

**CONSULENTE TECNICO, CUSTODE ED ALTRI AUSILIARI DEL GIUDICE -  
 PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE**  
 CONSULENTE TECNICO, CUSTODE ED ALTRI AUSILIARI DEL GIUDICE

PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE  
 Onere della prova

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI MONZA

- Sezione III civile -

in composizione monocratica nella persona del dott. Federico Rolfi, in funzione di Giudice Unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato, promossa con atto di citazione notificato in data 1 febbraio 2010 a ministero dell'Alutante Ufficiale Giudiziario addetto all'Ufficio Notifiche del Tribunale di Monza

DA

Ir s.r.l. in liquidazione, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in omissis ed elettivamente domiciliata a omissis, presso lo studio dell'avv. Di i., che la rappresenta e difende, unitamente all'avv. G. del Foro di Lodi, come da procura a margine dell'atto di citazione

ATTORE

CONTRO

Bi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in omissis ed rappresentata e difesa dall'avv. M. del Foro di Milano (con studio in omissis), come da procura generale alle liti in atti

CONVENUTA

OGGETTO: azione di ripetizione di indebito - rapporti bancari

**CONSULENTE TECNICO, CUSTODE ED ALTRI AUSILIARI DEL GIUDICE -  
 PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE**

Svolgimento del processo

Con atto di citazione regolarmente notificato alla controparte la I s.r.l. in liquidazione conveniva la Bi S.p.A., premettendo in fatto di avere intrattenuto con la convenuta i rapporti di conto corrente nn. omissis, e lamentando che nel corso di detti rapporti la banca convenuta aveva proceduto all'addebito di voci non dovute per anatocismo, commissione di massimo scoperto, valute, etc.

Tutto ciò premesso, chiedeva che il tribunale, previa declaratoria di "illegittimità della prassi" seguita dall'istituto di credito, condannasse la B S.p.A. alla ripetizione delle somme percepite in modo indebito, quantificate in Euro 100.100,00.

Si costituiva la parte convenuta opposta che contestava la fondatezza dell'avversa domanda, chiedendone il rigetto.

Senza svolgimento di attività istruttoria, le parti venivano invitate a precisare le conclusioni e, previa assegnazione di termine per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, la causa veniva trattenuta in decisione.

### **CONSULENTE TECNICO, CUSTODE ED ALTRI AUSILIARI DEL GIUDICE - PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE**

Motivi della decisione

Ritiene il Tribunale che la domanda debba essere disattesa.

Va subito detto che la domanda - anche se non affetta da quella nullità che la convenuta aveva eccepito nella comparsa di costituzione e risposta - presentava comunque profili di indeterminazione alquanto marcati. Parte attrice si è limitata ad indicare due rapporti di conto corrente (\*) (In realtà la convenuta (cfr. anche pag. 6 della conclusionale) ha eccepito che il conto omissis era un "conto speciale" accessorio all'altro, regolamentato dalla stesse pattuizioni del primo e privo di autonomia), senza neppure peritarsi di indicare la data di conclusione dei medesimi, e senza neppure indicare nello specifico le clausole di cui lamentava la nullità.

Va infatti rammentato che in generale gli istituti di cui nello specifico la I s.r.l. in liquidazione lamenta l'applicazione (anatocismo, commissione di massimo scoperto, valute, tassi di interesse, etc.) sono istituti in linea di massima contrattuali, cioè previsti nelle clausole dei contratti di conto corrente bancario. Ma se così è l'azione di ripetizione di indebito presuppone la preliminare declaratoria di nullità della clausola, perché è solo una volta travolta la previsione contrattuale, che l'attribuzione patrimoniale diviene sine titolo, e legittima la proposizione della condicito indebiti, laddove nella specie l'esame delle conclusioni rassegnate dalla I s.r.l. in liquidazione (non a caso nella presente sede riprodotte nella loro integralità) legittimerebbe forse persino il rigetto dell'intera domanda per mancata formulazione della domanda preliminare di nullità, attesa la singolarità della domanda di accertamento della "illegittimità della prassi" (capo 1) o della "causa nulla" (capo 2) formulate dall'attrice.

Volendo tuttavia superare tale rilievo preliminare, riconoscendo nelle domande una (molto) indiretta richiesta di declaratoria di nullità, il tribunale deve rilevare che le contestazioni della I s.r.l. in liquidazione sono state operate in via del tutto generica, senza in alcun modo indicare in modo concreto le violazioni contestate, ed in particolare senza indicare il tasso concretamente applicato, le spese e le commissioni non dovute, l'ammontare della capitalizzazione non dovuta, le poste che sarebbero state indebitamente imputate dalla banca a parte opponente.

Ritiene il Tribunale che il correntista che agisca in ripetizione di indebito abbia l'onere di irrobustire le proprie allegazioni, dal momento che la generica denuncia della nullità di alcune clausole, accompagnata dalla mera richiesta di una C.T.U. si traduce di fatto in una violazione dei principi del contraddittorio processuale, che impongono alla parte di allegare in modo chiaro i fatti posti a fondamento della propria domanda. Delto compito, poi, deve ritenersi ancora più gravoso - sino ad assumere positivamente l'onere di cui all'art. 2697 c.c. - qualora come nella specie, la parte abbia addirittura agito per ottenere la ripetizione, da parte dell'istituto di credito, di somme asseritamente corrisposte in accesso. In questo caso, infatti, deve trovare applicazione il principio generale più volte statuito dalla Suprema Corte per cui l'onere della prova dell'insussistenza del debito grava sull'attore (cfr. Cass. civ., Sez. III, 15 luglio 2003, n. 11073; Cass. civ., Sez. V, 21 luglio 2000, n. 9604; Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 1998, n. 1557).

A fronte di tali oneri di allegazione e prova, qualora la parte si limiti invece a denunciare la nullità di clausole contrattuali, senza - come nella specie - neppure produrre ed indicare tali clausole, è da ritenersi - secondo questo il Tribunale - che l'azione debba essere respinta siccome infondata, non bastando certo, a supplire al mancato assolvimento dei suddetti oneri, la richiesta di una C.T.U. contabile. E' ben vero che la Consulenza Tecnica ben può essere finalizzata ad effettuare un accertamento di profili specialistici di tipo tecnico, secondo il costante orientamento della Suprema Corte per cui se da un lato è vero che la C.T.U. non costituisce in genere mezzo di prova, è altresì vero che "Il giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti da lui

stesso accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente). Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi che le parti possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. In questo secondo caso è necessario, infatti, che la parte quanto meno deduca il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento" (Cassazione civile sez. un., 4 novembre 1996, n. 9522; cfr. altresì Cassazione civile sez. III, 4 novembre 2002, n. 15399; Cassazione civile sez. III, 31 luglio 2002, n. 11359; Cassazione civile sez. III, 7 marzo 2001, n. 3343; Cassazione civile sez. lav., 12 dicembre 2000, n. 15630; Cassazione civile sez. lav., 17 agosto 2000, n. 10916). Tuttavia, tale principio deve conciliarsi con il divieto di attività istruttoria di ufficio e con la preclusione, per il giudice, di porre rimedio a difetti nelle allegazioni e prove della parte, mediante il ricorso ad un mezzo istruttorio officioso.

Operate tali considerazioni di principio, poi, si devono muovere ulteriori osservazioni su alcune delle lagnanze mosse in via generale dalla parte opponente.

Circa il motivo di opposizione inerente all'applicazione della capitalizzazione trimestrale, il Tribunale osserva che il contratto di conto corrente stipulato tra le parti (doc. 3 prodotto dalla convenuta) effettivamente prevedeva una capitalizzazione trimestrale, con clausola ritenuta nulla dalla giurisprudenza più recente della Suprema Corte, anche a Sezioni Unite (cfr. da ultimo Cass., Sez. Unite, 2 dicembre 2010, n. 24418).

Va tuttavia detto che successivamente alla modifica dell'art. 120 T.U.L.B. - apportata con l'art. 25 d.lg. 4 agosto 1999, n. 342 - ed all'adozione della delibera C.I.C.R. 9 febbraio 2000, cui le norme citate appunto rinviavano per la determinazione delle modalità e dei criteri di produzione di interessi sugli interessi, il legislatore ha reso nuovamente operativo - stavolta legittimamente - il meccanismo di produzione di interessi con tasso di capitalizzazione trimestrale, cosicché di illegittimità della capitalizzazione potrebbe parlarsi solo con riferimento all'operatività del conto anteriore a tale data.

Orbene, la infondatezza della domanda della I s.r.l. in liquidazione deriva da una serie di molteplici aspetti:

1.) La decisione Cass., Sez. Unite, 2 dicembre 2010, n. 24418 poc'anzi citata, superando un precedente orientamento, ha chiarito che, in tema di prescrizione dell'azione di ripetizione di indebito su conto corrente bancario (prescrizione che la B S.p.A. ha regolarmente eccepito), non può ritenersi condivisibile la tesi per cui il termine di cui all'art. 2935 c.c. verrebbe a decorrere necessariamente dalla chiusura definitiva del conto. Ha, invece, chiarito la Suprema Corte, che, qualora il correntista effettui versamenti su un conto corrente "scoperto" (o perché non assistito da alcuna apertura di credito; o perché affidato, ma con superamento del limite dell'affidamento medesimo), la prescrizione dell'azione di ripetizione verrà a decorrere dai singoli pagamenti. Diversamente (e solo in tale ipotesi) qualora il passivo non abbia superato il limite dell'affidamento concesso al cliente - avendo i versamenti la funzione di meri atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere - non vi sarà alcuna decorrenza di termine prescrizione, non potendosi individuare dei "pagamenti" rilevanti ex art. 2033 c.c.

Facendo applicazione del principio al caso di specie, si deve rilevare che sarebbe gravato sulla parte attrice l'onere di allegare ed indicare in modo specifico quali pagamenti avevano semplicemente ripristinato in tutto o in parte la provvista e quali invece avevano contribuito una esposizione vera e propria, giacché mentre per i secondi la prescrizione deve ritenersi ormai decorsa (visto che dopo il 1999 l'anatocismo è divenuto legittimo), solo per i primi si sarebbe potuto ritenere non decorso il termine di cui all'art. 2935 c.c. Nel caso di specie, tuttavia, parte attrice si è limitata a produrre una "consulenza" che altro non è se un apodittico riconteggio effettuato "soltanto sugli e/c a disposizione ossia soltanto gli anni dal 1995 al 1999" (cfr. doc. 3 Im.Ge.En. s.r.l. in liquidazione), così venendo meno al suo onere sia di allegazione sia di prova. Né tale onere poteva essere surrogato dall'istanza ex art. 210 c.p.c. (capo 9 delle conclusioni),

giacché il combinato disposto di cui agli artt. 210 c.p.c. e 94 disp. att. c.p.c. chiarisce che l'istanza di esibizione di un documento deve contenere la specifica indicazione del documento medesimo, al fine di consentire al giudice di valutare la pertinenza del documento e la sua idoneità a provare determinati fatti (cfr. Cassazione civile sez. I, 8 settembre 1999, n. 9514; Cassazione civile sez. I, 11 novembre 1999, n. 12507; Cassazione civile sez. I, 14 ottobre 1998, n. 10147; Cassazione civile sez. I, 13 giugno 1991 n. 6707), e ferma la necessità che la documentazione non sia reperibile aliunde (laddove il correntista dovrebbe avere regolarmente ricevuto gli estratti conto). Emerge, inoltre, che non sono ammissibili istanze di emissione di provvedimenti ex art. 210 c.p.c. aventi ad oggetto non specifici documenti ma "i documenti" o "tutta la documentazione" relativa a determinati fatti in quanto dette istanze hanno contenuto e finalità chiaramente esplorative e spesso mirano non solo a supplire agli oneri probatori gravanti sulla parte, ma anche a far acquisire alla parte quelle allegazioni fondamentali che è invece suo onere dedurre sin dagli atti introduttivi (Cassazione civile sez. I, 14 settembre 1995, n. 9715; Cassazione civile sez. I, 17 dicembre 1994, n. 10834). Ciò vale a spiegare perché il Tribunale abbia ritenuto nel caso concreto di disattendere l'istanza, presentando la medesima caratteri chiaramente incompatibili con i presupposti normativi e dovendosi quindi considerare l'istanza medesima inammissibile.

2) Ulteriormente, si deve osservare che sulla materia è intervenuto il legislatore con l'art. 2, comma 61, della legge n. 10 del 2011, di conversione del c.d. Decreto Milleproroghe (D.L. 29 dicembre 2010 n. 225) disponendo, da un lato che "in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa", e dall'altro "in ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge". Le previsioni in esame renderebbero nella specie viepiù evidente la infondatezza della domanda, atteso che le pretese della I s.r.l. in liquidazione dovrebbero ritenersi - alla luce della prima metà della previsione - del tutto prescritte.

Quanto alla commissione di massimo scoperto, ritiene il tribunale di dover affermare la legittimità della stessa sulla base delle considerazioni espresse in un precedente di questo tribunale (diverso estensore), che qui si riproducono.

(...)

Questo Giudice, dissentendo dall'interpretazione proposta dall'attore e dall'AA, ritiene che la pattuizione della c.m.s. non sia priva di causa e non possa essere assimilata alla determinazione convenzionale degli interessi, per le seguenti ragioni. La prima ragione attiene alla funzione della commissione di massimo scoperto. Va considerato, in proposito, che, con la conclusione del contratto di apertura di credito ("fido") in conto corrente, vengono poste in essere dalla banca due utilità concrete. Da un lato, il cliente ottiene l'erogazione dei fondi, a cui corrisponde, in termini di controprestazione, l'addebito degli interessi pattuiti. Dall'altro, il cliente ottiene la messa a disposizione dei fondi, con il conseguente obbligo, a carico della banca, di erogare il credito a semplice richiesta del cliente. Anche la seconda delle due prestazioni deve trovare adeguata remunerazione da parte del correntista. Infatti, la banca sostiene l'onere di tenere a disposizione del cliente una certa giacenza liquida, con corrispondente incremento del costo di gestione della propria tesoreria. La c.m.s. svolge, dunque, la funzione di corrispettivo di tale onere, a fronte del quale il cliente beneficia di un sicuro vantaggio economico, potendo meglio gestire la propria liquidità attraverso la possibilità di conseguire, in qualsiasi momento e senza preavviso, l'erogazione di un credito, nei limiti dell'affidamento. Non può negarsi, sotto questo profilo, l'autonoma ragion d'essere dell'obbligazione di pagamento della c.m.s. rispetto a quella di pagamento degli interessi. Tale autonomia, del resto, sussisterebbe anche secondo la tesi, prospettata dalla convenuta, per cui la c.m.s. avrebbe la funzione - lato sensu assicurativa - di distribuire tra tutti i clienti della banca il rischio per la restituzione delle somme da essa prese a prestito presso il sistema interbancario o presso i privati.

(...) Nulla esclude, infatti, che le parti convengano di determinare il corrispettivo della messa a disposizione dei fondi attraverso una modalità che non faccia riferimento, una tantum, all'importo del fido accordato, bensì distribuisca tale corrispettivo nell'arco del rapporto attraverso l'applicazione di un importo calcolato secondo un diverso criterio, quale quello adottato nella fattispecie. Bisogna considerare, in proposito, che la funzione concreta del patto resta, in entrambi i casi, quella di fare fronte all'esigenza di remunerazione di cui si è detto in precedenza; per contro, ove si eliminasse la clausola dal contratto, tale esigenza resterebbe insoddisfatta. Ne

consegue che non può ravvisarsi la dedotta nullità per assenza della causa (potendosi, semmai, esprimere riserve circa la proporzionalità ed il rapporto di adeguatezza tra la prestazione pecuniaria in parola e la corrispondente obbligazione della banca: ma si tratta di un profilo che qui non interessa, in quanto non oggetto di contestazione).

Quanto all'assimilazione agli interessi, oltre alla diversa funzione, la c.m.s. presenta, rispetto a tale obbligazione, anche delle peculiarità di tipo strutturale, connesse con le anzidette modalità di calcolo. Come si è evidenziato in dottrina, gli interessi compensativi, in quanto corrispettivo del godimento del denaro altrui, fanno necessariamente riferimento, giorno per giorno, al capitale realmente utilizzato, ai sensi dell'art. 821 comma 3 c.c. Invece la c.m.s. viene calcolata sulla "punta massima" dello scoperto di periodo, prescindendo dalla effettiva durata per cui essa viene a realizzarsi nel periodo di riferimento. Al riguardo, è opportuno evidenziare come la Banca d'Italia, nell'elaborare, con propria circolare del 1° ottobre 1996 (periodicamente aggiornata, da ultimo nel 2006), le "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura", abbia chiarito che la c.m.s. non entra nel calcolo del T.E.G. (tasso effettivo globale), rispetto al quale va rilevata separatamente.

Concludendo sul punto, poiché la clausola relativa alla c.m.s. non può essere assimilata alla determinazione convenzionale degli interessi, ad essa non può ritenersi applicabile, tout court, l'art. 1284 c.c. Ne discende che anche il profilo di nullità secondo cui si tratterebbe di un'applicazione di interessi non validamente pattuiti va ritenuto insussistente.

(...)

Le spese seguono la soccombenza ex art. 91 c.p.c. e sono liquidate direttamente in dispositivo tenendo conto della natura e del valore della controversia, della qualità e quantità delle questioni trattate e dell'attività complessivamente svolta dai difensori, sulla base dei parametri contemplati dalla vigente Tariffa, e tenendo altresì conto della necessità di liquidare comunque, anche ex officio, le spese generali di studio che l'art. 14 della suddetta Tariffa quantifica a forfait nella misura del 12,5% (Cassazione civile, sez. III, 18 giugno 2003, n. 9700; Cassazione civile, sez. III, 9 aprile 2003, n. 5581; Cassazione civile, sez. II, 18 marzo 2003, n. 4002; Cassazione civile, sez. III, 3 agosto 2002, n. 11654).

**CONSULENTE TECNICO, CUSTODE ED ALTRI AUSILIARI DEL GIUDICE -  
PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE**  
P.Q.M.

Il Tribunale di Monza, sezione di Monza, definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda ed eccezione rigettata, così provvede:

1) respinge la domanda proposta dalla I ..... s.r.l. in liquidazione nei confronti della B ..... S.p.A. con citazione notificata in data 1° febbraio 2010;

2) condanna la I ..... s.r.l. in liquidazione al pagamento in favore della B ..... S.p.A. delle spese processuali che liquida in Euro 332,9 per spese, Euro 3.081,38 per unici e Euro 9.500,00 per onorari, oltre spese generali, I.V.A. e C.P.A.

Sentenza per legge esecutiva.

Così deciso in Monza, il 16 maggio 2011.

Depositata in Cancelleria il 18 maggio 2011.

Copyright 2008 Wolters Kluwer Italia Srl - Tutti i diritti riservati  
UTET Giuridica® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.