

rapporto oggetto del presente giudizio (n. [redacted] per mancanza delle condizioni economiche in termini di tassi d'interesse applicati, commissioni e spese, così come prevede l'art 117 TUB con ogni conseguenza di legge in ordine all'illegittima applicazione di interessi anatocistici, ultra-legali, all'illegittima applicazione di commissioni di massimo scoperto e spese non pattuite ma applicate dalla banca;

- accertare e dichiarare la nullità ed inefficacia, per violazione degli artt. 1283, 2697 e 1418 c.c., della convenzione, di cui ai rapporti di conto corrente oggetto del presente giudizio, relativa alla capitalizzazione trimestrale degli interessi, competenze, spese ed oneri applicati nel corso dell'intero rapporto e, per l'effetto, dichiarare l'inefficacia di ogni e qualsivoglia capitalizzazione di interessi al rapporto in esame;
- accertare e dichiarare la nullità ed inefficacia, per violazione degli artt. 117 TUB, 1325 e 1418 c.c. degli addebiti in conto corrente per non convenute commissioni di massimo scoperto trimestrali e spese;
- accertare e dichiarare il carattere usurario, anche ex L. 108/1996, degli interessi corrisposti da [redacted] magna a [redacted] s.p.a. (già Banca Popolare dell'Emilia Romagna soc. coop.) relativamente al contratto di conto corrente n. 1116403, come accertato nella perizia della [redacted] i, con ogni conseguente statuizione di legge anche ex art. 2033 e 1815 c.c.;
- accertare e dichiarare, per l'effetto, previa rideterminazione del saldo contabile, l'esatto dare-avere tra le parti del rapporto sulla base della riclassificazione contabile del medesimo in regime di interesse sostitutivo, senza capitalizzazione di interessi passivi, con eliminazione di non convenute commissioni di massimo scoperto, spese e di interessi;
- condannare [redacted] (già L. coop.) alla restituzione, delle somme illegittimamente addebitate e/o riscosse, nei confronti di [redacted] S.p.A. - [redacted] E [redacted] - pari all'importo di € 54.681,87 così come accertato nella consulenza di parte redatta dalla [redacted] del maggior o minore importo che risulterà determinato in corso di causa, oltre interessi legali dal dovuto al saldo;

IN VIA ISTRUTTORIA,

- disporre, consulenza tecnica contabile, volta al ricalcolo di tutte le competenze relative ai rapporti di conto corrente n. [redacted] stipulato da [redacted] [redacted] S.p.A. con [redacted] (on [redacted] Banca s.p.a.), applicando, in assenza di una valida pattuizione delle condizioni economiche, i tassi sostitutivi ex art. 117 T.U.B. in regime di capitalizzazione semplice per le competenze debitorie, escludendo le CMS e gli oneri non convenuti, compreso l'annullamento dei giorni valuta, ed all'accertamento circa l'entità della commissione di massimo scoperto applicati alle operazioni bancarie in conto corrente concluse tra la parte attrice e [redacted] s.p.a. meglio descritte in narrativa;
- Con vittoria di spese, diritti ed onorari oltre al rimborso forfettario come per legge, IVA e CPA, con distrazione in favore del sottoscritto difensore antistatario. >>

CONVENUTA: come da folio allegato al verbale, già trasmesso in via telematica.

Pertanto:

««Piaccia, all'Ill.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza, eccezione e/o deduzione disattese:
NEL MERITO IN VIA PRELIMINARE:



1.1 Sempre in via preliminare va riconosciuta l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione. Per comodità espositiva le ragioni saranno illustrate successivamente, dopo aver inquadrato con la necessaria ed imprescindibile precisione sia i fatti di causa sia il riparto dell'onere probatorio, aspetti entrambi fondamentali.

2. Passando al merito, non è contestato tra le parti che la posizione debitoria contestata faccia capo all'ente e trovi ragione nel debito accumulato e riferito al conto corrente dedotto, allo stesso intestato e stipulato il 03.04.2002 (cfr. doc. 1), sul quale confluivano e si succedevano varie linee di credito, aspetto questo invece contestato dalla banca, derivanti da apertura di credito, accordata ininterrottamente dall'esordio e, poi, ridotta, fino all'anno 2015, epoca in cui è intervenuto un finanziamento di €. 50mila, volto proprio alla sua sostituzione.

Il conto corrente è stato, quindi, azzerato e definitivamente chiuso in data 19.01.2018 (Cfr. doc. 6).

In particolare nel mese di aprile del 2002 veniva concesso un affidamento di Euro 103.000 (cfr. doc. 12), definitivamente ed ultimamente ridotto ad Euro 50 mila in data 28.09.2007 (cfr. docc. 13 e 14). Tale situazione trova diretta conferma nelle certificazioni rilasciate dalla Centrale Rischi di Banca d'Italia.

I contratti relativi ai summenzionati rapporti sono stati in più riprese espressamente richiesti alla Banca (cfr. docc 2 - 5), la quale si è limitata ad inviare unicamente il contratto di conto corrente ordinario, peraltro privo di alcuna condizione in termine di tassi d'interesse, valute, commissioni, spese, etc.. (cfr. doc. 1).

2.1 L'ONERE PROBATORIO e LA PRESCRIZIONE

Nello specifico, sinteticamente ribadito, le richieste di parte attorea si fondano sul ritenuto indebito conteggio d'interessi ultralegali, commissioni, spese e anatocismo in presenza di mancato rispetto della forma scritta del contratto, perché privo della pattuizione specifica delle loro misure ed entità, nonché di asserita applicazione di tassi usurari, come sinteticamente già esposto.



2.1.1 Quanto al riparto dell'onere della prova nel processo civile vale il noto

brocardo onus probandi incumbit ei qui dicit.

Tale principio è sancito – con assoluta chiarezza – dall'art. 2697 c.c., ove si afferma che “*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono fondamento*”, mentre “*chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda*”.

La norma in esame *a contrario* distribuisce tra le parti le conseguenze negative che derivano dalla mancata prova dei fatti: sarà soccombente la parte che non ha fornito la dimostrazione dei fatti che aveva l'onere di provare.

Nel caso in cui sia il correntista ad agire in giudizio per l'accertamento della nullità di clausole contrattuali e la conseguente revisione del saldo ovvero per la ripetizione delle somme indebitamente versate alla banca a titolo di interessi anatocistici e/o usurari o per qualunque altra ragione, incombe sul medesimo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2697 c.c., l'onere di allegare specificamente e di altrettanto specificamente provare tutti i fatti posti a base della domanda.

Grava dunque sul correntista-attore l'onere di dimostrare l'esistenza di specifiche poste passive del conto corrente oggetto di causa, rispetto alle quali l'applicazione di interessi anatocistici e/o usurari etc., ha determinato esborsi maggiori rispetto a quelli dovuti.

Sul punto la giurisprudenza – tanto di merito quanto di legittimità – è unanime nel ritenere che anche in caso di accertamento negativo trova applicazione il normale criterio di riparto dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c.: l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava sempre su colui che si afferma titolare del diritto stesso ed intende farlo valere, ancorché agisca o sia convenuto in giudizio di accertamento negativo (Cass. civ., ordinanza n. 16917 del 04/10/2012). La regola del riparto dell'onere probatorio, pertanto, non subisce deroghe in ragione della natura negativa dei fatti dedotti.

In tal senso la Suprema Corte, in una recente pronuncia ha affermato: “*va premesso che la giurisprudenza di questa Corte ha costantemente ritenuto che qualora l'attore*



proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria ma proponga domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispettive contrapposte pretese (Cass. 3374/07; Cass. 12963/05; Cass. 7282/97; Cass.).

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 nè 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; tuttavia, in tal caso la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo. (Cass. 23229/04; Cass. 9099/12)"“Ne segue che la banca deve dimostrare l'entità del proprio credito mediante la produzione degli estratti conto a partire dall'apertura del conto, e ove ne manchi la completa documentazione, a partire dal c.d. saldo zero e del pari il correntista, pur agendo per l'accertamento negativo, dovrà fornire la prova della fondatezza della propria domanda, producendo l'estratto conto zero, tanto più ove si tenga conto che tale estratto conto, inviato per legge ai correntisti, fa sì che gli stessi si trovino in posizione paritaria rispetto alla banca sotto il profilo della possibilità di produrre il documento.” (cfr. Cass. civ., 9201/2015).

Conseguentemente tale onere probatorio va assolto mediante la produzione del contratto di conto corrente e degli estratti conto relativi a tutto il rapporto contrattuale chiamato in causa, atteso che soltanto la produzione del contratto, unitamente all'intera sequenza degli estratti conto, consente di ricostruire in maniera puntuale il rapporto intercorso tra le parti e, quindi, di verificare la pattuizione e la concreta applicazione di interessi anatocistici e/o usurari e la loro eventuale illegittimità (cfr. T Brindisi 14.03.2016 e T. Genova 15.05.2016; Tribunale Benevento, sez. II, 14/03/2016).



In parte qua il Tribunale di Bologna è concorde nel ritenere ci [ex multis e più recentemente Trib. Bologna n° 1309/17 (Dr.ssa Rossi), n° 2419/17 (Dr. Iovino) e n° 20952/17 (Dr. Iovino)].

Si tratta peraltro di documenti che, qualora non siano in possesso del correntista, possono essere facilmente reperiti, posto il diritto dello stesso, ex art. 119 co. 4 TUB, di ottenere dall'istituto bancario la consegna, a proprie spese, di *copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni*.

Stante, quindi, il diritto sostanziale del correntista di chiedere e ottenere dalla banca la documentazione contabile inerente al rapporto (ex art 119 TUB), è evidente che nel caso in cui il medesimo non produca in giudizio la documentazione contabile a sostegno della domanda – **né dimostri di avere avanzato, prima del giudizio, richiesta in tal senso alla banca senza aver ricevuto riscontro o avendo avuto un diniego espresso** (che non riguarda la fattispecie odierna)– il Giudice dovrà rigettare la domanda, non essendo tale carenza probatoria giustificabile nè in altro modo colmabile.

In questi casi, dunque, il mancato assolvimento dell'onere probatorio non può essere supplito tramite l'esperimento di una consulenza tecnica d'ufficio, la cui funzione è quella di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute e non quella di esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste.

A ragionare diversamente si creerebbe un pericoloso *vulnus* al principio dispositivo, cardine del processo civile.

Da ultimo, poi, la Suprema Corte quanto all'ordine ex art. 210 cpc ha ricordato che in via generale << *l'esibizione a norma dell'art. 210 c.p.c. non può in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico del correntista che agisce in giudizio nei confronti della Banca.* >> (Cass. civ. Sez. VI - 1 Ordinanza, 12-09-2016, n. 17923) e che << *è principio fermo quello secondo cui l'esibizione a norma dell'art. 210 cod. proc. civ. non può in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante. La parte ricorrente, in quanto società di capitali - per*



ovvie ragioni di ostensione, anche a terzi (soci e contraenti), della propria contabilità - ha il dovere, prima ancora che l'onere, di conservare la documentazione bancaria e, solo in caso di eccezionale allegazione di particolari eventi, avrebbe potuto richiedere, anteriormente al giudizio e, se necessario, con apposita domanda giudiziale, di ricostruire la propria per mezzo di quella conservata dalla Banca. >> (Cass. civ. Sez. VI - 1 Ordinanza, 04-04-2016, n. 6511), spiegando altresì che << non pu \square aderirsi all'interpretazione secondo cui, in ragione del principio di prossimità o vicinanza della prova, doveva essere la Banca a fornire la documentazione che la cliente non aveva avuto cura di conservare. Infatti, il richiamato principio di prossimità o vicinanza della prova, in quanto eccezionale deroga al canonico regime della sua ripartizione, secondo il principio ancor oggi vigente che impone (incumbit) un onus probandi ei qui dicit non ei qui negat, deve trovare una pregnante legittimazione che non pu \square semplicisticamente esaurirsi nella diversità di forza economica dei contendenti, ma esige l'impossibilità della sua acquisizione simmetrica, che nella specie è negata proprio dall'obbligo richiamato dall'art. 117 TUB, secondo cui, in materia bancaria, "i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti". L'assunto per cui tale consegna non sarebbe avvenuta, avrebbe dovuto costituire oggetto di una apposita e tempestiva documentata istanza all'Istituto di credito; analoghe considerazioni valgono in relazione agli estratti conto non depositati e mancanti, comunque utili alla ricostruzione dell'andamento del rapporto. Non hanno fondamento le censure con le quali si lamenta il mancato accertamento dell'esistenza di clausole anatocistiche vietate attraverso l'ammissione di una CTU di tipo contabile, così facendosi residuare l'onere documentaristico sulle spalle della banca convenuta; la richiesta tende a conseguire sotto altre spoglie, e persino attraverso un'inedita inversione dell'onere della prova, il medesimo risultato che si è negato attraverso le strade sopra già percorse. >> (cfr. ibidem).



2.2 Il correntista, a cui gravato, ha provveduto al deposito del contratto di conto corrente e delle sue condizioni generali e solo parzialmente degli estratti conto, dunque serie incompleta.

Su tale aspetto è sorta contestazione, perché la convenuta ritiene non interamente e sufficientemente soddisfatto l'onere probatorio in assenza della serie completa; su cui si rimanda a quanto si osserverà in successione, non senza anticipare la non divisibilità dell'affermazione.

La Banca, a cui gravata per quanto si dirà, non ha provveduto al tempestivo e completo deposito della documentazione contrattuale da cui desumere l'avvenuta pattuizione delle concrete condizioni (tassi, commissioni, spese etc.) di conto.

L'onere probatorio in capo alla banca di dimostrare l'avvenuta pattuizione concreta delle condizioni economiche relativa al rapporto di conto corrente deve affermarsi e ritenersi insoddisfatto, perché il correntista ha assolto il proprio onere probatorio, avendo dimostrato l'insussistenza di essa pattuizione proprio con la produzione del contratto di apertura del conto corrente, contenente le sole condizioni generali, e di ben due richieste di documentazione ex art. 119 TUB, antecedenti al giudizio, nonché di reclamo e formale messa in mora, nelle quali si protestava proprio l'assenza di pattuizioni specifiche, rimaste prive della risposta invocata. Null'altro questi poteva e doveva fare.

A questo punto sarebbe stato onere dell'Istituto di credito dimostrare che le suddette condizioni specifiche, inerenti a tassi, commissioni, spese etc., sussistevano ed erano state formalmente pattuite, cosa, come già detto, non avvenuta.

Infatti, *in parte qua* la Banca ha solo genericamente invocato il rispetto di un principio di buona fede, sottolineando l'accettazione concreta delle condizioni di conto, desunta dall'esecuzione pluriennale del rapporto ossia in buona sostanza *per facta concludentia*. Cui tuttavia non è sufficiente in ragione della specifica previsione dell'art. 117, c. 4, TUB, il quale prevede che i contratti indichino il tasso di interesse e ogni altro prezzo e



condizione praticati inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora.

Pertanto, deve ritenersi sussistere e così affermarsi, l'invocata nullità per difetto della pattuizione scritta delle condizioni regolanti il rapporto di conto corrente.

In ogni caso deve osservarsi come, se è vero che l'eventuale allegazione o eccezione in giudizio dell'assenza della firma deve rispettare il sovraordinato principio della buona fede e correttezza ex art. 1175 e 1375 cc, clausola generale dell'ordinamento giuridico, la cui valenza non può che essere massimamente intesa ed apprezzata anche in relazione alla concreta vicenda ed all'aspetto meramente formale del presunto vizio, è altrettanto vero che nel caso di specie non esiste alcun elemento certo per poter affermare l'intervenuta pattuizione delle condizioni regolatrici del rapporto.

D'altra parte, come condivisibilmente osservato nell'ordinanza interlocutoria della Suprema Corte¹, pronunciata per la tesi della irrilevanza della firma della banca, quest'ultima si imporrebbe *“a fini di prevenzione di un facile uso opportunistico dello strumento formale”* al fine di escludere ogni *“tutela a quel contraente che, maliziosamente abusando di una posizione di vantaggio conferita dalla legge ad altri fini, deducesse la nullità del contratto pur eseguito senza contestazioni da entrambe le parti.*

Si aggiunga altresì che, qualora la banca avesse sottoscritto la sua copia e consegnato la stessa al cliente, conservando la copia firmata da quest'ultimo, sarebbe non difficile, per il cliente scorretto, non produrre comunque in giudizio detto esemplare in suo possesso e negare sia mai stato firmato”.

¹ Cfr. la recente ordinanza della Suprema Corte Sezione I del 11-27.4.2017 n. 10447, la quale ha evidenziato che nella specifica materia della validità del contratto bancario sottoscritto dal solo cliente l'adozione di comportamenti concludenti posti in essere dalla banca e documentati per iscritto (predisposizione del contratto, invio degli estratti conto riportanti le condizioni contrattuali, etc.) realizzano comunque un valido equivalente della sottoscrizione eventualmente mancante (cfr. in termini F. Padova 29.05.2016 e 04.08.2016 est. Bertola; T. Torino 05.07.2016 est. Giusta; T. Reggio Emilia est. Morlini 28.04.2015 n. 682; C. App. Venezia 14.06.2016 n. 1377; C. App. L'Aquila 12.10.2016 n. 1055.

Recentemente la Cassazione a SU (n. 898/18 del 21.11.2017 dd 16.01.2018) ha sancito il principio della potenziale irrilevanza della mancanza di firma della banca.

Pronuncia confermata con ampio spettro di applicabilità ai contratti bancari da Cass. Sez. I - , Ordinanza n. 14243 del 04/06/2018 (Rv. 649119 - 01).



In altri termini, si corre il concreto rischio che, avallando la soluzione contraria, ossia quella non propugnata dalla Corte e, poi, non prescelta dalle SU², si “*potrebbe avallare senz'altro l'uso abusivo del diritto, da altre decisioni di questa S.C. tuttavia ampiamente stigmatizzato...o, se si vuole, la condotta contraria a buona fede, secolare portato di civiltà giuridica ex art. 1375 c.c.*”.

Passando ad esaminare il caso specifico il rilievo di nullità e inefficacia delle clausole per mancanza di pattuizione (e non solo della firma della banca), formulato da parte attrice, non è contrario ai principi di correttezza e buona fede, che devono assistere i comportamenti delle parti sia in sede di conclusione sia di esecuzione del contratto, non integrando sostanzialmente un abuso del diritto fatto valere con detto rilievo, pur trattandosi di un contratto che ha avuto esecuzione protratta per molti anni senza alcuna contestazione ma sulla base di condizioni economiche che non risultano provate come pattuite e, quindi, da ritenersi applicate unilateralmente dalla Banca, e la sanzione non può che ravvisarsi nell'inefficacia, atteso che esse prevedono condizioni regolatrici del rapporto in sé lecite, valide ed efficaci, ove coperte dal consenso, che invece è mancato. Conseguentemente a quanto detto che anche sotto il profilo formale i rapporti non possono ritenersi regolarmente pattuiti, così come non lo sono, tassi, commissioni, spese e condizioni in genere.

Ciò va detto anche con riferimento alla capitalizzazione degli interessi, la quale, benché approvata anche separatamente, con previsione d'identica periodicità e per iscritto, tuttavia non contiene alcun riferimento alla periodicità di computo.

E', pertanto, del tutto evidente come debba ritenersi verità processuale che non vi sia mai stata l'accettazione scritta, da parte del correntista, della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, degli interessi ultralegali, delle spese e delle commissioni, tutti applicati nel corso degli anni al rapporto di conto corrente, i quali sono stati unilateralmente determinati e conteggiati dalla Banca, e, pertanto, sono non dovuti. Discende da ciò che:

² Cassazione a SU (n. 898/18 del 21.11.2017 dd 16.01.2018).



- gli interessi devono essere ricalcolati al tasso sostitutivo previsto dall'art. 117 T.U.B.

(tasso nominale minimo dei BOT);

- le commissioni di massimo scoperto dovranno essere restituite;

- le spese (a qualunque titolo addebitate) dovranno essere restituite.

3. Da quanto detto consegue che restano assorbite le censure relative a:

A – interessi usurari, della quale peraltro se ne deve evidenziare la completa infondatezza, essendo allegata esclusivamente come usura oggettiva sopravvenuta (peraltro solo relativamente ad alcuni trimestri), essendosi manifestata per la prima volta nel secondo trimestre del 2009 e per un valore in esubero dello 0,002, come si evince dalla CTP (cfr. doc. 8 pag. 14). Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 19 ottobre 2017, n. 24675 sono intervenute a dirimere definitivamente la questione circa la configurabilità o meno della c.d. usura sopravvenuta, negandone ogni rilevanza : *“E’ avviso di queste Sezioni Unite che debba darsi continuità al primo dei due orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, che nega la configurabilità dell’usura sopravvenuta, essendo il giudice vincolato all’interpretazione autentica dell’art. 644 c.p., e art. 1815 c.c., comma 2, come modificati dalla L. n. 108 del 1996, (rispettivamente all’art. 1 e all’art. 4), imposta dal D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, cit.; interpretazione della quale la Corte costituzionale ha escluso la sospetta illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24, 47 e 77 Cost., con la sentenza 25/02/2002, n. 29, e della quale non può negarsi la rilevanza per la soluzione della questione in esame”*. Infatti, prosegue la Corte *“È priva di fondamento, infatti, la tesi della illiceità della pretesa del pagamento di interessi a un tasso che, pur non essendo superiore, alla data della pattuizione (con il contratto o con patti successivi), alla soglia dell’usura definita con il procedimento previsto dalla L. n. 108, superi tuttavia tale soglia al momento della maturazione o del pagamento degli interessi stessi.”* [...] *“Deve perciò concludersi che è impossibile affermare, sulla base delle disposizioni della L. n. 108 del 1996, diverse dall’art. 644 c.p., e art. 1815 c.c., comma 2, come da essa novellati, che il superamento del tasso soglia dell’usura al tempo del pagamento, da parte del tasso convenzionale inferiore a*



tale soglia al momento della pattuizione, comporti la nullità o l'inefficacia della corrispondente clausola contrattuale o comunque l'illiceità della pretesa del pagamento del creditore". ;

B – omessa indicazione di TEG e TAN, della quale peraltro se ne deve evidenziare la irritualità e la tardività, essendo stata sollevata per la prima volta con la memoria ex art. 183/6 co. n. 1 cpc, senza che ci  peraltro discendesse da difese di controparte, come quest'ultima non ha mancato di eccepire prontamente.

4. Come già anticipato l'eccepita prescrizione è infondata.

E' opinione assolutamente consolidata che in materia di contratti bancari regolati in conto corrente la prescrizione è decennale.

Infatti, l'azione proposta dal correntista si configura come ripetizione d'indebito ex art. 2033 c.c., soggetta al termine prescrizione di 10 anni ex art. 2946 c.c., perché ci  che in sintesi questi richiede in restituzione, non sono interessi, commissioni etc. ma somme indebitamente incassate, perché frutto di apposizione contabile senza l'esistenza di espressa e valida pattuizione e, quindi, in violazione dell'art. 1283 cc, la cui ripetizione costituisce un indebito oggettivo, la cui azione è soggetta appunto a prescrizione decennale ex art. 2946 cc.

Dibattuta è invece la sua decorrenza.

Secondo un risalente indirizzo giurisprudenziale molto accreditato e lungamente seguito, essa inizia a decorrere dalla chiusura del rapporto bancario.

Questo, infatti, pur articolandosi in una pluralità di atti esecutivi, si atteggia come unico e unitario, ed è soltanto con la chiusura del conto corrente che i crediti e i debiti delle parti assumono definitività. Questa del resto è l'opinione della Suprema Corte, la quale ha sancito che *“Il momento iniziale del termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme indebitamente trattenute dalla banca a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente (nella specie, perché calcolati in misura superiore a quella legale senza pattuizione scritta), decorre dalla chiusura definitiva del rapporto trattandosi di un contratto unitario, che dà luogo ad un unico rapporto*



giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché e solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro” (cfr. Cass. 9/4/1984 n. 2262, principio riaffermato successivamente anche dalle pronunce della Corte di Cass. nn. 1998/3783; 2004/5720 e 10127/2005).

Esaminando le pronunce citate, tuttavia, si verifica che il problema è affrontato con gradi di approfondimento assai differenti, e che anche l’oggetto immediato è diverso: in particolare, la pronuncia del 2005 ha rinviato ai precedenti arresti, dando sostanzialmente per acquisito il principio, mentre le sentenze del 2004 e del 1998 non si occupano in realtà del rapporto tra la Banca ed il correntista, ma stabiliscono che il termine di prescrizione della azione della Banca creditrice nei confronti del fideiussore decorre dal momento del recesso, atteso che solo allora diviene esigibile, ovviamente, la prestazione del fideiussore.

In tal senso si è espressa anche larga parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale *“In tema di contratti bancari regolati in conto corrente.....il reclamo da parte del correntista di somme indebitamente trattenute dalla banca su un’apertura di conto corrente, a titolo di interessi, è soggetto a prescrizione decennale, che inizia a decorrere dalla chiusura del rapporto”* (cfr. Corte d’Appello di Lecce 22/10/2001 e conformemente in epoca più recente T. Bari 05.5.2005; T. Messina 18.3.2005; T. Bergamo 29.5.2006; T. Monza 07.4.2006; T. Isernia 29.5.2005; Trib. Mondovì, 17.02.2009; T. Piacenza 22 dicembre 2010; T. Brescia 24 marzo 2011; T. Torino 21 gennaio 2010; T. Mantova 12 febbraio 2010).

Il recente arresto della Cassazione a Sezioni Unite, n. 24418 del 2010 ha preso posizione sul tema, modificando le precedenti conclusioni. Partendo, infatti, dalle considerazioni già tradizionalmente svolte, e, quindi, dalla natura unitaria del contratto di apertura di credito in conto corrente, unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, ed esaminando le critiche portate alla sua attenzione dalla difesa della banca, ha riconosciuto che la ricorrente argomentazione fondata *sic et simpliciter* sul carattere unitario del rapporto, non è decisiva, al fine di escludere che vi



siano, in corso di rapporto, pagamenti indebiti, atteso che questa ipotesi si verifica in varie tipologie di contratti di durata, come ad esempio contratti di locazione, in cui un pagamento non dovuto può effettivamente intervenire, con la conseguente possibilità di immediata ripetizione, e contestuale decorrenza del termine prescrizione.

Più in particolare, le Sezioni Unite non si sono limitate a richiamare i vecchi orientamenti, ma hanno approfondito l'esame della questione.

La Corte, quindi, approfondisce l'esame, analizzando il concetto di "pagamento indebito" nel contesto dei rapporti bancari in conto corrente, affermando che per aversi pagamento, passibile di restituzione mediante l'azione ex art.2033 cc, deve aversi un effettivo spostamento patrimoniale, dal cliente a favore della banca. Esclude, quindi, in primo luogo, nel suo ragionare, che vi sia equivalenza tra "pagamento" ed "addebito", affermando che la mera annotazione da parte della banca di una posta negativa in conto non corrisponde ad una attività solutoria del cliente.

E' determinante, quindi, l'esistenza di un pagamento, perché non si può restituire ciò che non si è percepito; in sostanza, dice la Corte, non può ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non è intervenuto un atto giuridico definibile come pagamento.

Con riferimento all'annotazione in conto di una posta a titolo di addebito (interessi, interessi anatocistici, commissioni etc.) la Corte ha rilevato che tale fatto non comporta un pagamento, bensì un incremento del debito del correntista o una riduzione del credito di cui egli ancora eventualmente dispone; non vi è, cioè, alcuna attività solutoria del correntista qualificabile come pagamento.

La Corte riconosce che sin dal momento dell'addebito in conto, il correntista potrà agire, per fare dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa, e fare rettificare il conto, con tutte le conseguenze, ma esclude che vi sia in quel momento la giuridica possibilità di esercitare l'azione di ripetizione, intesa in senso proprio, in difetto di una prestazione eseguita, e di un atto di natura solutoria, operato dal cliente.



Giunge alla conclusione che la prescrizione dell'azione di ripetizione, prima della chiusura del conto, e, quindi, in pendenza del rapporto, decorre solo nel momento, e limitatamente alle somme per cui il correntista opera dei pagamenti in senso stretto, versando nel conto importi diretti a sanare uno scoperto, e/o rientrare nei limiti dell'originario affidamento, cui, quindi, si riconosca natura estintiva di una obbligazione immediatamente esigibile da parte della banca. Non decorre invece nei casi in cui o è la banca ad addebitare sul conto somme, per interessi, commissioni o qualsiasi altro titolo, non dovute, ovvero il cliente effettua versamenti che tuttavia ripristinano semplicemente la provvista a sua disposizione, e sono come tali privi di carattere estintivo.

E', quindi, intervenuto il legislatore che all'articolo 2, comma 61 del decreto legge 225 del 2010, (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie, cosiddetto "milleproroghe"), convertito dalla legge 10 del 2011, entrato in vigore a seguito della pubblicazione nel supplemento ordinario 53 della Gazzetta Ufficiale n. 47 del 27 febbraio 2011, ha introdotto una norma, espressamente definita, di interpretazione autentica dell'articolo 2935 del codice civile, disponendo 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. 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"*.

La norma è stata rimessa alla Corte Costituzionale per sospetta illegittimità, tra gli altri, dal Tribunale di Benevento, con ordinanza del 10 marzo 2011, ed è stata ritenuta norma innovativa, non applicabile retroattivamente, dalla Corte di Appello di Ancona, con ordinanza del 3 marzo 2011 ed è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale con sentenza del 05 aprile 2012 n. 78.

La Corte regolatrice ha stabilito *<<..... l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 61, prima parte del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225,*



convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10, secondo cui in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 cod. civ. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. Infatti la disposizione si autoqualifica di interpretazione e, dunque, spiega efficacia retroattiva, mentre il divieto di retroattività della legge (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale), costituisce valore fondamentale di civiltà giuridica, pur non ricevendo nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost.; mentre la norma censurata lede il canone generale della ragionevolezza delle norme (art. 3 Cost.). Infatti, essa è intervenuta sull'art. 2935 cod. civ. in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, perché, in materia di decorrenza del termine di prescrizione relativo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente si era ormai formato un orientamento nettamente maggioritario in giurisprudenza, che aveva condotto ad individuare nella chiusura del rapporto contrattuale o nel pagamento solutorio il dies a quo per il decorso del suddetto termine. La norma è costituzionalmente illegittima anche per violazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 della Convenzione ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia. Nel caso in esame non è dato ravvisare quali sarebbero i motivi imperativi d'interesse generale, idonei a giustificare l'effetto retroattivo. Ne segue che risulta violato anche il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo. >>

In tal modo anche il Giudice delle leggi ha fornito un autorevole avallo all'interpretazione fornita dalla Suprema Corte con la citata sentenza n. 24418/10, cui



questo Giudice ritiene allo stato di prestare adesione in ragione della funzione nomofilattica in particolar modo assegnata dall'Ordinamento alle pronunce delle Sezioni Unite.

Il principio di diritto espresso dalla Corte è stato il seguente: <<Se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.>>

In particolare si rileva come, con la suddetta sentenza n. 24418/2010 delle Sezioni Unite civili, la validità dei cui principi è stata ribadita di recente anche da Cass. Sez. VI ordinanza 22.02.2018 n. 4372, la S.C. abbia chiarito che "il pagamento, per dar vita ad un'eventuale pretesa restitutoria di chi assume di averlo indebitamente effettuato, debba essersi tradotto 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 lo si può dire indebito - e perciò ne consegue il diritto di ripeterlo, a norma dell'art. 2033 c.c. - quando difetti di una idonea causa giustificativa".

In particolare, qualora in pendenza di un contratto di apertura di credito bancario - che, ai sensi degli artt. 1842 e 1843 c.c. si attua mediante la messa a disposizione, da parte della banca, di una somma di denaro, che il cliente può utilizzare anche in più riprese e della quale, per l'intera durata del rapporto, può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità, eseguendo versamenti, che gli consentiranno, poi, eventuali ulteriori prelevamenti entro il limite complessivo del credito accordatogli - il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, "pare indiscutibile che non vi sia alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il



rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato. In tal caso, qualora la restituzione abbia ecceduto il dovuto a causa del computo di interessi in misura non consentita, l'eventuale azione di ripetizione d'indebito non potrà che essere esercitata in un momento successivo alla chiusura del conto, e solo da quel momento comincerà perciò a decorrere il relativo termine di prescrizione.

Qualora, invece, 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 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 in passivo (o, come in simili situazioni si preferisce dire, "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". Qualora invece "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", essi non potranno essere considerati pagamenti.

Nel caso di specie la banca ha eccepito la prescrizione decennale per l'azione di ripetizione in ragione del fatto che il conto corrente non risultava affidato ma in cui è stata smentita documentalmente dal correntista, come già anticipato.

La provata circostanza di conto corrente affidato, che al momento della notifica dell'atto di citazione risultava estinto solo in data 19.01.2018, esclude che si possa in astratto configurare il decorso della prescrizione. Tuttavia ci è possibile soltanto qualora sia soddisfatto il requisito della natura solutoria del versamento del correntista, perché in mancanza di una siffatta prova la prescrizione decorrerà dalla chiusura del conto. In base alla regola generale posta dall'art. 2697, 2° Co., cc << chi eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.>>



Era, quindi, onere probatorio della banca, che ha allegato il fatto estintivo del diritto alla ripetizione, integrato dalla prescrizione, dar prova dei fatti che avrebbero dovuto indurre a ritenere, come la stessa deducente comunque parrebbe sostenere, che la prescrizione dovesse decorrere non dalla definizione del rapporto ma dalla singola posta contabile a natura solutoria. Quest' onere non è stato soddisfatto ed invero non era neppure assolvibile in ragione del verosimile andamento concreto del rapporto, come allegato e documentato da parte del correntista.

Consegue a ciò che in mancanza di espressa e puntuale allegazione e prova della portata precipuamente ed esclusivamente solutoria di una o più rimesse appostate, il *dies a quo* dovrà decorrere dalla cessazione dei rapporti, ossia dall'estinzione del conto corrente, con la conseguenza che non può accogliersi *in parte qua* l'eccezione di estinzione per prescrizione.

5. LA CTU

E' evidente, *res melius perpensa*, che appare necessario procedersi ad una CTU al fine di epurare dai conteggi della Banca tutti gli addebiti per interessi ultralegali, capitalizzazione degli interessi, commissioni e spese a qualsiasi titolo applicate e comunque di ogni onere non pattuito, provvedendo, poi, a computare unicamente gli interessi al tasso sostitutivo ex art. 117 T.U.B., provvedendosi così alla corretta ricostruzione del saldo.

Ciò dovrà avvenire esclusivamente sulla base degli estratti conto prodotti dalle parti e già acquisiti agli atti.

Quanto all'incompletezza della produzione degli estratti conto si può aderire a quella più ragionevole posizione giurisprudenziale, che consente lo svolgimento dell'accertamento peritale, nello specifico a natura percipiente, anche quando non sia prodotta la serie completa di essi, ciò in quanto nella fattispecie odierna per rispondere alla domanda attorea d'indebito è ben possibile che si esaminino soltanto quelli prodotti e da essi si eliminino le poste indebite, posto che lo stesso attore subirà le conseguenze del mancato assolvimento del proprio onere probatorio in relazione alle mensilità o



trimestralità non coperte dalla produzione documentale, dalle quali evidentemente non sarà possibile espungere alcunchè: è evidente che ci è non comporta di contro alcun *vulnus* alla posizione creditoria e difensiva della Banca, che peraltro era ben posta nelle condizioni di produrre gli estratti conto mancanti, posto che essi sono generati dai suoi sistemi contabili.

E' vero, infatti, che esiste una tesi giurisprudenziale che ritiene certamente sufficiente una produzione parziale degli estratti conto, così come emerge da Cassazione n. 9201/15 del 7/5/2015, in cui viene espressamente sostenuto che *"..... la Corte d'Appello ha ritenuto che l'onere probatorio in ordine al saldo zero gravava sugli allora appellanti ed ha ritenuto che tale prova non fosse fornita, per cui ha provveduto all'inizio del calcolo degli interessi dal primo estratto conto prodotto dagli appellanti risalente all'1.1.91. Tale valutazione appare corretta"* (Cfr in motivazione pag. 3).

La Corte d'Appello di Milano nella sentenza n. 31 depositata il 5/01/2017 ha condiviso la suesposta pronuncia, affermando proprio che *" La più recente giurisprudenza di legittimità – v. da ultimo la pronuncia della Cassazione n. 9201/15- ha precisato che nell'ipotesi inversa, in cui sia il correntista ad agire in giudizio, formulando domanda di accertamento negativo del debito e di ripetizione d'indebito, in virtù dei principi di cui all'art 2697 c.c., sarà onere dell'attore provare i fatti costitutivi della domanda; conseguentemente il correntista dovrà produrre in giudizio la sequenza completa degli estratti conto idonei a ricostruire il credito risultante a suo favore. In mancanza della documentazione completa, il credito del correntista dovrà essere ricalcolato partendo dal primo estratto conto disponibile."* (Cfr in motivazione pag. 4).

Più recentemente si registrano ulteriori pronunce della Suprema Corte, che hanno espresso il principio appena citato. Si veda la sentenza della Cass Civ. n. 500/2017, per la quale *".... il dies a quo dal quale effettuare il ricalcolo del credito del correntista non poteva che prendere le mosse dal primo (in senso cronologico) estratto conto prodotto..."* (cfr. in motivazione pag. 9).



Ancora in una recente ordinanza n. 31187 pubblicata il 03/12/2018 (Relatore Dott. Genovese) la Cassazione Civile ha ritenuto che “.....tuttavia qualora il cliente limiti l'adempimento del proprio onere probatorio soltanto ad alcuni aspetti temporali dell'intero andamento del rapporto versando la documentazione del rapporto in modo lacunoso ed incompleto, il giudice pu \square integrare la prova carente, sulla base delle deduzioni in fatto svolte dalla parte, anche con altri mezzi di cognizione disposti d'ufficio, in particolare con la consulenza contabile, utilizzando, per la ricostruzione dei rapporti di dare ed avere, il saldo risultante dal primo estratto conto, in ordine di tempo, disponibile e acquisito agli atti..... (omissis)Questi pu \square affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulenza deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulenza percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (Cass. n. 6155 del 2009; in senso conforme, v. anche Cass n. 2069 del 2013).” (Cfr. Cass Civ, ord. Sez. 1, n. 31187 del 3/12/2018, in motivazione pag. 6).

Consegue da quanto esposto che il CTU ha certamente la possibilità di calcolare l'eventuale asserito credito di parte attrice, partendo dal primo estratto conto disponibile. In caso contrario sarà lo stesso ad esporre le ragioni tecniche d'impossibilità di effettuare i conteggi richiestigli.

6. LA RIMESSIONE IN RUOLO

La causa dovrà proseguire unicamente e limitatamente all'aspetto oggetto della CTU, ritenendosi reiette o assorbite tutte le altre domande o eccezioni.

P.Q.M.

Il Tribunale di Bologna in composizione monocratica, **non definitivamente** pronunciando nella causa promossa da **ENEA P. EMILIA ROMAGNA**, contro la **ENEA S.P.A.**, ogni contraria ed ulteriore istanza, domanda ed eccezione respinte o assorbite, così provvede:



- In parziale accoglimento della domanda attorea accertata e dichiara la nullità e l'inefficacia del contratto di conto corrente ordinario, di cui al rapporto oggetto del presente giudizio n. _____, per mancanza delle condizioni economiche per le ragioni specificamente indicate in parte motiva;
- dispone la remissione della causa sul ruolo, come da separata ordinanza, al fine di accertare a mezzo consulente d'ufficio quanto indicato in parte motiva al punto 5;
- rimette ogni decisione in ordine alle spese di lite alla pronuncia definitiva.

Bologna, 01.09.2019

Il Giudice

Dott. Pietro Iovino

