

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale di Agrigento in persona del Giudice unico
Dott. Luciana Razete**

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel procedimento OMISSIS

TRA

BANCA

-attore-

Contro

SOCIETA'-CLIENTE

-convenuta-

Oggetto: Contratti bancari

La SOCIETA'-CLIENTE, in persona del suo legale rappresentante, esponendo che, a seguito della trasformazione di consorzio in società a responsabilità limitata e contestuali trasferimenti di rami di azienda, giusta rogito in Not. OMISSIS del 15/12/2006, aveva "acquisito i rapporti giuridici dalle società OMISSIS ed OMISSIS", conveniva in giudizio la BANCA, quale società incorporante OMISSIS, proponendo azione per "ripetizione di indebito pagamento" delle somme, a suo dire, illegittimamente corrisposte dalle predette società a titolo di interessi anatocistici, commissioni di massimo scoperto, valute, relativamente ai seguenti cc/cc di corrispondenza:

soc. OMISSIS S.p.A.

- a) n.OMISSIS, ex OMISSIS, "acceso nel 4°trimestre del 1996 ed estinto nel 2°trimestre del 1997";
- b) n.OMISSIS, ex OMISSIS, "acceso nel 2°trimestre del 1991 ed estinto nel 3°trimestre del 2002";
- c) n.OMISSIS ex OMISSIS, "acceso nel 3°trimestre del 1987 ed estinto nel terzo trimestre del 1999";
- d) n. OMISSIS acceso nel I trimestre del 93 ed estinto nel terzo trimestre del 2003
- e) n.OMISSIS, ex OMISSIS, "acceso l'01/10/1993 ed estinto nel 4°trimestre del 2002";
- f) n.OMISSIS, ex OMISSIS, "acceso il 30/09/1994 ed estinto il 30/04/1998";
- g) n.OMISSIS, ex OMISSIS, "acceso nel 2° trimestre del 1991 ed estinto nel 4°trimestre del 2002".

Concludeva per la declaratoria di nullità delle clausole di determinazione degli interessi anatocistici, delle commissioni di massimo scoperto, valute e/o spese, e per la condanna alla restituzione delle somme indebitamente riscosse dalla banca ed, in istruttoria, chiedeva l'ammissione di CTU contabile.

All'udienza del 22/01/2014 il Giudice, rilevata d'ufficio la nullità della notifica dell'atto di citazione, non conforme allo schema di cui all'art. 145 c.p.c., non essendo stata eseguita presso la sede legale della banca, ne disponeva la rinnovazione.

La citazione, unitamente al predetto verbale di udienza, veniva, quindi notificata il 20/02/2014 all'Istituto che si costituiva con comparsa, depositata il 10.07.2014, con la quale eccepiva, preliminarmente, il difetto di legittimazione attiva dell'attrice e la improcedibilità della domanda non preceduta dal tentativo di conciliazione, nel merito, ne deduceva l'infondatezza per carenza di prova: eccepiva la prescrizione dell'azione essendo trascorsi oltre dieci anni tra la data di estinzione dei conti e la proposizione della domanda giudiziale.

Con ordinanza dell'11.06.2015 il Giudice rinviava la causa per la precisazione delle conclusioni sulle questioni preliminari (legittimazione attiva, improcedibilità, prescrizione), e la causa era posta in decisione all'udienza del 27.01.2016, con assegnazione dei termini *ex art.190 cpc*.

Va innanzitutto premesso che il contratto di cessione di ramo d'azienda rappresenta una forma di successione a titolo particolare e non universale (come invece ad esempio la fusione per incorporazione che determina la successione nell'*universum ius*) per cui la successione è limitata ai rapporti indicati dal negozio.

Nel regime precedente alla modifica dell'art. 2504-bis cod. civ, ad opera del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, la fusione di società determina una situazione giuridica corrispondente alla successione universale e produce l'estinzione delle società partecipanti alla fusione o della società incorporata, nonché la contestuale sostituzione nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti ad esse capo.

Ne consegue che la società risultante dalla fusione, con altre società, della società originariamente convenuta in giudizio è legittimata, ai sensi dell'art. 110 cod., proc. civ., a costituirsi nel giudizio di primo grado e a proporre appello avverso la sentenza di quel grado a sé sfavorevole, a nulla rilevando che contestualmente alla fusione vi sia stato anche il trasferimento di un ramo d'azienda della società originariamente convenuta; in quanto tale trasferimento non determina il venir meno della legittimazione della società risultante dalla fusione, ma comporta soltanto che, ai sensi dell'art. 111 cod. proc. civ., si aggiunge ad essa la legittimazione della società cessionaria, quale successore a titolo particolare. (Fattispecie relativa al licenziamento di un funzionario di banca dipendente da una società che, nel corso del giudizio di primo grado, si era fusa con altre società e la cui attività, contestualmente alla fusione, era stata trasferita a terzi, con atto di cessione d'azienda). (Sez. L, Sentenza n. 6845 del 22/03/2010).

In particolare la Cassazione ha ritenuto che, per ravvisare una cessione d'azienda, il giudice debba da un lato indagare la comune intenzione delle parti, dall'altro verificare l'obiettiva consistenza dei beni dedotti in contratto.

Al di là del profilo interpretativo soggettivo relativo alla volontà delle parti, che rimane una *quaestio facti* legata al singolo caso concreto, perché possa parlarsi di trasferimento d'azienda, deve trattarsi oggettivamente di un complesso di beni organizzati per l'esercizio di impresa.

In questo senso i beni stessi sono caratterizzati dall'appartenenza all'azienda, non quale massa omogenea, bensì in quanto inseriti nella struttura, in relazione al fine tecnico ed economico che persegue l'impresa, cui l'azienda si riferisce.

Decisivo è pertanto il concetto di organizzazione dei beni, quale requisito di idoneità per lo svolgimento dell'attività di impresa.

Tanto premesso, una volta accertata l'esistenza di un complesso aziendale idoneo ad essere oggetto di trasferimento, occorre esaminare gli effetti che possono prodursi in concreto su singoli elementi aziendali:

- a) potrà aversi il trasferimento, quale effetto naturale del contratto di debiti, crediti e contratti; ma naturalmente tale effetto naturale della cessione (il fatto che siano compresi debiti, crediti e contratti) non potrà mai essere ritenuto elemento necessario o obbligatorio, senza del quale non possa parlarsi di cessione d'azienda infatti avviene di frequente che il cessionario ed il cedente prevedano espressamente l'esclusione dal subentro nei contratti e/o nei crediti e debiti;
- b) potrà aversi il trasferimento dell'avviamento commerciale, che può qualificarsi come la capacità produttiva dell'azienda; ma la cessione di azienda senza avviamento, perché collegata ad impresa in perdita, è ipotesi che può ricorrere;
- c) deve aversi il trasferimento della licenza commerciale: a tale proposito va precisato che una autonoma cessione della autorizzazione amministrativa all'esercizio al commercio (ex L. 1971/426) non è configurabile, in quanto l'autorizzazione è trasferibile unitamente all'azienda cui si riferisce.

Dalle osservazioni che precedono, relative alla non necessità che nell'ambito di un trasferimento d'azienda tutti gli elementi ed i beni aziendali siano effettivamente ricompresi nel trasferimento, consegue, secondo parte della dottrina, che debba essere respinta la tesi dell'azienda quale *universitas* ed accolta, invece, la tesi c.d. atomistica, secondo la quale l'azienda costituisce una semplice pluralità di beni distinti, non collegati tra loro materialmente, ma solo funzionalmente, in quanto tutti destinati dall'imprenditore all'esercizio della sua impresa.

La tesi c.d. "atomistica" può apparire in larga misura consona a rappresentare l'effettivo andamento delle contrattazioni, che non sempre includono tutti i rapporti aziendali nella cessione.

Non vi è dubbio, però, che quasi sempre la cessione d'azienda ha un senso proprio nella misura in cui vi è un trasferimento complessivo di beni e rapporti aziendali organizzati (es., esercizio che sia legato a particolari contratti o crediti).

Dal punto di vista delle conseguenze pratiche che possono riguardare un negozio di trasferimento di azienda, occorre ritenere che nel singolo caso concreto dovrà valutarsi la configurazione minima o il contenuto possibile dell'azienda e ritenere essenziali ad integrare il concetto di azienda tutti quei beni e/o servizi difficilmente sostituibili o fungibili e comunque essenziali a mantenere l'identità del progetto imprenditoriale e le caratteristiche qualitative del processo produttivo; più specificatamente la composizione aziendale andrà esaminata in base alla funzione svolta da ogni elemento aziendale con riguardo alla specifica fattispecie contrattuale.

Da questo quadro emerge che non sempre è agevole verificare se le parti abbiano inteso trasferire l'azienda o un singolo ramo d'azienda ovvero, in alternativa, singoli beni facenti parte del compendio aziendale.

I

Il conferimento di un'azienda individuale in una società di persone o di capitali costituisce una cessione d'azienda, la quale comporta, per legge, la cessione dei crediti relativi all'esercizio di essa, che, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto, nei confronti dei terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese. (Sez. 3, Sentenza n. 19155 del 19/08/2013).

La cessione dell'azienda, a norma dell'art. 2559 cod. civ., ha carattere unitario ed importerebbe il trasferimento al cessionario, senza necessità di una specifica pattuizione nell'atto di trasferimento, di tutti i crediti inerenti alla gestione dell'azienda ceduta.

L'ostacolo al trasferimento dei crediti può derivare dalla contraria volontà manifestata dalle parti del contratto di cessione, e non dal carattere personale del rapporto, menzionato, invece, dall'art. 2558 cod. civ., che disciplina la sorte dei contratti, mentre l'inerenza del credito alla gestione dell'impresa non è esclusa dalla sua natura extracontrattuale, se il fatto illecito sia stato commesso ai danni dell'azienda. (Sez. 1, Sentenza n. 13676 del 13/06/2006).

Con il contratto di cessione di ramo di azienda (contestuale alla trasformazione della SOCIETA'-CLIENTE da consorzio a società a responsabilità limitata) da parte delle società OMISSIS ed OMISSIS, i contraenti hanno inteso limitare il trasferimento dei rapporti inerenti al ramo d'azienda conferito (settore edile) ai rapporti di appalto non ancora definiti ed esauriti e la volontà negoziale non consente di ritenere che la Società attrice sia subentrata nei diritti nascenti dai rapporti bancari estinti, ormai esauriti in data antecedente alla cessione medesima, come esposto dalla stessa OMISSIS e come riportato in narrativa da cui risulta che i conti furono chiusi nel 97 nel 99, nel 2002 e quello più recente il 10 settembre 2003.

I rapporti di cc/cc in contestazione, già estinti da anni non hanno formato oggetto di cessione come emerge dalla lettura dell'atto in OMISSIS del 15/12/2006 ove viene espressamente previsto "*il subingresso in tutti i crediti e le pretese di carattere economico che sono maturati in testa alle società conferenti ...in dipendenza di appalti...per lavori per i quali tuttora non si sia comunque avuta la conclusione o comunque la definizione*".

Con la memoria 183 VI comma n.l, SOCIETA'-CLIENTE sostiene che il rogito notarile in questione testualmente prevede "*i conti correnti bancari accesi in tempi passati per la conduzione di cantieri edili sono stati estinti... in questa sede viene conferita la capacità giuridica per il recupero delle somme a titolo di interessi anatocistici dei seguenti conti correnti...*".

Tale locuzione come correttamente rilevato dalla banca, in effetti, non si rinviene nell'atto notarile del 15/12/2006 in Not. OMISSIS, bensì nelle due relazioni di stima redatte dall'esperto revisore dei Conti, che ha redatto la relazione per la cessione del ramo di azienda ai sensi dell'art. 2465 c.c. secondo cui "*La relazione ...deve contenere la descrizione dei beni o crediti conferiti, l'indicazione dei criteri di valutazione adottati...*".

Art. 2465. Stima dei conferimenti di beni in natura e di crediti.

Chi conferisce beni in natura o crediti deve presentare la relazione giurata di un di un revisore legale o di una società di revisione legali iscritti nell'apposito registro.

La relazione, che deve contenere la descrizione dei beni o crediti conferiti, l'indicazione dei criteri di valutazione adottati e l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai

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

fini della determinazione del capitale sociale e dell'eventuale soprapprezzo, deve essere allegata all'atto costitutivo.

La disposizione del precedente comma si applica in caso di acquisto da parte della società, per un corrispettivo pari o superiore al decimo del capitale sociale, di beni o di crediti dei soci fondatori, dei soci e degli amministratori, nei due anni dalla iscrizione della società nel registro delle imprese.

In tal caso l'acquisto, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, deve essere autorizzato con decisione dei soci a norma dell'articolo 2479.

Nei casi previsti dai precedenti commi si applicano il secondo comma dell'articolo 2343 ed il quarto e quinto comma dell'articolo 2343-bis.(1)

L'articolo ha così sostituito l'originario art. 2464, in virtù dell'art. 3 D.Lgs 17.01.2003, n. 6, con decorrenza dal 01.01.2004. E' stato così modificato dall'art. 37 D.Lgs. 27.01.2010 n. 39 con decorrenza dal 07.04.2010.

Si riporta di seguito il testo previgente:

"Chi conferisce beni in natura o crediti deve presentare la relazione giurata di un esperto o di una società di revisione iscritta nell'albo speciale.

La relazione, che deve contenere la descrizione dei beni o crediti conferiti, l'indicazione dei criteri di valutazione adottati e l'attestazione che il loro valore è almeno pari a quello ad essi attribuito ai fini della determinazione...".

Stante la natura e la finalità della relazione di stima, descrittiva ed estimativa, appare di intuitiva evidenza che la stessa (dicembre 2006) non possa prevedere effetti negoziali quali la cessione di crediti anche incerti e non liquidi (come nella specie i pretesi crediti verso le banche il cui riconoscimento e quantificazione sarebbe stato affidato, peraltro dopo ben otto anni, alla domanda giudiziale proposta nel 2014) che avrebbero dovuto essere contemplati dall'atto di cessione.

L'atto di cessione ha ben circoscritto l'oggetto del conferimento prevedendo all'art.7 che *"Per effetto di detti conferimenti la SOCIETA'-CLIENTE subentra alle OMISSIS e alla OMISSIS in tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi inerenti il ramo di azienda ceduto e quindi nell'attività comunque collegata all'impresa di costruzioni; tale subingresso in tutti i rapporti, i contratti e le attività ... comporta altresì, perché così di patto espresso, il subingresso in tutti i crediti e le pretese di carattere economico che sono maturati in testa alle tre società conferenti in dipendenza degli appalti alle stesse conferiti per lavori per i quali tuttora non si sia comunque avuta la conclusione o comunque la definizione".*

Nessuna menzione e/o riferimento di sorta risulta effettuato relativamente ai presunti crediti nascenti da rapporti bancari già chiusi ed estinti, che non sono certi (in quanto sarebbero stati solo in seguito affidati all'alea del giudizio), né liquidi (determinati nel loro ammontare) ed esigibili come preteso dagli attori.

La locuzione *"i conti correnti accesi in tempi passati per la conduzione di cantieri edili sono stati estinti... OMISSIS ha già dato incarico al legale per il recupero degli interessi anatocistici applicati dalle banche relativamente agli anni 1995 ai 2000 in questa sede viene conferita la capacità giuridica per il recupero delle somme a titolo di interessi anatocistici dei seguenti conti correnti..."* compare dunque solo nelle due perizie di stima in termini identici ,seguita dall'elencazione delle banche presunte debitorie (diverse per la OMISSIS ed OMISSIS), del numero di contratto di conto corrente, senza nessuna indicazione neppure approssimativa del credito reclamato

e non vale ad integrare il contenuto e gli effetti negoziali del contratto di cessione di ramo di azienda in cui si fa riferimento ai rapporti in corso relativi a contratti di appalto; peraltro nella specie non è provato che tali contratti bancari (considerata la pluralità di banche indicata nella perizia di stima, molte delle quali estranee all'odierno giudizio come il OMISSIS e OMISSIS) si riferissero ai rapporti di appalto.

Il procedimento di valutazione dei conferimenti di beni in natura e di crediti, disciplinato dall'art. 2465 c.c., per le società a responsabilità limitata, impone al professionista la "...descrizione dei beni o crediti conferiti" che deve essere analitica e specifica, dovendo riportare singolarmente le attività conferite con i riferimenti utili alla individuazione, oltre alla "indicazione dei criteri di valutazione adottati...", e nella specie il presumibile valore di realizzo dei crediti di cui nessuna traccia, per i crediti in contestazione, si rinviene nelle richiamate perizie giurate che si limitano ad indicare una serie di rapporti bancari che, per ammissione del professionista, sarebbero stati "accesi in tempi passati per la conduzione di cantieri edili" e che sarebbero estinti.

Data la natura e la stessa *ratio* della perizia giurata, ex art.2465 c.c., non possono ritenersi oggetto di stima presunti crediti, non specificatamente indicati e/o valutati; in ogni caso, la perizia estimativa, atto meramente descrittivo e con finalità estimative, non può integrare il contenuto negoziale e gli effetti della cessione del ramo di azienda che sono quelli fissati dall'atto notarile, deputato a raccogliere la volontà delle parti nonché l'oggetto e l'esatta individuazione del conferimento.

La semplice lettura dell'art.7 del rogito in Not. OMISSIS del 15/12/2006 indica, con palmare evidenza, che i rapporti conferiti riguardano soltanto "gli appalti per i quali non si sia comunque avuta la conclusione o comunque la definizione".

Dunque, il subingresso è stato limitato ai rapporti di appalto in corso.

La volontà di limitare gli effetti della cessione emerge con palese evidenza sempre dalla lettura testuale dell'articolo 7 del contratto dove si esclude il subingresso della SOCIETA'-CLIENTE - in deroga all'articolo 2560, comma secondo cc, che afferma la responsabilità del cessionario per i debiti, risultanti dai libri contabili obbligatori - nei debiti e sopravvenienze passive sia verso lo Stato che verso enti pubblici ivi compresi istituti previdenziali ed assicurativi, privati e fornitori dovendosi la SOCIETA'-CLIENTE ritenersi estranea a qualsiasi posizione debitoria non espressamente contemplata e trasferita e comunque non compresa nelle perizie allegate, qui invece espressamente indicate con uno specifico rimando.

Nessun riferimento si rinviene agli asseriti crediti per interessi anatocistici che, non solo, non possono ritenersi certi e/o esigibili, in quanto contestati ed, eventualmente, da determinarsi sia nell'an che nel *quantum* ma, neppure, possono ritenersi meri *beni aziendali*, legati cioè da un vincolo funzionale e strumentale per l'esercizio dell'impresa, come correttamente osservato dalla banca nei suoi atti difensivi.

Appare quindi evidente la volontà di limitare la cessione, sotto il profilo attivo, ai rapporti di appalto non ancora esauriti e, sotto quello passivo, a quelli risultanti dalle perizie.

Va escluso che tali presunti crediti possano ritenersi oggetto del conferimento mancando alcuna indicazione nell'atto notarile e mancando anche la prova della eventuale inerenza dei rapporti in c/c *de quibus* ad appalti in corso e, dunque, conferiti.

La circostanza che i cc/cc *de quibus* risultino estinti, lascerebbe anzi presumere che anche gli appalti, ove agli stessi in ipotesi collegati, si siano definiti e conclusi.

In ogni caso la inerenza dei rapporti bancari oggi in contestazione ad appalti in corso non è affatto certa, considerato che dalla perizia di stima sia la OMISSIS che la OMISSIS risultano aver intrattenuto una molteplicità di rapporti bancari con altri istituti, estranei al presente giudizio.

Va quindi dichiarato il difetto di titolarità attiva del rapporto controverso (questione di merito) della SOCIETA' -CLIENTE per i crediti reclamati non ricompresi nella cessione.

Va poi evidenziato che anche per il conto corrente chiuso in epoca più recente era trascorso oltre un decennio prima della citazione del 20 febbraio 2014 (gli effetti interruttivi della prescrizione sono prodotti da un atto avente natura recettizia che, per la domanda giudiziale, deve essere rappresentato da una citazione valida ed efficace che è rappresentata da quella, rinnovata a seguito del rilievo di nullità in data 20.02.2014).

L'incidenza dell'istituto della sanatoria delle nullità processuali, e specificamente della nullità della notificazione dell'atto introduttivo, sulla disciplina degli effetti interruttivi della prescrizione deve essere contemperata con il principio, chiaramente desumibile dall'art. 2943 c.c., del carattere recettizio dell'atto interruttivo.

Su questo punto, l'insegnamento consolidato della Corte (anche successivo alla sentenza n. 4630/1997, e a quella successiva conforme 28 novembre 2001 n. 15075) espresso dal principio che la rinnovazione della notificazione nulla di un atto di citazione a giudizio (disposta ed eseguita a mente del disposto dell'art. 291 c.p.c.) non può ritenersi idonea a determinare effetti interruttivi del corso della prescrizione con decorrenza retroattiva alla data della notificazione invalida, avendo la norma civilistica (nel sancire espressamente che la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio) stabilito un'innegabile connessione tra effetto interruttivo e natura recettizia dell'atto, con la conseguenza che la mancata introduzione, nella sfera giuridica del destinatario, dell'atto di notifica nullo, non consentirà in alcun modo a quest'ultimo di risultare funzionale alla produzione dell'effetto retroattivo citato, a nulla rilevando la disposizione di cui all'art. 291 c.p.c., colma 1, la quale, stabilendo che *“la rinnovazione della citazione nulla impedisce ogni decadenza”*; non ha inteso riferirsi all'istituto della prescrizione (da Cass. 7 luglio 2006 n. 15489 in motivazione).

Al di là dell'assorbente rilievo del difetto di titolarità attiva del rapporto controverso l'azione sarebbe comunque prescritta non potendo essere interrotta dagli atti di costituzione in mora del 28 aprile 2006, 31 ottobre 2006 e 14.11.2006.

La domanda giudiziale ha sempre efficacia interruttiva rispetto a qualunque diritto soggettivo, la costituzione in mora del debitore può avere tale efficacia interruttiva, invece limitatamente ai diritti di obbligazione e cioè a quei diritti rispetto ai quali corrisponde un obbligo di prestazione della controparte.

Ogni qual volta il diritto si fonda sulla declaratoria di nullità, annullabilità, inefficacia di un atto, la prescrizione può essere validamente interrotta soltanto dalla domanda giudiziale come nel caso di specie nel quale il presunto pagamento indebito si fonda sulla postulata nullità, da accertarsi giudizialmente, delle clausole contrattuali asseritamente illegittime; in tale prospettiva, si configura l'esercizio di diritto potestativo.

Nel caso di specie, tutti i rapporti di cc/cc dedotti in giudizio sono stati chiusi da oltre un decennio, rispetto alla notifica dell'atto di citazione in rinnovazione, eseguita il 20/02/2014.

Da tale ultima data deve computarsi a ritroso il termine di prescrizione poiché "a nulla rilevando la mera possibilità che la nullità (della notifica della citazione) sia successivamente sanata" in quanto "i relativi effetti sul corso della prescrizione decorrono dal momento della sanatoria medesima, senza efficacia retroattiva" (Cass. Sez. Civile Sez. I 16/05/2013 n. 11985).

In tema di applicazione degli artt. 2943, primo comma, e 2945, secondo comma, cod. civ., la nullità della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio impedisce l'interruzione della prescrizione e la conseguente sospensione del suo corso fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio. a nulla rilevando, in senso contrario, la mera possibilità che la nullità sia successivamente sanata, e fermo restando che, qualora la sanatoria processuale abbia poi effettivamente luogo, i relativi effetti sul corso della prescrizione decorrono dal momento della sanatoria medesima, senza efficacia retroattiva. (Così Sez. I, Sentenza n. 11985 del 16/05/2013, conforme a cassaz 15849 / 2006 prima richiamata in un caso identico a quello oggi in esame).

La Corte ha respinto la tesi del fallimento, secondo cui, essendo la nullità della citazione sanabile con efficacia retroattiva, diversamente dall'inesistenza, la sentenza d'appello, che nel precedente giudizio aveva dichiarato la nullità della notificazione dell'atto e del giudizio, avrebbe tuttavia fatto salvo l'effetto interruttivo sospensivo della citazione.

La Corte ha affermato che l'atto di citazione in questione, notificato presso la filiale di Bari invece che presso la sede legale in Torino della banca, non era venuto a conoscenza del legale rappresentante della banca, non essendo stato introdotto correttamente e tempestivamente nella sfera giuridica del convenuto.

L'art. 2943 c.c., comma 1 attribuisce efficacia interruttiva della prescrizione alla notificazione dell'atto con il quale si introduce un giudizio; vale a dire che attribuisce uno speciale effetto di diritto sostanziale ad un atto regolato dalla legge processuale.

In questa, pertanto, devono ricercarsi i criteri di validità dell'atto interruttivo qui considerato, giacché, se costituisce apprezzamento di fatto, come tale riservato al giudice del merito, la valutazione dell'idoneità di un atto ad interrompere la prescrizione, ciò non vale quando si tratti degli atti previsti espressamente e specificamente dalla legge come idonei all'effetto interruttivo, come nei casi indicati nei primi due commi dell'art. 2943 cod. civ. (Cass. 18 settembre 2007 n. 19359), per i quali deve valere il criterio indicato dalla legge.

Le norme applicabili a questo riguardo sono essenzialmente quelle contenute nel codice di rito (artt. 137-150), nonché in alcune leggi speciali (in particolare, L. 20 novembre 1982, n. 890, sulle

notificazioni a mezzo posta, e L. 21 gennaio 1994, n. 53, sulla facoltà di notificazioni per gli avvocati).

In forza dei principi generali dell'ordinamento, la violazione di queste norme, se tale da costituire causa di nullità, priva la notificazione della sua efficacia anche sotto il profilo in esame.

Non verificandosi l'effetto interruttivo, non sarebbe di conseguenza applicabile neppure. l'art. 2945 c.c., comma 2, per il quale, solo se l'interruzione è avvenuta mediante uno degli atti indicati dai primi due commi dall'art. 2943 c.c. la prescrizione non decorre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio.

Il punto è precisato, ad esempio, in Cass. 17 dicembre 1999 n. 14243, dove si afferma che l'effetto interruttivo della prescrizione derivante dalla domanda giudiziale perdura fino al passaggio in giudicato della sentenza definitiva del giudizio, non solo in merito, ma anche su questioni pregiudiziali di rito.

Ed invero, l'azione di ripetizione di indebito attiene all'esercizio di un diritto potestativo, in quanto si presuppone che l'asserito pagamento sia dichiarato inefficace, a qualsiasi titolo (nel caso per l'asserita nullità delle clausole anatocistiche e di applicazione della commissione di massimo scoperto); ne consegue, che l'interruzione del termine prescrizionale interviene solo con la domanda giudiziaria, non essendo sufficiente un atto di costituzione in mora o una diffida a pagare.

Mentre la domanda giudiziaria ha sempre efficacia interruttiva rispetto a qualunque diritto soggettivo, la costituzione in mora del debitore può avere tale efficacia interruttiva limitatamente ai diritti di obbligazione e cioè a quei diritti rispetto ai quali corrisponde un obbligo di prestazione della controparte.

Ogni qual volta il diritto si fonda sulla declaratoria di nullità, annullabilità, inefficacia di un atto, la prescrizione può essere validamente interrotta soltanto dalla domanda giudiziaria, come nel caso di specie nel quale il presunto pagamento indebito si fonda sulla asserita nullità, da accertarsi giudizialmente, delle clausole contrattuali di cui si invoca l'illegittimità.

La costituzione in mora del debitore può avere efficacia interruttiva della prescrizione limitatamente ai diritti cui corrisponde un obbligo di prestazione della controparte e non anche rispetto ai diritti potestativi... ai quali corrisponde nella controparte una posizione di mera soggezione all'iniziativa altrui.

Ne consegue che la domanda giudiziale costituisce l'unico strumento per realizzare l'interesse protetto dall'ordinamento, restando irrilevante ogni atto stragiudiziale di costituzione in mora, ai sensi dell'art.2943 c.c..

Mentre la domanda giudiziale è atto che vale a spiegare efficacia interruttiva della prescrizione rispetto a qualsiasi diritto soggetto ad estinguersi per l'inerzia del titolare, la costituzione in mora del debitore può avere tale efficacia limitatamente ai diritti cui corrisponde un obbligo di prestazione della controparte e non anche rispetto i diritti potestativi, quali sono quelli miranti alla pronuncia di inefficacia, di annullamento o di risoluzione di un atto ai quali corrisponde nella controparte una posizione di mera soggezione all'iniziativa altrui.

Ne consegue che per l'azione di annullamento del contratto di vendita (nella specie, di cessione di quote di società a responsabilità limitata) la domanda giudiziale costituisce l'unico strumento per realizzare l'interesse protetto dall'ordinamento, restando irrilevante ogni atto stragiudiziale di costituzione in mora ai sensi dell'art. 2943 cod. civ. (Sez. 2, Sentenza n. 25468 del 16/12/2010).

Sez. 2, Sentenza n. 20332 del 27/09/2007. *La facoltà di domandare la risoluzione del contratto di vendita, attribuita dall'art. 1492 cod. civ. al compratore di una cosa affetta da vizi, ha natura di diritto potestativo, a fronte della quale la posizione del venditore è di mera soggezione; ne consegue che la prescrizione dell'azione - fissata in un anno dall'art. 1495, terzo comma, cod. civ. - può essere utilmente interrotta soltanto dalla proposizione di domanda giudiziale e non anche mediante atti di costituzione in mora, che debbono consistere, per il disposto dell'art. 1219, primo comma, cod. civ. in una intimazione o richiesta di adempimento di un'obbligazione previsioni che si attagliano ai diritti di credito e non anche ai diritti potestativi.*

Non v'è dubbio, allora, che parte attrice non possa, in nessun caso, ottenere la condanna della banca alla restituzione di somme, che reclama come indebitamente percepite nel corso dei rapporti *de quibus*, per le quali è maturata la prescrizione decennale, non solo, dalle singole annotazioni periodiche, trimestrali od annuali, ma, anche, dalla definitiva chiusura dei conti alla data del rinnovo della notifica dell'atto introduttivo del giudizio (e, dunque delle somme annotate nel periodo antecedente al 20/02/2004, data in cui la citazione è stata notificata).

Le Sezioni Unite della S.C. (sentenza del 02/12/2010 n.24418), in materia di *dies a quo* del decorso della prescrizione nei rapporti di apertura di credito, hanno enunciato il seguente principio di diritto *"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 infermi.*

Nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizionale 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". (Sez. U, Sentenza n. 24418 del 02/12/2010, negli stessi termini Cass 6857/ 2014).

Quindi il termine prescrizionale per la restituzione dell'indebito è di 10 anni e decorre dalla chiusura del conto se i pagamenti hanno una semplice funzione ripristinatoria della provvista e non hanno, invece, funzione solutoria di pagamento.

In quest'ultimo caso, infatti, il termine decorre da ogni singolo pagamento.

Poiché la chiusura dell'ultimo conto risale al 2003 e quindi ad oltre dieci anni calcolati a ritroso dalla citazione del 20.2.2014 l'azione di ripetizione dell'indebito è prescritta (stante l'inefficacia ai fini interruttivi degli atti di costituzione in mora anzi indicati).

La domanda va rigettata.

Spese come da soccombenza.

PQM

Definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti rigetta la domanda della SOCIETA'-CLIENTE nei confronti di BANCA e condanna l'attrice al pagamento delle spese liquidate in favore della BANCA in complessivi euro 6.000 oltre rimborso forfetario delle spese generali iva e cp come per legge.

Agrigento 7/12/2016

**Il giudice unico
Luciana Razete**

**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