

Sent. 887

R-e

CRon. 2163

Rep. 1679



CORTE DI APPELLO DI BARI

SEZIONE II CIVILE

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Bari, II Sezione Civile, riunita in camera di consiglio nelle persone dei sigg. magistrati:

dott. Egiziano Di Leo	Presidente
dott. Matteo Antonio Sansone	Consigliere
avv. Leonardo Nota	G.A. relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

887/2018

Nella causa civile, in secondo grado, iscritta sul ruolo degli affari contenziosi civili al n.636/2013, avente ad oggetto "ripetizione indebito bancario", riservata per la decisione all'udienza del 6 ottobre 2017

TRA

in persona dei soci ed amministratori legali rappresentanti, nato a e nato a rappresentati e difesi, giusta mandato a margine dell'atto di appello, dall'avv. Daniele Nacci ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Bari viale della Repubblica, 63

appellante

E

in persona del Presidente e legale rappresentante, Dott. con sede legale in elettivamente domiciliata in alla nello studio degli avv. ti dai quali è rappresentata e difesa in virtù di procura apposta a margine della comparsa di costituzione in appello

appellata

Alla prevista udienza Collegiale del 6/10/2017 le parti così precisavano le rispettive conclusioni: per l'appellante, era presente l'avv. Patrizia Lippolis, in provvisoria sostituzione dell'avv. Nacci, che riportandosi a tutti gli atti già depositati, in particolare alle memorie ex art.190 c.p.c., chiede l'integrale accoglimento delle conclusioni ivi rassegnate; per l'appellata, era presente l'avv. in sostituzione dell'avv. la quale precisa le conclusioni riportandosi a tutti gli scritti di parte ed in particolare alla comparsa conclusionale depositata telematicamente il 20/4/107.

Svolgimento del processo

Con ricorso ex art.702 bis c.p.c. del 14/4/2010, in pari data depositato presso il Tribunale di Bari- sezione distaccata di Putignano, l'odierna appellante, premettendo di aver intrattenuto un rapporto di conto corrente presso la filiale della Banca con collegato conto anticipi,



recentemente estinti mediante azzeramento del saldo, asseriva che il predetto rapporto era inficiato da clausole invalide, relative all'applicazione degli interessi remuneratori, commissioni, valute e spese non concordate, nonché alla capitalizzazione trimestrale delle competenze, sostenendo, quindi, di aver ragione e titolo a promuovere un'azione di accertamento per la rideterminazione del saldo finale, previa espunzione di tutte le annotazioni a debito illegittime e restituzione dalla Banca convenuta di quanto da essa indebitamente percepito.

A supporto di quanto innanzi, eccepiva la società ricorrente: 1) la nullità delle valute, il difetto di causa e l'indeterminabilità dell'oggetto con particolare riferimento alla inefficacia degli interessi passivi, computati sulla differenza tra la data di effettuazione delle singole operazioni e la data delle valute unilaterali determinate dalla Banca per l'intera durata del rapporto; 2) la nullità degli addebiti relativi all'applicazione degli interessi remuneratori, delle commissioni di massimo scoperto e delle spese, in quanto prive di preventivo e specifico accordo; 3) la nullità della capitalizzazione infrannuale delle competenze, con particolare riferimento alla capitalizzazione trimestrale delle competenze; 4) la nullità delle condizioni economiche applicate al conto anticipi, con particolare riferimento alla nullità della capitalizzazione delle competenze maturate sul conto anticipi mediante giroconto-addebito sul conto corrente ordinario.

Sulla scorta delle predette deduzioni, chiedeva la società ricorrente che l'adito Tribunale, previo espletamento di perizia tecnico-contabile, volesse: a) quanto alle valute, dichiarare la previa declaratoria di nullità delle fittizie antergazioni degli addebiti e postergazione degli accrediti; b) quanto ai costi finanziari, dichiarare la nullità con conseguente espunzione di tutte le voci a debito annotate sul conto e rinvenienti dall'applicazione di interessi, spese e commissioni anche di massimo scoperto non concordate per iscritto, ovvero determinate mediante al rinvio usi piazza, ovvero non compiutamente concordate in tutti i loro elementi costitutivi, ovvero ancora prive di causa, con applicazione sostitutiva, per i soli interessi, del tasso legale tempo per tempo vigente; c) dichiarare la nullità della clausola relativa alla capitalizzazione infrannuale delle competenze con espunzione dei relativi addebiti; d) quanto al conto anticipi, dichiarare la nullità di tutti i costi finanziari non concordati con conseguente loro espunzione; e) all'esito, condannare la Banca convenuta al pagamento, in favore della ricorrente, del saldo finale attivo ed a credito con aggravio di interessi legali, salvo il maggior danno da determinarsi in corso di causa e con vittoria di spese e competenze.

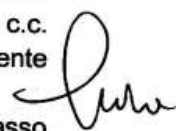
Notificato il ricorso introduttivo con pedissequo decreto di fissazione di udienza di comparizione del 16/11/2010, con comparsa del 2/9/2010, si costituiva la Banca resistente, eccependo, preliminarmente, la prescrizione quinquennale ex art.2948 c.c. degli interessi ovvero, subordinatamente, quella decennale ex art.2946 c.c. decorrente dalla data di notifica del ricorso:

Sempre in via preliminare, deduceva la convenuta l'applicazione degli interessi al tasso sostitutivo introdotto dalla delibera CICR del 9/2/2000.

Nel merito, eccepiva la decadenza della domanda per avvenuto decorso del termine di gg.60 dal ricevimento degli estratti contabili ex art.1832 c.c. con conseguente irripetibilità del pagamento degli interessi, la validità dell'applicazione degli interessi c.d. "uso piazza" e della capitalizzazione trimestrale degli stessi interessi.

Sulle dedotte posizioni processuali, veniva ammessa ed espletata una ctu contabile affidata al ctu dr. _____ all'esito della quale la causa veniva riservata per la decisione.

Con ordinanza ex art.702 bis 5° comma c.p.c. del 28/2-4/3/2013, il Giudice designato, dott.ssa Marisa Attollino decideva la causa con il rigetto del ricorso introduttivo e



conseguente condanna della ricorrente alle spese e competenze di lite, ivi comprese quelle relative alla ctu.

Motivava il Tribunale monocratico la statuizione predetta, rilevando che, avendo la causa ad oggetto l'esame dei rapporti contrattuali intercorsi, la ricorrente avrebbe dovuto allegare i contratti stipulati onde verificarne l'epoca di stipulazione, le singole clausole negoziali, la dedotta carenza di accordo relativamente a specifiche condizioni applicate al rapporto di conto corrente, nonché la validità ed efficacia di quelle espressamente previste.

La predetta carenza istruttoria-documentale risultava evidenziata anche dal ctu, sebbene lo stesso avesse ritenuto l'obbligo disatteso dalla Banca convenuta.

Il rilevato difetto di prova documentale e la rigorosa applicazione del principio ex art.2697 c.c., induceva il Tribunale al rigetto del ricorso con conseguenziali statuizioni in ordine alle spese di giudizio.

Avverso la predetta statuizione insorgeva la società ricorrente, affidando le proprie doglianze a tre specifici motivi di appello.

In particolare, con il **primo motivo di appello** si doleva l'appellante della omessa applicazione da parte del Tribunale in tema di riparto dell'onere probatorio del "principio di prossimità alla fonte della prova", introdotto dalla nota sentenza Cass. SS.UU. 13533/2001, alla stregua del quale principio, il correntista che agisca per far valere la nullità delle condizioni economiche, unilateralmente applicate dalla banca, può limitarsi ad allegare la circostanza che esse non siano mai state concordate in violazione dell'obbligo di stipulazione scritta, essendo onere della Banca fornire la prova positiva della pattuizione scritta dei costi.

Con un **secondo motivo di gravame**, censurava l'appellante un vizio motivazionale nel non aver considerato che la produzione del contratto non poteva, nella fattispecie processuale, costituire elemento di prova utile a decidere anche sulle domande volte ad accertare la nullità per difetto di causa delle valute fittizie, capitalizzazione trimestrale e commissioni di massimo scoperto.

Infine con il **terzo motivo di censura**, prospettava l'appellante un ulteriore difetto di motivazione del provvedimento impugnato in ordine alla circostanza che la Banca non aveva esplicitamente contestato le eccezioni di nullità delle clausole contrattuali almeno con riferimento al periodo dal 29/12/96 al 16/7/03, contestando una omessa applicazione del principio processuale di cui all'art.115 c.p.c..

Si costituiva la Banca appellata ribadendo la correttezza della impugnata ordinanza di rigetto e la congruità della motivazione addotta a supporto dal Tribunale.

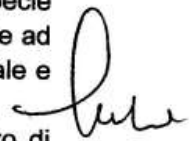
Sulle dedotte posizioni, previa precisazione delle conclusioni in epigrafe trascritte, la causa veniva riservata per la decisione all'udienza del 24/2/17 e successivamente, rimessa sul ruolo per avvenute dimissioni del G.A. relatore, veniva definitivamente introitata nel corso della predetta udienza collegiale del 6/10/2017 con concessione dei termini ex art.190 c.p.c., peraltro già utilizzati dalle parti.

Motivi della decisione

Il primo motivo di appello si configura fondato e meritevole di ponderata condivisione.

Risulta, invero, dagli atti di giudizio, la produzione, da parte della società ricorrente di un rilevante numero di estratti contabili e tale compendio documentale ha consentito al designato CTU la rideterminazione del rapporto in essere mediante i tre criteri di stima di cui al quesito.

La lacuna documentale relativa ai due contratti originari (quello del conto di corrispondenza e quella del conto anticipi) non può da sola inficiare la ulteriore produzione documentale, tanto più che la Banca convenuta ha sostenuto la piena



legittimità dell'applicazione degli interessi debitori secondo gli usi di piazza, nonché la validità della capitalizzazione trimestrale degli interessi medesimi e delle maggiorazioni per commissioni di massimo scoperto, sicché la circostanza dedotta dall'attrice in ordine alla esistenza di clausole, contenenti tali condizioni economiche del rapporto di conto corrente, affette da nullità (per indeterminabilità dell'oggetto e per violazione di norma imperativa) deve ritenersi pacifica, con la conseguente superfluità della produzione in giudizio del documento contrattuale, ai fini della dimostrazione dell'esistenza delle clausole negoziali impugnate.

Alla stregua dei suesposti rilievi, non può condividersi l'unica motivazione posta dal primo Giudice a supporto della statuizione di rigetto della domanda attorea, suffragata solamente dal difetto di produzione documentale relativa ai contratti originari ad opera della società ricorrente.

A tale riguardo, invero, deve rilevarsi che la produzione documentale che si assume mancante non si configurava essenziale ai fini della ricostruzione del rapporto, avendo la correntista esibito e prodotto gli estratti bancari, progressivamente rimessigli dalla banca ed attestanti l'applicazione delle clausole illecite, e non essendo stata detta applicazione contestata dalla banca convenuta, la quale ha sostenuto erroneamente la piena validità delle clausole stesse.

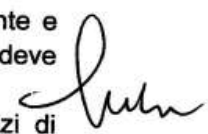
Contrariamente, quindi, a quanto opinato dal Tribunale, il fatto costitutivo era quindi allegato e sufficientemente comprovato.

Ad abundantiam, vale la pena di evidenziare come la società attrice (odierna appellante) abbia proposto una domanda di accertamento negativo, in virtù della dedotta nullità delle clausole relative agli interessi debitori ultralegali, all'anatocismo e alla commissione di massimo scoperto, ed una conseguente domanda di eventuale ripetizione dell'indebitto, sicché deve valutarsi come si atteggia l'onere della prova in tale contesto processuale.

Orbene, con riferimento all'indebitto oggettivo, nel quale costituisce elemento della fattispecie costitutiva del diritto alla ripetizione, non solo l'avvenuto pagamento, ma anche l'inesistenza del vincolo giuridico idoneo a giustificarlo o il successivo venir meno della *causa debendi*, l'attore che agisce in ripetizione deve indicare specificamente e tempestivamente le ragioni per le quali il pagamento è qualificabile come indebitto e deve provare le relative circostanze.

Viceversa, nelle azioni di accertamento negativo proposte nell'ambito dei giudizi di ripetizione dell'indebitto, dovendo i principi generali sull'onere della prova trovare applicazione indipendentemente dalla circostanza che la causa sia stata instaurata dal debitore, rimangono a carico del creditore le conseguenze della mancata dimostrazione degli elementi costitutivi della pretesa.

Nè a diversa conclusione può giungersi in ragione del disposto dell'art. 2697 c.c., "*posto che l'affermazione ricorrente secondo cui la dizione, dallo stesso utilizzata - "chi vuol far valere un diritto in giudizio" - implica che sia colui che prende l'iniziativa di introdurre il giudizio ad essere gravato dell'onere di "provare i fatti che ne costituiscono il fondamento" contrasta innanzitutto con la stessa lettera della disposizione, poiché l'attore in accertamento negativo non fa valere il diritto oggetto dell'accertamento giudiziale ma al contrario ne postula l'inesistenza, ed è invece il convenuto che virtualmente o concretamente fa valere tale diritto, essendo la parte controinteressata rispetto all'azione di accertamento negativo. Una considerazione complessiva delle regole di distribuzione dell'onere della prova di cui ai due commi dell'art. 2967 c.c. (che, come osservato in dottrina, può essere considerato specificazione del più generale principio secondo cui l'onere della prova deve gravare sulla parte che invoca le conseguenze per lei favorevoli previste dalla norma), conferma che esse sono fondate*



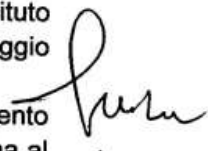
non già sulla posizione della parte nel processo, ma sul criterio di natura sostanziale relativo al tipo di efficacia, rispetto al diritto oggetto del giudizio e all'interesse delle parti, dei fatti incidenti sul medesimo. Dare rilievo all'iniziativa processuale vuol dire, quindi, alterare in radice i criteri previsti dalla legge per la distribuzione dell'onere della prova, addossando al soggetto passivo del rapporto, in caso di accertamento negativo, l'onere della prova circa i fatti costitutivi del diritto e quindi imponendogli la prova di fatti negativi, astrattamente possibile ma spesso assai difficile... Può, poi, in particolare rilevarsi che collegare la distribuzione dell'onere della prova al ruolo delle parti quanto all'iniziativa processuale, invece che alla posizione sostanziale delle stesse riguardo ai diritti oggetto del giudizio, crea particolari problemi quando relativamente allo stesso diritto le posizioni processuali si intreccino a seguito della proposizione da parte del convenuto in accertamento negativo di una domanda riconvenzionale per il pagamento del credito oggetto del giudizio" (Cass., 1 dicembre 2008 n.28516; in termini anche Cass.10.11.2010 n.22862).

Tanto puntualizzato, ritiene il Collegio che l'azione di accertamento del dare-avere promossa dal correntista debba qualificarsi come tipico giudizio di accertamento della nullità delle clausole del contratto di conto corrente stipulato fra le parti, attinenti alla determinazione degli interessi ultralegali, il criterio di calcolo dell'interesse anatocistico, l'applicazione della provvigione di massimo scoperto e delle altre somme richieste in restituzione, di talchè non possono trovare applicazione, nell'ambito delle azioni di accertamento negativo del credito bancario, i principi generali sull'onere della prova, indipendentemente dalla circostanza che la causa sia stata instaurata dal correntista-debitore; anche in tale situazione sono a carico della banca-creditrice, convenuta in accertamento, le conseguenze della mancata dimostrazione degli elementi costitutivi della pretesa (Cass. 17 luglio 2008 n. 19762; 1 dicembre 2008 n. 28516 cit.), gravando l'onere di allegazione e di prova dei fatti costitutivi del diritto negato sul convenuto istituto di credito, titolare dell'asserito diritto e aggressore sostanziale (cfr., Cass.18 maggio 2010 n. 12108).

Infatti, come sottolinea la giurisprudenza di merito più accorta, l'attore in accertamento negativo (il correntista) non fa valere il diritto oggetto dell'accertamento giudiziale, ma al contrario ne postula l'inesistenza, ed è invece il convenuto (banca) che virtualmente o concretamente fa valere tale diritto, essendo la parte controinteressata rispetto all'azione di accertamento negativo (cfr., Tribunale di Brindisi del 9 agosto 2012).

In conclusione, ritiene la Corte di aderire al più recente indirizzo della giurisprudenza di legittimità, secondo cui, "in tema di riparto dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava su colui che si afferma titolare del diritto stesso ed intende farlo valere, ancorché sia convenuto in giudizio di accertamento negativo"(Cass., 6 settembre 2012 n.14695. In senso conforme, Cass. n.22862/2010; n. 12108/2010; n.19762/2008).

Nella specie, avendo la Banca eccepito l'avvenuta pattuizione scritta di ogni singola clausola, ne deriva che sarebbe stato onere esclusivo della stessa comprovare la predetta circostanza con la produzione del contratto in suo pacifico possesso, tanto più che, a tale riguardo, non vi è prova alcuna che la Banca abbia consegnato al correntista la copia sottoscritta dallo stesso. Peraltro, come si è già detto, tale produzione documentale era del tutto ultronea, per la semplice ragione che l'applicazione degli interessi debitori ultralegali, della capitalizzazione trimestrale degli stessi e delle commissioni di massimo scoperto risulta *per tabulas* dagli estratti conti acquisiti agli atti e non è mai stata negata dalla convenuta, la quale è limitata ad affermare la validità delle relative clausole.



In merito al *quantum* dell'azione di ripetizione, tra le tre ipotesi ricostruttive del ctu (ricostruzione con "milleproroghe", ricostruzione con Cassazione 24418/10 e ricostruzione con saldo iniziale a debito) si configura maggiormente condivisibile - non risultando, invero, plausibili le due ipotesi alternative quali quella con "milleproroghe" (in tema di interessi con tasso sostitutivo in regime di reciprocità) e quella relativa al principio in tema di prescrizione delle rimesse solutorie di cui alla citata sentenza - quella che, esclusa la ricostruzione con dato iniziale "fittizio" pari allo zero, ridetermina il rapporto bancario prendendo le mosse da un dato reale, ovvero dal saldo effettivo a debito del correntista.

Quanto alla ipotesi "milleproroghe", alternativa a quella maggioritaria di cui alla sentenza 2010/24418, si è da tempo consolidato un orientamento di questa sezione nel senso di negarne la prevalenza, anche alla stregua del pronunciamento della Corte Costituzionale al riguardo.

Escluso, quindi, il suddetto criterio, va parimente ritenuto non condivisibile il criterio ricostruttivo alternativo, ovvero quello definito dall'ausiliario "ricostruzione con Cassazione 24418/2010" caratterizzato dall'applicazione del c.d. saldo zero, fittiziamente ipotizzato.

Invero, a tale riguardo, ritiene questa Corte di non doversi discostare dal più recente orientamento adottato circa la inutilizzabilità del criterio del c.d. "saldo zero" (e cioè del fittizio azzeramento del saldo intermedio del conto) come base di calcolo iniziale per la ricostruzione del saldo finale del conto corrente nei casi di incompletezza della documentazione per la mancata produzione degli estratti conto relativi al primo periodo del rapporto (come nel caso di specie).

Sul punto in questione, invero, deve ribadirsi il principio, reiteratamente affermato dalla più recente giurisprudenza di legittimità secondo il quale la rielaborazione integrale del conto corrente e la rideterminazione del saldo finale, ai fini della pronuncia sulla domanda di ripoetizione dell'indebito proposta dal correntista, non possono che essere condotte sulla base di dati contabili certi, in ordine alle operazioni registrate sul conto corrente nel corso del suo svolgimento, non potendo essere validamente surrogate da criteri presuntivi ed approssimativi (quali quello del saldo fittizio pari allo zero) in luogo del saldo intermedio (cfr. Cass. 9201/2015; 21597/2013; 21466/2013; 20688/2013).

Nel progetto rideterminativo occorre, pertanto, presumere la veridicità ed esattezza del saldo passivo intermedio risultante dall'estratto conto più risalente nel tempo e tale presunzione non esclude la legittimità e correttezza di una rielaborazione contabile che abbia quale base di partenza quel saldo passivo, non risultando plausibile il ricorso al criterio del saldo zero in quanto si verrebbe ad introdurre, per la determinazione del corrispettivo contrattuale, un criterio di tipo equitativo non consentito (cfr. Cass. n. 20688/2013 cit., nonché, in pari termini, Cass. 23974/2010).

Applicando le predette coordinate giurisprudenziali al caso di specie, ne consegue che l'unico criterio rideterminativo del rapporto bancario in essere meritevole di condivisione è quello definito dal ctu "ricostruzione con saldo iniziale a debito" che, nel caso concreto, con i dovuti aggiornamenti di interessi al 10/7/2012, ha determinato un credito favorevole alla società appellante di complessivi €38.811,45.

I residui motivi di appello devono considerarsi evidentemente assorbiti dal primo, con conseguente omessa disamina degli stessi.

La regolamentazione delle spese, segue, ovviamente, il criterio della soccombenza e va posta a carico dell'appellata in relazione ad entrambi i gradi del giudizio e nei limiti di cui in dispositivo, ivi compresa la definitiva imputazione del costo dell'espletata ctu così come liquidato dal primo Giudice con il decreto del 2/4/2012.



PTM

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal
 in persona del legale rappresentante, avverso l'ordinanza ex art.702 bis c.p.c.
 del 28/2/2013, depositata il 4/3/2013, resa dal Tribunale di Bari- sezione distaccata di
 Putignano, in composizione monocratica ed in persona del G.Unico dott.ssa Marisa
 Attollino nel giudizio *inter partes* n.339/2010 r.g.c., così provvede:

1) Accoglie l'appello e, in riforma del provvedimento impugnato, accerta e dichiara la
 nullità degli addebiti tempo per tempo annotati sui conti correnti n e
 n intestati alla società appellante, rinvenienti dall'applicazione di interessi
 debitori ultralegali, commissioni, valute fittizie e capitalizzazioni illegittime in quanto non
 concordate, prive di causa e indeterminabili nell'oggetto;

2) Condanna la Banca in persona del legale
 rappresentante *pro tempore*, a pagare, in favore del in
 persona del legale rappresentante, la somma di €38.811,45, oltre interessi legali dal
 10/7/2012 al soddisfo;

3) Condanna l'appellata Banca alla integrale rifusione, in
 favore della società appellante delle spese e
 competenze di entrambi i gradi del giudizio, liquidate le stesse in complessivi
 €13.110,00, di cui € 178,00 per esborsi ed €5.534,00 per competenze difensive relativi al
 giudizio di primo grado, €783,00 per esborsi ed €6.615,00 per competenze difensive
 relativi al presente grado di appello, oltre il rimborso forfettario, il cap e l'iva nella misura
 di legge;

4) Pone definitivamente a carico dell'appellata Banca in
 persona del legale rappresentante, gli oneri relativi alla espletata ctu contabile, pari ad
 €3.340,00, oltre accessori, così come liquidate dal Tribunale con proprio decreto del
 2/4/2012.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 20 aprile 2018

Il Giudice Ausiliario estensore
 (avv. Leonardo Nota)

Il Presidente
 (dott. Egiziano Di leo)

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
 21 MAG 2018
 IL CANCELLIERE
 FRANCESCO BATTISTA