intercorsi con la controparte (cfr. Cass., 7 maggio 2015, n. 9201).

Sentenza, Tribunale di Catanzaro, Dott.ssa Carmen Ranieli, 05 aprile 2016, n. 581

In tal senso, è stato altresì ritenuto che l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto fatti negativi, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo (Cass. n. 23229/04 e Cass. n. 9099/12).

Sicché chi esperisce una azione di accertamento negativo deve fornire la prova della fondatezza della propria domanda.

Per la ricostruzione della movimentazione contabile è essenziale, in primo luogo, l'acquisizione del contratto e degli estratti conto relativi a tutto il rapporto contrattuale, atteso che soltanto la produzione della intera sequenza degli estratti conto consente di ricostruire in maniera puntuale il rapporto contrattuale intercorso tra le parti e, quindi, di verificare la pattuizione e la concreta applicazione di interessi anatocistici e/o usurari.

Ed infatti, per valutare e accertare il fondamento della domanda attorea, occorre innanzitutto esaminare il testo del contratto per accertare se tutte o alcune delle clausole indicate dall'attore siano contenute in quello ovvero se nel regolamento contrattuale manchino in tutto o in parte tali pattuizioni.

Nel caso di specie, la società attrice non ha prodotto entro i termini di delimitazione del *thema probandum* né il contratto di conto corrente né gli estratti conto (ad eccezione dell'ultimo), onde non era onere del giudice (né tantomeno del c.t.u.) disporre l'acquisizione.

Pertanto, non può non evidenziarsi l'irritualità con cui i suddetti documenti sono stati acquisiti agli atti di causa, irritualità da cui discende l'assoluta inutilizzabilità degli stessi.

Ed invero, la sequenza (incompleta) degli estratti conto risulta prodotta da parte attrice mediante consegna al c.t.u., dopo quindi la scadenza dei termini ex art. 184 c.p.c. e, dunque, tardivamente.

Ed ancora, a fronte della perdurante incompletezza della documentazione acquisita, è stato rivolto ordine di esibizione della documentazione mancante alla banca, sulla base della richiesta avanzata al Giudice dal c.t.u.

Orbene, quanto alla richiesta di esibizione ex art. 210 c.p.c., la giurisprudenza prevalente - muovendo dalla considerazione che l'ordine di esibizione è uno strumento istruttorio ufficioso e residuale, utilizzabile soltanto quando la prova del fatto non sia acquisibile *aliunde* e l'iniziativa non presenti finalità meramente esplorative, vale a dire non sia diretta a indagare se il documento contenga la prova stessa - ha affermato che l'istanza di esibizione ex art. 210 c.p.c. è inammissibile quando abbia ad oggetto documenti direttamente accessibili alla parte istante, vale a dire documenti che la parte - nel diligente assolvimento dell'onere probatorio su di essa gravante - avrebbe potuto e dovuto acquisire e, quindi, allegare agli atti di causa.

Con specifico riguardo alla documentazione bancaria, sussiste il diritto del correntista, ex art. 119, comma 4, T.U.B., di ottenere dall'istituto bancario, a proprie spese, la consegna di copia della documentazione relativa a ciascuna operazione registrata sull'estratto conto nell'ultimo decennio, indipendentemente dall'adempimento del dovere di informazione da parte della banca e anche dopo lo scioglimento del rapporto; tale diritto si configura come un diritto sostanziale autonomo, la cui tutela è riconosciuta come situazione giuridica finale e non strumentale, ragion per cui, per il suo riconoscimento, non assume alcun rilievo l'utilizzazione che il cliente intende fare della documentazione, una volta ottenuta.

Stante, quindi, il diritto sostanziale riconosciuto al correntista di chiedere e ottenere dalla banca tutta la documentazione contabile inerente al rapporto, è evidente che nel caso in cui il correntista-attore non

*Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11*

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Catanzaro, Dott.ssa Carmen Ranieli, 05 aprile 2016, n. 581

produca la documentazione contabile a sostegno della domanda, né tanto meno dimostri di avere avanzato, prima del giudizio, richiesta alla banca di acquisizione della detta documentazione contabile e di non avere ricevuto riscontro o di avere avuto un diniego alla detta richiesta, tale carenza probatoria non può essere colmata mediante l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. rivolto alla banca e avente ad oggetto la documentazione contabile inerente al rapporto bancario.

In altri termini, l'ordine di esibizione ex art. 210 del codice di rito non può supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante. Pertanto, nel caso in cui l'attore non produce i contratti e gli estratti conto relativi all'intero rapporto, non è possibile pretendere che tale carenza probatoria venga colmata mediante l'ordine di esibizione rivolto alla banca di tutta la documentazione contabile inerente al rapporto di conto corrente.

Meno che mai l'ordine di esibizione può essere emanato laddove manchi la relativa istanza di parte che, all'evidenza, non può provenire dal c.t.u.

Analoghe considerazioni devono essere svolte con riferimento alla disposta consulenza tecnica d'ufficio.

Invero, la c.t.u. non è un mezzo istruttorio in senso proprio ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tende a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni ovvero quando essa è diretta a compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati. Ove ciò avvenga, la c.t.u. non può essere utilizzata in sede di decisione in quanto erroneamente disposta.

Parte attrice non ha, pertanto, assolto l'onere probatorio che su di lei gravava e non poteva essere in ciò alleviata attraverso il ricorso alla consulenza tecnica.

Al rigetto delle superiori domande consegue, altresì, il rigetto della domanda risarcitoria.

4. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate, come in dispositivo, alla stregua dei parametri di cui al D.M. n. 55 del 2014, applicando una diminuzione del cinquanta per cento, come consentito dall'art. 4 del predetto D.M., tenuto conto della difficoltà delle questioni giuridiche trattate e dei mutamenti giurisprudenziali che si sono registrati in materia.

Sono, altresì, poste definitivamente a carico del soccombente le spese di c.t.u., già liquidate con separato decreto.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando nel contraddittorio tra le parti, disattesa ogni contraria istanza, così provvede:

- rigetta integralmente la domanda proposta dalla correntista nei confronti della Banca;
- condanna la correntista, in persona del legale rappresentante p.t., alla rifusione, in favore della Banca, delle spese di lite, liquidate in € 6.715,00, oltre rimb. forf., Iva e Cpa, come per legge;
- pone definitivamente a carico della correntista le spese di c.t.u., già liquidate con separato decreto.

Catanzaro, li 05.04.2016

Il Giudice
dott.ssa Carmen Ranieli

Sentenza, Tribunale di Catanzaro, Dott.ssa Carmen Ranieli, 05 aprile 2016, n. 581

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*

EX PARTE CREDITORIS