



Numero registro generale 1892/2019

Numero sezionale 2530/2023

Numero di raccolta generale 18638/2023

Data pubblicazione 03/07/2023

REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

CARLO DE CHIARA	Presidente
MAURO DI MARZIO	Consigliere
LOREDANA NAZZICONE	Consigliere-Rel.
MASSIMO FALABELLA	Consigliere
DANIELA VALENTINO	Consigliere

Oggetto:

BANCA

Ud.05/05/2023 CC

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 1892/2019 R.G. proposto da:

..... in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv.
ed elettivamente domiciliata in Roma, presso lo studio
dell'avv
in calce al ricorso

- ricorrente -

contro

Intesa Sanpaolo s.p.a., in persona del procuratore avv
e, rappresentata e difesa dall'avv.
elettivamente domiciliata presso il suo studio in
Via G
come da procura speciale allegata al
controricorso

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 4916/2018 del 16 luglio 2018, della Corte
d'appello di Roma;

Copia con: inical di solfini dell'art 133 cpc



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
5.5.2023 dal cons. Loredana Nazzicone.

FATTI DI CAUSA

Il Tribunale di Roma, con sentenza del 25 febbraio 2013, n. 4233, rigettò la domanda proposta , volta alla ripetizione delle somme indebitamente versate in conseguenza della nullità delle clausole del contratto di conto corrente stipulato con Intesa Sanpaolo s.p.a., relative alla capitalizzazione trimestrale di interessi, competenze, spese ed oneri.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza del 16 luglio 2018, n. 4916, ha rigettato l'impugnazione proposta dalla soccombente.

La Corte territoriale ha ritenuto, per quanto ancora rileva, che:

a) non è stato assolto l'onere, gravante sulla di produrre copia del contratto di conto corrente, di cui non è mai stata allegata l'inesistenza: tale mancata produzione non ha consentito di verificare l'effettiva sussistenza dei profili di nullità lamentati con riguardo alle sue clausole; la correntista avrebbe potuto produrre la copia del contratto in suo possesso o chiedere l'esibizione, dopo la richiesta alla banca ex art. 119 t.u.b.;

b) non dovesse disporsi c.t.u., non essendo essa un mezzo di prova ma solo un ausilio di natura tecnica di valutazione delle risultanze di causa: tali risultanze devono essere il frutto delle allegazioni e delle prove delle parti, non vertendosi nell'ipotesi di c.t.u. percipiente.

Avverso questa decisione ricorre per cassazione la società soccombente, sulla base di cinque motivi.

Resiste con controricorso Intesa Sanpaolo s.p.a.

Le parti hanno depositato le memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo, si deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., in quanto la sentenza impugnata nulla ha disposto sulla



domanda di nullità del contratto di conto corrente per difetto di forma scritta. Infatti, la Corte territoriale ha esclusivamente rilevato la mancata allegazione dell'inesistenza del contratto, così operando una commistione di due categorie giuridiche differenti – l'inesistenza e la nullità – senza argomentare sul profilo inerente alla nullità dell'intero contratto, espressamente invocato dall'appellante, per difetto di forma scritta.

Il motivo è infondato, in quanto tale domanda, alla luce del contenuto dell'atto di citazione come riportato nello stesso ricorso, non risulta affatto volta a sostenere l'assenza di sottoscrizione del contratto, né ad opera di quale parte difetterebbe tale requisito formale, facendosi espressamente questione, invece, della nullità delle clausole sulla capitalizzazione, sulle competenze e spese, ossia delle sue «*condizioni economiche*».

2. – Con il secondo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1421 c.c. e 127 t.u.b., quest'ultimo in relazione all'art. 111 Cost., e degli artt. 101, comma 2, c.p.c., 117, comma 1, t.u.b., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., in quanto la sentenza impugnata ha ommesso di rilevare d'ufficio ed accertare l'invocata nullità, eventualmente instaurando il contraddittorio tra le parti. La sentenza impugnata avrebbe dovuto, invece, nel rispetto delle norme che si assumono violate, accertare la nullità del contratto dedotto in lite, accogliere la pretesa restitutoria formulata dall'appellante e condannare la banca alla restituzione delle somme illegittimamente addebitate.

Il motivo è inammissibile, perché non tiene conto del principio consolidato, secondo cui la declaratoria d'ufficio della nullità del contratto impone che emerga dagli atti, in punto di fatto, tale situazione, e ciò tanto più nel giudizio di legittimità (cfr. Cass. 19-2-2020, n. 4175; Cass. 9-8-2019, n. 21243; Cass. 29-7-2019, n. 20438).



Nella specie, invece, non viene dedotto che vi fosse la prova della mancanza di forma scritta nel contratto, neppure domandata in modo inequivoco, come sopra esposto, nell'atto introduttivo del giudizio.

3. – Con il terzo motivo, si deduce l'omesso esame di un fatto decisivo, ai sensi dell'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5, c.p.c., consistente nell'avvenuta richiesta di copia del contratto alla banca ex art. 119 t.u.b. e nell'ammissione stragiudiziale della banca di non possederlo. La sentenza impugnata ha ritenuto, infatti, non assolto l'onere probatorio, gravante sulla società appellante, della mancanza di *causa debendi* dei pagamenti di cui si chiedeva la ripetizione ex art. 2033 c.c., ed ha ritenuto che essa non abbia rivolto alla banca la richiesta in questione, senza considerare che l'appellante aveva già prodotto, nel giudizio di appello, la documentazione comprovante l'avvenuta richiesta di produzione del contratto ex art. 119 t.u.b., nel corso del processo, indirizzata alla banca che, a sua volta, aveva dichiarato di non essere riuscita a trovare nei suoi archivi la documentazione richiesta.

Il motivo è inammissibile, in quanto, pur sotto l'egida del vizio di violazione di legge e di omesso esame, mira ad una riconsiderazione degli apprezzamenti in fatto.

Quanto alla deduzione dei due fatti, il cui esame sarebbe stato omesso dalla corte territoriale, non si tratta di eventi assistiti dal carattere della decisività: invero, quand'anche la richiesta ex art. 119 t.u.b. vi fosse stata, la risposta della banca, di non essere riuscita a trovare il documento, non comporta necessariamente l'accertamento – affidato invece alla discrezionalità del giudice di merito – della mancanza di un contratto scritto.

4. – Con il quarto motivo, si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 c.c., 101, comma 2, 115 e 116 c.p.c., e 127 t.u.b., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., in quanto la sentenza impugnata ha ritenuto gravare sull'appellante l'onere di



produrre copia del contratto, mentre, allorché il cliente contesti la mancanza di un contratto scritto, dev'essere la banca a dimostrare il rispetto dell'obbligo legale imposto dall'art. 117 t.u.b. e, dunque, l'esistenza di un contratto scritto. D'altra parte, l'appellante aveva già prodotto, prima dell'avvio del giudizio di secondo grado, la prova dell'inutile esperimento di una richiesta ex art. 119 t.u.b. e tale circostanza avrebbe dovuto far ritenere assolto il suo onere probatorio o, almeno, invertire tale onere e porlo a carico della banca, in applicazione del c.d. principio di vicinanza della prova. Sul versante delle pretese restitutorie, dalla documentazione in atti già emergeva l'indebita applicazione, da parte della banca, di interessi anatocistici e della commissione di massimo scoperto, dei quali l'appellante chiedeva la restituzione; anche a prescindere dalla produzione in giudizio del contratto scritto, il giudice avrebbe dunque dovuto e potuto rilevare la nullità delle pattuizioni relative agli interessi anatocistici e l'illegittima applicazione della commissione di massimo scoperto, conseguentemente condannando la banca alla restituzione.

Il motivo, laddove non involge ed intende ripetere accertamenti di fatto, preclusi in sede di legittimità, si scontra con il rilevato tenore dell'atto di citazione, il quale, come riportato nel ricorso, censura la carenza di forma scritta solo per singole pattuizioni del contratto di conto corrente e non già integralmente per quest'ultimo: non essendo dato, infatti, di ravvisare la censura di parte attrice circa l'integrale conclusione del contratto di conto corrente in forma orale.

Ed invero, resta a carico dell'attore l'onere di allegare e provare le circostanze che egli deduce a sostegno della domanda di nullità cui le sue domande si riferiscono, onde, in assenza della prova del contratto, non è dato per il giudice di potere accertare le nullità parziali prospettate.



Con riguardo alle singole clausole, va ribadito che la mancata produzione del contratto da parte di chi ne invochi l'applicazione o che ne voglia far valere l'inadempimento rende impossibile determinare l'*an* e il *quantum* della pretesa, ove ne vengano contestati l'esistenza o il contenuto (cfr. Cass. 4-12-2018, n. 31228).

Peraltro, appare contraddittorio sin dal principio invocare, come ha fatto la ricorrente, la illegittimità di alcune clausole, di contenuto asseritamente illecito, e quindi la loro inefficacia – che presuppone l'esistenza di un contratto da cui espungere la clausola stessa – con la successiva intenzione di dedurre, solo nei gradi successivi, la mancata conclusione per iscritto dell'intero accordo.

5. – Con il quinto motivo, si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 c.c., 61, 115 e 116 c.p.c., ai sensi dell'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5, c.p.c., in quanto la sentenza impugnata ha rigettato la richiesta dell'appellante, volta a far disporre consulenza tecnica d'ufficio di natura contabile al fine di ricalcolare quanto indebitamente percepito dalla banca, sulla base del mancato assolvimento dell'onere probatorio, individuato nella mancata produzione del contratto; inoltre, la sentenza impugnata ha omesso di esaminare la documentazione, già in atti, dalla quale poteva evincersi l'esatto ammontare degli addebiti illegittimi.

Il motivo è inammissibile, sotto plurimi profili:

- sia quanto alla riproposizione di un giudizio sul fatto, mentre non può pretendersi dalla Corte di legittimità una rivisitazione della fattispecie concreta già scrutinata dai giudici del merito, perché l'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è, invece, esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, sottratta al sindacato di legittimità (e *multis*, Cass., sez. I, 5 febbraio 2019, n. 3340);



- sia con riguardo alla doglianza di mancata ammissione di c.t.u., posto che il giudizio sulla necessità ed utilità di fare ricorso a una consulenza tecnica d'ufficio rientra nel potere discrezionale del giudice del merito, la cui decisione è di regola incensurabile in Cassazione, e, se è vero che il giudice di merito è tenuto a motivare adeguatamente il rigetto dell'istanza di ammissione di un simile incumbente proveniente da una delle parti (*e multis*, Cass. n. 21904/2020; Cass. n. 11267/2020; Cass. n. 134/2020; Cass. n. 33230/2019; Cass. n. 21563/2019; Cass. n. 20899/2019; Cass. n. 12701/2019; Cass. n. 9896/2019; Cass. n. 25061/2018; Cass. n. 19840/2018; Cass. n. 18137/2018; Cass. n. 14290/2018; Cass. n. 6784/2018; Cass. n. 5492/2018; Cass. n. 5465/2018; Cass. n. 8521/2017; Cass. n. 7472/2017; Cass. n. 25732/2016; Cass. n. 17399/2015; Cass. n. 4853/2007), occorre prendere atto che nel caso di specie il rigetto dell'istanza è stata oggetto di motivazione, mentre non è sindacabile in questa sede il giudizio espresso dalla Corte di merito in ordine all'insufficienza degli elementi probatori che avrebbero consentito l'esperimento dell'indagine peritale; è inoltre da rilevare che è del pari principio consolidato come sia possibile assegnare alla consulenza tecnica d'ufficio ed alle correlate indagini peritali funzione "percipiente", solo quando essa verta su elementi già compiutamente allegati dalla parte, ma che soltanto un tecnico sia in grado di accertare, per mezzo delle conoscenze e degli strumenti di cui dispone (Cass. n. 13736/2020; Cass. n. 1190/2015, fra le altre);

- sia, infine, per la denuncia di violazione dell'art. 2697 c.c., che è configurabile soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne era onerata, e non, invece, laddove oggetto di censura sia la valutazione che il giudice abbia svolto delle prove proposte dalle parti (*e multis*, Cass. 20.4.2020, n. 7919; Cass. 19.8.2020, n. 17313; Cass. 24.1.2020, n. 1634; Cass. 23.10.2018, n. 26769;



Cass. 29 maggio 2018, n. 13395; Cass. 7.11.2017, n. 26366; Cass. 17 giugno 2013, n. 15107); nonché degli artt. 115 e 116 c.p.c., in quanto la violazione dell'art. 115 c.p.c. può essere dedotta come vizio di legittimità solo denunciando che il giudice ha dichiarato espressamente di non dover osservare la regola contenuta nella norma, ovvero ha giudicato sulla base di prove non introdotte dalle parti, ma disposte di sua iniziativa fuori dei poteri officiosi riconosciutigli, e non anche che il medesimo, nel valutare le prove proposte dalle parti, ha attribuito maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre; analogamente, la violazione dell'art. 116 c.p.c. è idonea a integrare il vizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. solo quando il giudice di merito abbia disatteso il principio della libera valutazione delle prove, salva diversa previsione legale, e non per lamentare che lo stesso abbia male esercitato il proprio prudente apprezzamento della prova; detta violazione non si può ravvisare nella mera circostanza che il giudice abbia valutato le prove proposte dalle parti attribuendo maggior forza di convincimento ad alcun piuttosto che a altre, essendo tale attività consentita dal paradigma della norma rubricata appunto «della valutazione delle prove» (Cass. 28.2.2017, n. 5009; 14.3.2018, n. 6231).

6. – Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio di legittimità, liquidate in € 5.000,00, oltre € 200,00 per esborsi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15% sui compensi ed agli accessori di legge.

Dà atto che sussistono i presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, se dovuto.



Numero registro generale 1892/2019

Numero sezionale 2530/2023

Numero di raccolta generale 18638/2023

Data pubblicazione 03/07/2023

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 maggio
2023.

Il Presidente
Carlo De Chiara

