

In cooperazione con:

- *La FONDAZIONE FORENSE DI PERUGIA - Giovanni Dean*
- *L'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI PERUGIA - Scuola Forense "G. Gatti"*
- *La SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA - DISTRETTO DIDATTICO TERRITORIALE DI PERUGIA*

Con vivo ringraziamento nei confronti dei moderatori:

Avv. Francesco Cenci
Dott.ssa Teresa Giardino

PERUGIA
CONVEGNO 13 MAGGIO 2016
"ANATOCISMO"

Relazione dello Studio Legale Mannocchi & Fioretti sul tema:

**"L'ACCERTAMENTO CONTABILE NELLE LITI BANCARIE E IL
PRINCIPIO DELL'ONERE DELLA PROVA."**

INDICE TEMATICO

PARTE 1 - L'ONERE DELLA PROVA

1. Sull'onere della prova in generale p. 3
2. Sull'onere della prova per il correntista p. 3
3. L'istanza ex art. 119 Tub e l'esibizione ex art. 210 cpc p. 5
4. Casistica di settore ("tasso zero" e "vicinanza alla prova") p. 7

PARTE 2 - LA CTU CONTABILE

5. Sulla ctu contabile in generale p. 10
6. Sui limiti di ammissibilità delle ctu (ctu esplorativa) p. 10
7. Sulle irregolarità peritali (casistica) p. 12

PARTE 3 - LA PRESCRIZIONE NEI RAPPORTI BANCARI

8. Sulla prescrizione in generale p. 15
9. La disciplina della prescrizione nel contratto di apertura di credito (Cass. Civ., SS.UU., n. 24418/10) p. 15
10. La giurisprudenza contraria a Cass. SS.UU. n. 24418/2010: Tribunale di Lucca, sentenza 10 maggio 2013 p. 19
11. La nuova formulazione dell'art. 120, comma 2 Tub p. 23

PARTE 1 L'ONERE DELLA PROVA

1. Sull'onere della prova in generale.

La disciplina dell'onere della prova nel contenzioso bancario è un tema al centro di un dibattito aperto e controverso oggetto di interpretazioni eterogenee. L'onere opera diversamente a seconda che l'azione sia promossa dal correntista (accertamento negativo del credito e/o ripetizione di indebitato) o dalla banca (recupero del credito).

Questa duplice prospettiva dell'azione processuale discende direttamente dall'ordinamento. Ai sensi dell'art. 2697 cc *"Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. 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."* Emerge evidente una *dualità* insita nella norma.

Da ciò consegue che: a) quando è la banca ad agire per il recupero di un proprio credito (ad es. rinveniente dal saldo negativo di un conto corrente), ad essa spetterà dare prova degli elementi "costitutivi" del credito (con onere di produzione sia della documentale contrattuale che della movimentazione generante il credito azionato); b) quando è invece il correntista ad agire per l'accertamento negativo del credito e/o per la ripetizione di indebitato e/o per il risarcimento del danno, dovrà farsi carico dell'assolvimento dell'onere della prova, che si concretizza nell'onere della compiuta allegazione dei fatti costituenti le ragioni della domanda e della produzione dei documenti ricostruenti il rapporto.

E' quindi possibile affermare che, in generale, "l'onere di allegazione" delimita l'oggetto della lite (thema decidendum) e il suo ambito istruttorio (thema probandum).

2. Sull'onere della prova per il correntista.

Il cliente della Banca che agisce per l'accertamento negativo a rettifica del saldo contabile e/o per la ripetizione dell'indebitato, assume su di sé l'onere della prova.

Nell'eccepire la nullità delle varie clausole contrattuali (interessi, usura, valute, anatocismo) il correntista incorre pertanto nell'onere di allegare dettagliatamente le clausole contrattuali di cui deduce la nullità e di dare specifica indicazione del modo e della misura in cui egli afferma che le diverse voci di indebitato siano state illegittimamente computate dalla Banca (c.d. *onere di contestazione specifica*).

La prova documentale del rapporto deve essere fornita attraverso il deposito dei contratti e degli estratti conto, analitici e scalari, in via integrale al fine di consentire la ricostruzione del rapporto sulla base di dati certi e senza la possibilità di ricorrere a criteri presuntivi o ad accertamenti esplorativi. La Suprema Corte ha più volte affermato che in tal caso incombe sul correntista la prova della "inesistenza di una causa giustificativa"

dell'obbligazione contestata (mancanza di *causa debendi*) ovvero del successivo venir meno di questa (Cass. Civ., sent. 14 maggio 2012, n. 7501).

Il primo corollario di tali principi è che il Giudice deve verificare che la domanda dell'attore non sia formulata in modo *generico*, ciò che renderebbe l'azione inammissibile. Sul punto si è ben precisato che la domanda non può consistere nella mera esposizione astratta di "... orientamenti giurisprudenziali che tuttavia non esonerano la parte dall'onere di allegare e provare in concreto i fatti costitutivi della propria pretesa" (Trib. Roma, 26 febbraio 2013 n. 4233).

Né il limite di dover conferire la prova di un fatto "negativo" può consentire all'attore di esimersi dall'assolvimento dell'onere probatorio su di lui incombente secondo le regole generali e con la pienezza richiesta dall'ordinamento. Non è infatti prevista, nel vigente sistema codicistico, la possibilità di introdurre le c.d. "azioni provocatorie" (o c.d. giudizi di "giattanza") in cui l'onere della prova viene rovesciato integralmente sulla parte convenuta¹.

Sul punto, nettamente: "Nella domanda di ripetizione di indebito oggettivo l'onere della prova grava sul creditore istante, il quale è tenuto a provare i fatti costitutivi della sua pretesa, perciò, sia l'avvenuto pagamento, sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (ovvero il venir meno di questa), prova che può essere fornita dimostrando l'esistenza di un fatto negativo contrario, o anche mediante presunzioni." (Cass. Civ., sent. 13 novembre 2003, n. 1146; Cass. 10 novembre 2010, n. 22872).

A titolo meramente esemplificativo, in applicazione dei citati principi si è ritenuto che tra gli oneri di allegazione specifici dell'attore vi sia, principalmente, l'onere della produzione dei contratti di cui si chiede dichiararsi la nullità, risultando "... pacifico che allorché ad agire sia il correntista che proponga azione di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c. e tanto più, allorché proponga azione dichiarativa di mero accertamento, su di lui incomba la produzione degli atti ed in specie del contratto posto a base della sua pretesa." (così, Tribunale di Roma, Dott.ssa Elena Fulgenzi, Ordinanza 28 aprile 2016 - fonte: www.expartecreditoris.it).

Allo stesso modo, sarà onere esclusivo dell'interessato attore dare prova documentale integrale della consistenza storica e contabile del rapporto in contestazione: "L'attore ha l'onere di allegare e provare le singole poste ritenute indebite e di produrre gli estratti conto nella loro interezza. Non assolve quindi all'onere della prova l'attore che si limiti a produrre i soli estratti scalari, dato che tali documenti non sono idonei a individuare i singoli accrediti e addebiti." (Tribunale di Siena, sent. 1° marzo 2016 n. 138).

L'onere di allegazione e produzione documentale si riversa anche sulla documentazione, non strettamente contabile, quantunque strumentale e necessaria all'accertamento delle doglianze formulate. Con particolare riferimento alla questione dei

¹ Per una ricostruzione storica generale cfr. "Profili generali delle azioni di accertamento negativo" Di Chiara Cariglia, G. Giappichelli Editore 2013, pagg. 17-23.

Decreti Ministeriali periodici di rilevazione dei tassi medi del credito posti a parametro del tasso soglia ex art. 2 l. 108/96, alcuni interpretano tali atti quali norme secondarie e fonti delegate di diritto e quindi dati da ritenersi ricompresi nel principio generale *iura novit curia*. Deve invece più correttamente ritenersi, per tali documenti, che sull'attore gravi l'onere della prova come già da tempo segnalato con chiara argomentazione dalle Sezioni Unite civili della S.C.: *"la natura di atti meramente amministrativi dei decreti ministeriali rende ad essi inapplicabile il principio iura novit curia di cui all'art. 113 c.p.c. da coordinarsi, sul piano ermeneutico, con il disposto dell'art. 1 delle preleggi, che non comprende, appunto, i detti decreti tra le fonti del diritto, ragion per cui l'onere di allegazione gravante sulla parte che deduca l'applicazione di interessi usurari comprende anche la produzione dei decreti appena citati."* (così Cass. Civ. SS.UU. sent. 29 aprile 2009, n. 9941; conf. Cass. Civ. 7 maggio 2015 n. 93201; Corte d'Appello di Roma 26 gennaio 2016 n. 444; Tribunale di Roma n. 19098 del 24 settembre 2015).

Tale principio resta fermo anche quando la Banca svolga domanda di condanna avente ad oggetto il medesimo credito che trae fondamento nel rapporto contestato dal correntista nell'ambito del giudizio finalizzato all'accertamento e/o alla condanna e restituzione delle poste asseritamente indebite (così Cass. Civ., sent. 7 maggio 2015 n. 93201).

3. L'istanza ex art. 119 Tub e l'esibizione ex art. 210 cpc.

L'ordinamento oltre che con i criteri sanciti nell'art. 2697 c.c. regola la distribuzione dell'onere della prova anche attraverso la predisposizione di specifici strumenti di circolazione e condivisione di informazioni, consistenti in veri e propri poteri di ispezione e raccolta di dati e documenti per le parti interessate, costituenti diretta espressione dei doveri di solidarietà contrattuale ex art. 2 Cost. e del diritto di difesa ex art. 24.

Le norme principalmente richiamate in tal senso possono ravvisarsi nell'art. 2220 c.c. (che limita a dieci anni il limite di conservazione delle scritture contabili), l'art. 210 c.p.c. (ordine di esibizione alla parte o al terzo) e nell'art. 119 comma 4 del D. Lgs. 385/93 - T.U.B. (Comunicazioni periodiche alla clientela).

Come noto, l'istanza di esibizione prevista dall'art. 210 c.p.c. è uno strumento residuale, utilizzabile solo quando la prova del fatto non sia acquisibile o esplorativa (cfr. Cass. Civ., sent. 14 luglio 2004 n. 12997). L'esibizione non può pertanto essere disposta allorché l'istante avrebbe potuto di propria iniziativa acquisire la documentazione in questione: *"Il potere conferito al giudice dall'art. 210 c.p.c. di ordinare ad una delle parti o ad un terzo la esibizione di un documento, deve essere tenuto distinto dall'onere di produzione di documenti che grava sulla parte tenuta a fornire la prova, e può essere esercitato solo quando detta parte non possa, senza l'esibizione, assolvere con altro mezzo l'onere probatorio. Conseguentemente l'ordine di esibizione non può avere ad oggetto un documento posseduto anche dalla parte che propone la relativa istanza."* (così, Tribunale Roma, sez. 3, dott. Francesco Mannino, ordinanza 4 aprile 2016; nello stesso senso, Cass. Civ., sent. 10 gennaio 2003 n. 149). L'istanza di

esibizione di documenti, a norma dell' art. 94 disp. att. c.p.c., deve contenere specifica indicazione dei documenti richiesti e non può tendere a scopi meramente esplorativi e deve ritenersi inammissibile se formulata solo in corso di causa o contestualmente alla notifica della citazione (cfr. Trib. Nocera Inferiore, sent, 29 gennaio 2013).

L'istanza ex art. 119 t.u.b. è norma speciale in quanto avente ad oggetto, a differenza delle altre norme generali citate, lo specifico ambito dei rapporti bancari. Essa prevede il diritto di ottenere, entro un termine non superiore a "novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni." Si pone immediatamente la questione circa i limiti entro cui confinare un simile diritto, da alcuni interpretato in senso ingiustificatamente estensivo quasi a farne uno strumento volto all'esercizio di una sorta di potere ispettivo stragiudiziale e privato (si pensi alla richiesta di consegna di documentazione contrattuale, anche ultradecennale, o di consegna di atti pubblici notarili di mutuo fondiario, note di iscrizione di ipoteca e ogni altro dato già garantito *aliunde*, da banche dati pubbliche).

Sul punto: "Il diritto soggettivo del correntista ad acquisire copia della documentazione bancaria ex art. 119 T.u.b. la cui tutela è garantita come situazione giuridica finale e non strumentale (cfr. Cass. civ., Sez. I, 19 ottobre 1999, n. 11773), per espressa previsione normativa è circoscritto alla sola "documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni» e non anche ai titoli contrattuali a monte." (così, Tribunale di Marsala, sentenza 24 marzo 2015).

"E' da rilevare che l'art. 119 TUB concerne la richiesta alla Banca soltanto degli estratti conto e non anche dei contratti di conto corrente di cui il correntista deve essere in possesso per averne ricevuto copia all'atto della sottoscrizione." (Tribunale di Roma, Sez. 3, 27 aprile 2016, dott. Mannino).

"L'onere della Banca alla produzione della documentazione contrattuale e di movimentazione del credito non è estensibile oltre il decennio: la disposizione di cui all'art. 119 T.U.B., prevede a carico della banca un obbligo che ha il suo fondamento in esigenze di tutela della clientela e nella professionalità propria della banca. Ciò non esclude che tale obbligo, la cui gravosità deve essere rapportata alla molteplicità dei rapporti intessuti dalla banca, debba essere contenuto entro convenienti limiti di tempo. In questo senso la limitazione entro il termine decennale corrisponde ad un principio generale (v. art. 2220 c.c.) e l'espresso riferimento alla documentazione contabile non può implicare, per i contratti, un obbligo di conservazione a tempo indefinito (o per un termine decorrente da un dies a quo indeterminato), non potendo tale obbligo fondarsi se non sulla disposizione in esame. In altre parole, sia l'esistenza dell'obbligo di conservazione e di rilascio copia, sia l'applicazione del termine decennale, si desumono, con riferimento ai contratti, dall'interpretazione estensiva della disposizione, e non vi è spazio per una interpretazione che affermi l'obbligo ed escluda al tempo stesso l'applicazione del termine." (così Tribunale Civile di Roma, sez. 9, Ordinanza collegiale 10 aprile 2015 Pres. Marvasi – Rel. Carlomagno).

E' poi opportuno che l'istanza ex art. 119 Tub sia esercitata entro una ben determinata fascia temporale, che non può risultare asservita all'azione processuale in via meramente formale e strumentale, in palese elusione dell'onere probatorio. Ciò comporta che, una volta richiesta alla Banca la consegna della documentazione contabile, alla stessa deve essere assicurato il termine di legge per l'adempimento, anche ai fini di un eventuale tentativo di conciliazione. L'omissione di tale cautela rende l'azione di accertamento inammissibile (Trib. di Roma, dott.ssa Elena Fulgenzi, ordinanza 28 aprile 2016).

"La prova del contratto e degli estratti - conto non può darsi ex art. 210, dovendola il correntista - attore necessariamente conseguirla prima del giudizio, pena l'ammettere cause a carattere esplorativo" (Tribunale di Taranto, 15 aprile 2015, dott. Casarano).

"La richiesta di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c. deve ritenersi inammissibile, perché tesa ad invertire l'onere probatorio gravante sull'attore il quale avrebbe potuto di propria iniziativa acquisire la documentazione in questione prima dell'introduzione del giudizio (cfr. sul punto Cass. 10.01.2003 n. 149 e Cass. 6.10.2005 n. 19475), dovendosi sul punto rilevare che non vi è prova della trasmissione di una richiesta ex art. 119 TUB antecedente alla notifica dell'atto di citazione." (Tribunale di Roma, sez. 9. dott. Russo, 19 maggio 2016).

"Deve osservarsi come ai sensi dell'art. 119 TUB il cliente della banca sia titolare di un diritto soggettivo a conseguire a proprie spese copia di tutta la documentazione afferente i rapporti con l'istituto di credito, nei limiti del decennio antecedente alla istanza che deve presentare alla banca, con l'effetto che, in difetto di esercizio del diritto sostanziale riconosciutogli, il correntista non possa pretendere di conseguire detta documentazione per "via processuale" attraverso un ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c.; pari considerazioni devono essere tratte anche là dove il correntista, azionato il diritto riconosciutogli dall'art. 119 TUB, pretenda in sede processuale di conseguire documentazione ulteriore, al conseguimento della cui copia non vanta un diritto in forza della normativa citata, invocando l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c."

Diversamente opinando, infatti, l'invocata ordinanza ex art. 210 c.p.c. finirebbe con l'essere rivolta a supplire all'onere probatorio gravante su una delle parti, mirando a conseguire agli atti documentazione già nella disponibilità della parte istante o che questa avrebbe avuto la possibilità di conseguire in forza del diritto sostanziale riconosciutogli dall'art. 119 TUB" (Tribunale di Milano, dott. Ferrari, sentenza 12 maggio 2015, n. 5957).

4. Casistica di settore.

a) il principio del c.d. "saldo zero".

Il principio del c.d. "saldo zero" costituisce una mera applicazione dei criteri generali regolatori dell'onere probatorio alla materia contabile. Il principio trova senso e applicazione solo nelle ipotesi di insanabile carenza della documentazione utile alla ricostruzione del rapporto in contestazione.

I criteri generali della prova prevedono quindi che, quando ad agire sia la Banca, l'incompletezza degli estratti conti vada a discapito del creditore mediante la

“decurtazione” del saldo iniziale risultante sul primo estratto conto disponibile, la cui corretta genesi non può a tal punto essere compiutamente dimostrata. Pertanto, quando ad agire in giudizio per la soddisfazione di un proprio credito è la Banca questa deve fornire la piena prova del proprio credito, non potendo invocare la limitazione temporale (decennale) di tenuta delle scritture contabili ex art. 2220 c.c. per giustificare la mancata allegazione in giudizio di tutti gli estratti conto, e ciò in quanto, così facendo, essa finirebbe per aggirare il proprio onere probatorio (cfr. Cass. Civ. sentenza 26 gennaio 2011, n. 1842). In applicazione di tali criteri, si è riconosciuto che la mancata produzione degli estratti conto completi entro il termine istruttorio previsto dal legislatore comporta a carico della Banca l'accertamento negativo del credito con decurtazione del relativo saldo (“saldo zero”) (Così, Cass. Civ. sez. I sent. 19 settembre 2013 n. 21466; nello stesso senso, Trib. Reggio Emilia, 23 aprile 2014).

Quando ad agire sarà invece il correntista, non essendo la Banca onerata della prova (se non nei limiti e secondo i presupposti e le condizioni previsti dall'ordinamento sin qui ricordati), l'onere probatorio graverà sul solo correntista, il quale, agendo per la contestazione del saldo debitore, non potrà che subire la “cristallizzazione” in suo danno del primo estratto conto utile attestante la misura del credito (secondo un principio di “consolidamento” del saldo iniziale risultante).

Parte della giurisprudenza di merito ha immediatamente accolto tali principi riconoscendo che, quando ad agire è il correntista “*le risultanze dell'estratto conto più antico faranno fede per il pregresso.*” (Tribunale di Monopoli, 17 novembre 2011; conf., Tribunale di Livorno, 28 febbraio 2013), fino a riconoscere che l'applicazione del principio del “saldo zero” nelle ipotesi in cui sia attore il correntista “*...non è utilizzabile ai fini del giudizio, perché sostituisce una rielaborazione del rapporto priva di giustificazione.*” (così Tribunale di Arezzo, 30 maggio 2014).

b) Il c.d. principio di “vicinanza alla prova.”

A fronte di un così chiaro ed ordinato orientamento, altra parte della giurisprudenza di merito ha espresso un contrario indirizzo contrapponendo all'applicazione delle regole generali sulla distribuzione dell'onere della prova, il principio del c.d. “criterio di vicinanza della prova”, ipotizzando un onere per la Banca di partecipazione alla prova vincolato ed asservito alle esigenze del singolo correntista: “*Il saldo sganciato dalle poste precedenti rappresenta un numero privo di riscontro e, in quanto tale, irrilevante in mancanza degli ee/cc, non può escludersi che vi siano state delle poste contabili illegittime perciò diventa necessario annullare le voci non verificabili partendo da zero.*” (Tribunale di Ancona, sentenza 28 gennaio 2015; nello stesso senso, Tribunale di Ancona, sentenza 18 novembre 2014). Trattasi di una giurisprudenza allo stato isolata, che ammette il rovesciamento di ogni peso probatorio in capo alla Banca, nella presumibile convinzione dell'esistenza di un interesse all'accertamento sopraordinato al processo stesso e alle sue regole e principi di base, al

quale le parti (in particolare: la Banca) dovrebbero, ma immotivatamente, asservire la tutela dei propri diritti.

Preme al riguardo ribadire che, contrariamente al principio del c.d. "saldo zero", derivato dalla mera applicazione dei criteri generali e ordinari di distribuzione dell'onere della prova, il c.d. principio di "vicinanza alla prova" costituisce una vera e propria deroga al principio generale dell'onere probatorio in virtù del quale, in caso di un oggettivo impedimento di fatto al raggiungimento della prova a scapito dell'attore, legittima il deferimento dell'onere in capo al convenuto (in una sorta di processo di inversione "equitativa" dell'onere).

Si richiede il concorso di tre condizioni essenziali:

- a) il fatto da provare deve essere essenziale ai fini della decisione;
- b) l'attore deve essere impedito in senso assoluto a rinvenire la prova per motivi giustificati, oggettivi ed indipendenti dalla sua volontà;
- c) il convenuto deve versare in una condizione di vicinanza "privilegiata" con l'ambito della raccolta e della conservazione della prova, tale da far incombere su di lui un dovere generico di solidarietà ex art. 2, Cost. che va a tradursi in un onere probatorio eccezionalmente sovrachiarante i criteri generali di distribuzione dell'onere della prova.

Occorre a tal punto ricordare che il principio è sorto in materia di risarcimento da responsabilità medica (prova del contagio), un ambito di materia certamente non documentale in cui, per l'oggettiva difficoltà di addivenire alla ricostruzione del fatto e quindi all'assolvimento dell'onere della prova, è necessario in alcuni frangenti individuare regole presuntive di ricostruzione del nesso causale, in estremo addebitabili anche secondo un criterio generale di imputazione di obblighi di diligenza, per cui "assume allora rilievo 'la vicinanza alla prova', e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla." (così, Cass. Civ., n. 11316 del 21 luglio 2003).

Trattasi, all'evidenza, di principi *irriferribili* all'ambito bancario, di natura pacificamente documentale, salvo stravolgere i principi generali di distribuzione dell'onere della prova, non ravvisandosi quindi, nella materia bancaria, alcuna necessità di ricorso al detto principio.

A riprova di quanto qui osservato, si consideri la portata delle nuove tecnologie, in particolare la dimensione sempre più telematica dei rapporti bancari con la clientela, in virtù della quale il correntista oggi ha una disponibilità *personale* con i dati contabili che lo interessano (c.d. "home banking"). Nell'ambito di tali rapporti appare del tutto fuori luogo ipotizzare una condizione di "vicinanza" alla prova del rapporto qualificata per l'intermediario bancario, laddove può affermarsi che, fatta eccezione per alcuni sparuti consumatori, il correntista commerciale medio oggi operi ormai prevalentemente "on line."

La disponibilità della documentazione (come esposto in punto di 210 c.p.c./119 TUB) porta altresì ad escludere l'applicazione del citato criterio di "vicinanza della prova", difatti, essendo una "eccezionale deroga al canonico regime della sua ripartizione", tale principio "deve

trovare una pregnante legittimazione che non può 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." (così Cass. Civ., sez. VI, ordinanza n. 6511 del 4 aprile 2016).

PARTE II LA CTU CONTABILE

5. Sulla ctu contabile in generale.

Il codice di procedura civile all'art. 61 delle sue disposizioni generali prevede che, quando necessario il giudice può farsi assistere da uno o più consulenti tecnici. In tal senso, la consulenza tecnica non è una fonte di prova ma un mezzo di valutazione istruttoria.

La parte che ha interesse all'espletamento di una CTU può richiedere al giudice l'esercizio dei suoi poteri officiosi. Tale richiesta non può mai considerarsi tardiva o generica, poiché è sempre il giudice che, avvalendosi dei suoi poteri, delimita l'ambito dell'indagine da affidare al c.t.u. quindi può essere chiesta e concessa anche una volta chiusa l'istruttoria della lite (Cass. Civ., 5422/2002).

Da un punto di vista strettamente *funzionale* al processo, la consulenza tecnica d'ufficio può avere un duplice carattere: essa è "*deducente*" quando è volta alla valutazione tecnica di fatti e prove già acquisiti al processo (ad es: l'esame di documenti contabili); diversamente, essa si fa "*percipiente*" quando viene volta all'accertamento di un fatto da acquisire al processo secondo scienza (ad es.: l'accertamento di paternità in base ad una consulenza ematologica).

Sul punto: "*Pur non costituendo, la consulenza tecnica d'ufficio, un mezzo di prova, è altrettanto vero che il giudice può affidare al consulente tecnico due tipi di compiti: o il mero incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti (cd. consulente deducente), nel cui 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; oppure l'incarico di accertare i fatti stessi (cd. consulente percipiente), e qui 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." (così Tribunale di Milano, sentenza 11 settembre 2014 n. 10898; conf. Cass. Civ. SS.UU., sentenza 4 novembre 1996 n. 9522).*

6. Sui limiti di ammissibilità delle ctu (ctu esplorativa).

La CTU assume carattere *esplorativo* quando l'attore non abbia fornito gli elementi di prova necessari e chieda al Giudice l'ammissione di consulenza tecnica d'ufficio al fine di

compensare ad un proprio difetto di deduzione o di prova. Il carattere esplorativo della CTU va valutato in relazione alla finalità sua propria, che è quella di aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze. In tal senso, la CTU *“non può essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tenda con esso a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerta di prove ovvero a compiere un'attività esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati.”* (Cass. Civ. sez. VI sent. 15 aprile 2015, n. 7639).

Ai detti limiti è consentito derogare unicamente quando l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con il ricorso a specifiche cognizioni tecniche. In tal caso, è consentito al Ctu anche acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, sempre che si tratti di *“fatti accessori rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza e non di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere dalle medesime provati .”* (Cass. Civ. sentenza 20 gennaio 2014 n. 2072).

Ai sensi dell'art. 194 c.p.c. (Chiarimenti e informazioni), il consulente tecnico d'ufficio, se autorizzato, può domandare chiarimenti alle parti ed assumere informazioni da terzi. In ogni caso:

a) tali informazioni dovranno vertere su fatti accessori e non sui fatti principali della lite, rimessi all'operatività del principio dispositivo (artt. 99, 112, 116 c.p.c.);

b) dovrà ritenersi la nullità dell'acquisizione di informazioni *diverse* da quelle ammesse e previste;

c) nel caso di acquisizione di informazioni e dati ulteriori rispetto a quelli adottati dalle parti, il consulente dovrà indicare al Giudice la *fonte* di derivazione dei dati, al fine di consentire il controllo di legittimità del processo di acquisizione.

d) Gli elementi raccolti dal consulente concorrono con le risultanze di causa alla decisione.

Ai sensi dell'art. 198 c.p.c., quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice istruttore può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti. Il consulente sente le parti e, previo consenso di tutte, può esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa. Di essi tuttavia senza il consenso di tutte le parti non potrà fare menzione nei processi verbali o nella relazione di cui all'articolo 195.

In conclusione, per quanto concerne la produzione di documenti, una volta disposta consulenza tecnica d'ufficio le parti non possono dare al CTU documenti ulteriori rispetto a quelli già prodotti. In caso di assenso tra parti il documento assunto diverrà un elemento della CTU al pari delle informazioni da terzi, prove atipiche che il giudice può liberamente apprezzare. In mancanza di accordo, la relativa eccezione dovrà essere proposta nella prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione, ex art. 157 comma 2, c.p.c.

7. Sulle irregolarità peritali (casistica).

Nella parte introduttiva si è puntualizzato che, in generale, “l’onere di allegazione” delimita l’oggetto della lite (*thema decidendum*) e il suo ambito istruttorio (*thema probandum*).

I limiti all’attività di cognizione processuale imposti dalle deduzioni delle parti involgono necessariamente anche la sfera di cognizione del giudice (artt. 112 c.p.c.: “Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa”) e quindi del CTU suo ausiliare, salvo l’esercizio dei suoi poteri di rilievo officioso, rispondenti all’attuazione di norme imperative (su cui, per tutte, cfr., Cass. Civ., SS.UU. sentt. 26242 e 26423 del 12 dicembre 2014).

Laddove l’accertamento tecnico compiuto dal consulente incaricato esorbiti dai limiti imposti dalle norme processuali e sostanziali, si verifica una nullità rilevabile ad eccezione di parte (e come tale soggetta al regime ordinario delle nullità processuali, quindi sanabile ex art. 15 commi 1 e 2, c.p.c. in caso di mancata, tempestiva eccezione sul punto).

In applicazione dei prefati principi e senza pretesa di esaustività, si citano i seguenti casi esemplificativi:

- Cass. Civ., sent. n. 12501 del 27 gennaio 2015 (sul caso della consulenza eccedente i limiti del mandato): *“Ove il CTU esorbiti dai limiti del mandato procedendo ad attività non necessarie ai fini del quesito o formulando conclusioni ulteriori rispetto all’oggetto della consulenza non si verifica una nullità e tali elementi possono comunque costituire oggetto di libero apprezzamento da parte del giudice. Il giudice può quindi porre a base del proprio convincimento anche prove atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio a fronte delle altre risultanze del processo.”*

- Cass. Civ. sentenza 17 novembre 2011 (sull’utilizzabilità, nel processo, degli accertamenti tecnici compiuti da altro consulente tecnico in un separato altro giudizio), secondo cui Il giudice può quindi trarre elementi di convincimento anche dalla parte della consulenza d’ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non estranea all’oggetto dell’indagine in funzione della quale è stata disposta.

- Tribunale di Milano, sentenza 25 novembre 2014, secondo cui deve dichiararsi inammissibile la nomina di CTU contabile a fronte della produzione da parte attrice di soli estratti conto scalari parziali.

- Tribunale di Milano, sentenza 23 dicembre 2014, secondo cui deve dichiararsi inammissibile la nomina di CTU contabile a fronte della produzione da parte attrice di una CTP con calcolo del TEG difforme da quello indicato alla Banca d’Italia e quindi con inattendibilità della stessa.

- Tribunale di Roma, sez. 9, dott. Basile, sentenza 13 aprile 2016 n. 7449, secondo cui deve dichiararsi inammissibile la nomina di CTU contabile a fronte di una richiesta di consegna di documentazione ex art. 119 Tub inevasa, con rigetto dell’istanza di esibizione

ex art. 210 cpc degli estratti conto non prodotti dalla Banca in quanto risultanti già in possesso del correntista, come indicato nelle premesse della perizia econometrica di parte.

- Tribunale di Roma, dott.ssa Elena Fulgenzi, sentenza 28 aprile 2016 secondo cui deve dichiararsi inammissibile la nomina di CTU contabile a fronte della produzione da parte attrice di una CTP generica e assertiva in quanto non specificante le modalità di elaborazione dei dati (su www.expartecreditoris.it).

- Tribunale di Marsala, sentenza 24 marzo 2015, secondo cui deve dichiararsi inammissibile la nomina di CTU contabile a fronte della promozione di un'azione di accertamento negativo per la non estensibilità dell'istanza ex art. 119 Tub "ai titoli contrattuali a monte", in quanto strumento volto a consentire al correntista di operare la verifica delle movimentazioni dei conti (al fine di accertare la corretta esecuzione del rapporto e non la presunta legittimità del rapporto stesso).

- Tribunale di Torino sez. 6 ordinanza 7 aprile 2015 secondo cui va ritenuta l'inammissibilità dell'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. se l'istanza e x art. 119 Tub risulti concomitante alla citazione senza attendere termini ragionevoli all'adempimento secondo un principio di buona fede, risultando l'attore avere dato volontario inizio al giudizio senza essere in grado di supportare il correlato onere probatorio.

Da ultimo, si segnalano sul tema due recentissime pronunce di legittimità in apparente (ma insussistente) contrasto: **a) Cass. Civ. n. 5091 del 15 marzo 2016**: con questa prima pronuncia, intervenuta nell'ambito di un giudizio in prevenzione promosso in relazione a rapporti di conto corrente, per la dichiarazione di nullità delle clausole contrattuali relative a interessi ultralegali, anatocismo, commissioni di massimo scoperto e per la condanna della banca alla restituzione delle somme indebitamente percepite e al risarcimento dei danni, la Suprema Corte ha ritenuto che "... quando la parte chieda una consulenza contabile sulla base di una produzione documentale, il giudice non può qualificare come esplorativa la consulenza senza dimostrare che la documentazione esibita sarebbe comunque irrilevante." Precisa la Corte che " (...) ha natura esplorativa infatti la consulenza finalizzata alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati dalla parte che li allega (Cass., sez. 1^a, 5 luglio 2007, n. 15219, m. 598314), non la consulenza intesa a ricostruire l'andamento di rapporti contabili non controversi nella loro esistenza." **b) Cass. Civ., Sez. 6, ordinanza 4 aprile 2016 n. 6511**: con questa successiva pronuncia, in un ambito processuale identico alla precedente, la Suprema Corte osserva che "non può 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 (...) la parte ricorrente è una società di capitali che, a sua volta (...) aveva il dovere, prima ancora che l'onere, di conservare la documentazione richiesta alla controparte (...) infine, non hanno pregio le censure (contenute nel quinto mezzo di cassazione) 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; che, infatti, in disparte l'inammissibilità di censure alla negazione di

un mezzo istruttorio escluso dal primo giudice, 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."

Come premesso, il contrasto tra le pronunce deve ritenersi meramente apparente. La prima sentenza (Cass. 5091/2016) è oggi richiamata dai correntisti a sostegno dell'assunto (invero estraneo alla pronuncia in questione) secondo il quale la consulenza tecnica dovrebbe essere sempre ammessa sol perché richiesta dalla parte istante che vi ha interesse. Ma la Corte non ha mai espresso un tale principio, limitandosi, nel caso di specie, a fare applicazione delle regole generali in tema di prova secondo criteri già noti e non controversi. Del resto, la stessa pronuncia sottolinea e ricorda, confermandolo, il principio per il quale: *"Non v'è dubbio, infatti, che la mancata disposizione della consulenza tecnica d'ufficio da parte del giudice, di cui si asserisce l'indispensabilità, è incensurabile in sede di legittimità sotto il profilo del vizio di motivazione, laddove la consulenza sia finalizzata ad esonerare la parte dall'onere della prova o richiesta a fini esplorativi alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati"* (Cass., sez. 1[^], 5 luglio 2007, n. 15219, m. 598314)." (Così, espressamente, Cass. Civ. n. 5091/2016). La successiva determinazione di disporre la consulenza tecnica d'ufficio assume, pertanto, una valenza per nulla generalizzata, bensì aderente e rispondente al caso di specie, insuscettibile però di valenza universale.

Al contrario, la successiva ordinanza del 4 aprile 2016 n. 6511 qui posta in evidenza rimarca il principio, universale, indefettibile e valevole per qualunque procedimento per il quale l'attore che aspiri ad ottenere dal Giudice una consulenza tecnica deve preventivamente soddisfare il proprio onere di allegazione, adempimenti in difetto del quale la misura istruttorio non potrà mai essere disposta.

Che il senso delle pronunce in esame sia limitato ad un ridotto, ma più equilibrato scenario, discende, del resto, con particolare evidenza sia dall'esame approfondito e congiunto del duplice intervento operato dal Giudice di legittimità; sia dalla mera considerazione per cui, nella diversa interpretazione indicata dalle contrapposte parti attrici, la consulenza tecnica diverrebbe per il giudice non più una facoltà, bensì un obbligo, trascendendo da "potere" del giudice istruttore di ordinare e regolare lo svolgimento del processo a "diritto" della parte ad un accertamento che si farebbe, a tal punto, *ultra*-giurisdizionale ("oltre" la cognizione del Giudice), quasi tecnico-trascedente ed aspirante al modello, di classica memoria, dell'intervento salvifico di un *deus ex machina*.

E' evidente a tutti che, una tale visione delle dinamiche di consulenza e accertamento tecnico *in litis*, si ponga in realtà al di fuori del processo, con effetti pregiudizievoli nei rapporti di gestione del quotidiano di ampia portata, non difficili da immaginare.

PARTE III

LA PRESCRIZIONE NEI RAPPORTI BANCARI

8. Sulla prescrizione in generale.

L'istituto della prescrizione, previsto dalle norme del codice civile (artt. 2934 e ss.), è causa generale di estinzione dei diritti per mancanza di esercizio prolungato nel tempo. La *ratio* dell'istituto è l'interesse pubblico alla certezza del diritto, costituendo un mezzo di risoluzione di conflitti tra titolari di contrapposte situazioni giuridiche.

Vale quindi a pena rammentare che:

- 1) tutti i diritti sono soggetti a prescrizione, tranne quelli indisponibili;
- 2) la prescrizione può essere fatta valere solo dall'interessato, che può rinunciare (principio dispositivo);
- 3) la prescrizione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice (corollario riflesso del principio dispositivo);

Per quanto riguarda il diritto del soggetto alla rinuncia alla prescrizione, occorre precisare il senso di una simile disposizione, di sapore privatistico, nell'ambito della disciplina di un istituto a carattere dichiaratamente pubblicistico. Il principio è che l'istituto ha sempre e comunque ad oggetto un diritto che, nei limiti concessi dall'ordinamento, può essere fatto oggetto di libera disposizione da parte del suo titolare.

Al fine di rendere effettivo questo diritto e al tempo stesso di prevenire l'elusione della norma, il legislatore all'art. 2937 c.c. ha vietato la rinuncia "preventiva" alla prescrizione, al fine di evitare che essa diventi una clausola di stile nei negozi giuridici, frustrando in tal modo la funzione di ordine pubblico dell'istituto.

Le norme sulla prescrizione, avendo natura imperativa sono insuscettibili di applicazione analogica e di interpretazione estensiva. La prescrizione è istituto di ordine pubblico e quindi le norme ad essa relative sono inderogabili e di stretta interpretazione (Cass. 4191/75).

9. La disciplina della prescrizione nel contratto di apertura di credito (Cass. Civ., SS.UU., n. 24418/10).

Nel contratto di apertura di credito in conto corrente *"la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato."* (art. 1842 c.c.). *"Se non è convenuto altrimenti, l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità."* (art. 1843 comma 1).

Con la notissima pronuncia in commento, le Sezioni Unite hanno enunciato il principio di diritto per il quale, nella sola ipotesi del contratto di apertura di credito, il termine di prescrizione decennale per l'azione di ripetizione dell'indebitato 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."*

Il meccanismo di individuazione del pagamento, inteso quale atto valevole a determinare il decorso del termine prescrizione nel rapporto di credito, opera in base alla distinzione tra versamenti meramente *ripristinatori* della provvista (non suscettibili di determinare uno spostamento patrimoniale tra Banca e cliente) e versamenti *solutori*, quali quelli corrispondenti ad una condizione di scoperto non autorizzato o di eccedenza dal limite della provvista concessa *ex contractu*.

La pronuncia in commento, formalizzando l'enunciazione di tali principi generali in tema di prescrizione, ha costituito un momento di indubbio progresso e approfondimento rispetto al precedente orientamento maggioritario, troppo aridamente cristallizzato sul concetto di "unitarietà" del rapporto di conto corrente che ricollegava *ex abrupto* il *dies a quo* del termine prescrizione solo al momento della cessazione del rapporto. A seguito di tale nuova interpretazione delle norme sono poi sorti vari orientamenti nella giurisprudenza di settore che hanno posto all'attenzione dell'interprete diverse questioni.

a) Un primo orientamento giurisprudenziale, richiamando il regime delle nullità relative ex art. 127 Tub, ha affermato la non decorrenza dei termini di prescrizione in ogni e qualsivoglia ipotesi in cui il conto presenti un saldo passivo. In particolare, anche in assenza di un formale contratto di affidamento (c.d. fido di fatto).

Varia giurisprudenza (Cass. Civ., sent. n. 14470/05; Corte d'Appello di Torino, sent. n. 322/12) ha quindi affermato, travalicando la portata della pronuncia originaria delle Sezioni Unite, la rilevanza del "fido di fatto" ed in particolare ritenendo che l'esistenza dell'apertura di credito in favore del Cliente si possa ricavare da una serie di indici, tra cui:

- a) l'averne stabilmente consentito al cliente di usufruire, di fatto, di uno scoperto di credito;
- b) l'applicazione di una commissione di massimo scoperto;
- c) la mancanza di tassi extrafido che presupporrebbero un limite prestabilito allo scoperto;
- d) la mancata richiesta di rientro dallo scoperto;
- e) l'indicazione in Centrale Rischi della soglia di affidamento.

In adesione a tale indirizzo, successive pronunce hanno ritenuto ricadere sulla banca l'onere probatorio di individuare gli elementi costitutivi della prescrizione (ad esempio il limite del fido per mezzo della produzione del contratto di apertura di credito) al fine di dimostrare che il singolo versamento considerato possa considerarsi a carattere solutorio e quindi prescritto (Cass. Civ., n. 18579/14; Cass. Civ., n. 16326/09, Corte d'Appello di Milano, n. 3512/14; Corte d'Appello di Torino, n. 902/2013, Corte d'Appello di Lecce, n. 173/2013). Secondo tale interpretazione, in mancanza di prova positiva, il conto dovrebbe considerarsi sempre affidato (con la conseguenza che i relativi versamenti darebbero da ritenersi sempre ripetibili e non prescritti).

Sul punto, *in addendum*, secondo Cass. Civ., sez. I, sentenza 26 febbraio 2014, n. 4518: "I versamenti eseguiti sul conto corrente, durante la vigenza del contratto, hanno

normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal *solvens* all'*accipiens* e, poiché tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto, una diversa finalizzazione dei singoli versamenti, o di alcuni di essi, deve essere in concreto provata da parte di chi intende far percorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste illegittimamente addebitate."

Tale interpretazione desta, invero, non poche perplessità in quanto appare soverchiare i principi generali sulla disciplina dell'onere della prova sin qui analizzati.

Il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite nella citata pronuncia, operante la distinzione tra versamenti ripristinatori e solutori della provvista, presuppone a nostro avviso l'esistenza e la titolarità, in capo al correntista, di un formale e valido rapporto di apertura di credito, adeguatamente contrattualizzato, in considerazione del quale soltanto si possa ipotizzare la non decorrenza del *dies a quo* (e quindi del decorso prescrizione) delle operazioni annotate in conto corrente, con dilazione del tela decorrenza del termine al momento della chiusura o, comunque, della cessazione del rapporto. Appaiare a tale condizione, che deve risultare formalmente caratterizzata in via contrattualmente, la diversa situazione in cui il correntista affermi unilateralmente lo svolgimento con la Banca di un rapporto di fido in via "di fatto", comporta l'enunciazione di un principio affatto sancito dalle Sezioni Unite nel citato arresto, e in ogni caso la parificazione di circostanze di rapporto ben diverse tra loro.

Deve quindi ritenersi preclusa, ai fini della valutazione del decorso della prescrizione, la rilevanza del c.d. fido di fatto. Diversamente opinando, si porrebbero problemi di carattere processuale che attengono alla distribuzione tra correntista e banca dell'onere di allegazione, delle eccezioni e delle prove. Tale interpretazione, determinando un onere positivo della prova a carico della banca anche in ipotesi di causa passiva, appare quindi inaccettabile in quanto vale ad introdurre nell'ordinamento il concetto (da sempre reietto) di causa c.d. "provocatoria", in cui l'onere della prova in giudizio viene addossato direttamente al convenuto.

Nel ricordare i caratteri generali dell'istituto della prescrizione, quale istituto di ordine pubblico, le cui norme sono inderogabili e di stretta interpretazione (Cass. 4191/75), può rilevarsi che l'orientamento interpretativo promosso dalla giurisprudenza favorevole alla rilevanza del c.d. fido di fatto sembra non tenere conto di tali dirimenti aspetti.

b) Un secondo orientamento giurisprudenziale ha poi affrontato la questione, nell'ambito della distribuzione dell'onere della prova, su quale parte sia effettivamente onerata di indicare espressamente le rimesse solutorie e se, per quanto concerne in particolare la posizione della Banca, quale parte convenuta, le sia consentito eccepire la prescrizione anche solo in via generica.

Atteso il carattere pubblicistico (ancorché dispositivo) dell'Istituto, si propende per la seconda ipotesi, dovendo ritenersi necessaria solo una generica l'eccezione, i cui effetti sono predeterminati dall'ordinamento. Le norme sostanziali sulla prescrizione infatti, pur se

attratte dal principio dispositivo, hanno finalità di ordine pubblico, e come tali sono inderogabili e presentano natura imperativa (Cfr. Relazione al Codice Civile, n. 1199, pag. 278).

Sul punto, si richiama Cass. Civ., sent. n. 9019/93, secondo cui *“Il carattere dispositivo della prescrizione (art. 2938 c.c.) comporta per la parte, che propone la relativa eccezione, l'onere di tipizzarla secondo una delle varie ipotesi previste dalla legge, con le allegazioni di fatto necessarie - indipendentemente dall'adozione di formule rituali e dall'indicazione delle norme di legge - per rendere comprensibile e individuabile l'eccezione secondo l'uno o l'altro dei tipi legali; ove venga sollevata genericamente l'eccezione di prescrizione, il giudice deve poi limitarsi a prendere in considerazione soltanto la normale prescrizione estintiva e non può, senza un'esplicita precisazione al riguardo della parte, prendere in esame le prescrizioni presuntive eventualmente verificatesi, sussistendo tra i due tipi di prescrizione un'incompatibilità logica, che non consente la loro contemporanea proposizione nello stesso giudizio.”*

Deve sottolinearsi la rilevanza, nel contesto in esame, della presente pronuncia, la cui interpretazione della disciplina della prescrizione ammette e consente la formulazione della relativa eccezione anche solo in via generica e, quindi, senza che si renda necessario operare la specifica preindividuazione, da altri richiesta, delle poste solutorie: così, Tribunale di Taranto, ordinanza 7 ottobre 2013; Tribunale di Pescara, sentenza 24 giugno 2013; Tribunale Prato, sentenza 1° marzo 2013, n. 313; Corte d'Appello Milano, sentenza 20 febbraio 2013; Tribunale di Novara, sentenza 1° ottobre 2012; Tribunale Napoli, 6 febbraio 2012, n. 1467. Sulla scorta di un'interpretazione per nulla convincente, il citato orientamento territoriale ritiene onere della banca svolgere l'eccezione di prescrizione delle poste ultradecennali non in forma lata o generica, bensì analitica, con espressa indicazione delle singole operazioni di versamento e del momento iniziale dell'inerzia del correntista in relazione a ciascun versamento avente funzione solutoria (di fatto, con una sorta di *probatio diabolica*).

Tale interpretazione non può essere condivisa. Da un punto di vista strettamente probatorio, la produzione degli estratti conto agli atti di lite (anche quando operata dall'attore) deve ritenersi circostanza sempre idonea a soddisfare, da parte della Banca, l'onere di determinazione e specifica individuazione della natura solutoria e/o ripristinatoria delle rimesse. D'altra parte, in mancanza degli estratti conto, in ogni caso il correntista non potrebbe mai ottenere la ripetizione dell'indebitato dalla Banca, alla quale non potrebbe imputarsi alcun deficit probatorio.

Ancora, sul punto: Cass. Civ. sent. n. 14576/2007: *“La parte che eccepisce la prescrizione estintiva ha unicamente l'onere di allegare l'inerzia del titolare del diritto dedotto in giudizio e di manifestare la volontà di avvalersene, (...), spettando al giudice stabilire - previa qualificazione giuridica della fattispecie sostanziale sottoposta al suo esame - se, in relazione alla domanda che può conoscere nel merito e al diritto applicabile nel caso concreto, la prescrizione sia maturata con riferimento all'una o all'altra azione.”*

La pronuncia evidenzia che alla parte non è richiesto di dare indicazioni specifiche. Del resto, la stessa Cass. 24418/2010 non ha mai affermato l'onere della Banca di specificare l'eccezione di prescrizione, conclusione eccessivamente rigorosa e formalistica. Alla parte che ne ha interesse, spetterà, piuttosto, esclusivamente onere di sollevare tempestivamente l'eccezione di prescrizione, manifestando l'inequivoca volontà di farvi ricorso.

Conseguenza di quanto sopra è che, in capo alla Banca, non incombe l'onere di specificare a quale termine di decorrenza riferire la propria eccezione di prescrizione, essendo ciò predeterminato dall'ordinamento ed incombendo su di essa unicamente un onere di deduzione e di allegazione delle circostanze di fatto rilevanti ai fini della valenza dell'eccezione, coordinato con il principio dispositivo di adeguata formulazione della domanda e della prova.

Sull'onere della prova della natura delle rimesse, autorevole giurisprudenza territoriale ha ritenuto che la prova della natura ripristinatoria delle rimesse debba gravare, necessariamente, sul soggetto che "...intenda far valere l'esistenza di un contratto per trarne conseguenze a sé favorevoli, e poter paralizzare la eccezione di prescrizione di controparte" (così, Corte d'Appello di Brescia, sentenza 23 dicembre 2015; in termini analoghi, Tribunale di Mantova, sentenza 3 maggio 2014, dott.ssa Laura de Simone, rep. su www.ilcaso.it; Tribunale di Bari, 21 maggio 2015, dott. Savino Gambatesa, su www.expartecreditoris.it) Tra l'altro, continua la stessa Corte d'Appello, "...diversamente opinando verrebbe (...) posto a carico della banca l'onere di fornire la prova di un fatto negativo, consistente nella assenza della stipulazione di un contratto". La prova dell'esistenza di un valido affidamento non può che pervenire dalla produzione della relativa documentazione contrattuale, non certo dalla segnalazione in Centrale Rischi, che indica soltanto il dato sintetico del totale affidato ed utilizzato, peraltro a mero scopo informativo, e non può quindi dimostrare l'esistenza della singola apertura di credito (visto che è appunto indicato il solo totale).

Sull'onere di indicazione specifica, non può a nostro avviso ritenersi che l'eccezione di prescrizione debba estrinsecarsi nell'indicazione specifica delle singole rimesse solutorie, considerato che l'elaborazione in materia è infatti mutuata dall'azione revocatoria in ambito fallimentare, ove però il curatore non ha l'obbligo d'indicare specificamente le rimesse che intende revocare, potendosi persino limitare al numero di conto e al periodo di riferimento (*ex multis*, da ultimo, sul punto, cfr. Cass. Civ. n. 1802/2013).

10. La giurisprudenza contraria a Cass. SS.UU. n. 24418/2010: Tribunale di Lucca, sentenza 10 maggio 2013.

Esaminando la pronuncia delle SS.UU. in commento, va innanzi tutto rilevato come sia passata ingiustamente inosservata la rilevante circostanza per cui le Sezioni Unite, con la pronuncia del 2010, hanno prima di tutto scartato definitivamente l'argomento (di indirizzo in precedenza maggioritario) della presunta *unitarietà* del rapporto di conto corrente quale fattore di deterrenza del decorso del termine di prescrizione ordinaria ex art. 2935 c.c..

Ed invero la S.C., richiamando i principi sulla natura e la funzione dell'apertura di credito e sottolineando il carattere ordinariamente *solutorio* delle rimesse in conto corrente, ha cercato di individuare i casi in cui il principio della generale decorrenza del termine di prescrizione dalla data della singola operazione (quindi dalla data di annotazione in conto della stessa) possa essere derogato, individuando l'ipotesi della apertura di credito intrafido.

Nella detta ipotesi, il *dies a quo* del termine di prescrizione non decorre poiché, in assenza di pagamento (inteso quale "prestazione suscettibile di determinare uno spostamento patrimoniale giuridicamente rilevante dal *solvens* all'*accipiens*"), non sorge per il correntista il diritto alla restituzione dell'indebitto, fino alla cessazione del rapporto di provvista.

Il Tribunale di Lucca, fecondamente critico nei confronti dell'interpretazione *materiae* data dalle Sezioni Unite, ha opportunamente rilevato che da questa impostazione iniziale deriverebbe la singolare conseguenza per la quale, in base a tale *ratio*, nel corso dello svolgimento di un rapporto (oneroso) di apertura di credito, la Banca non riceverebbe mai dal proprio cliente (che riceve la prestazione del credito sin dal principio del rapporto), un pagamento corrispettivo per le sue prestazioni prima della definitiva cessazione del rapporto medesimo.

Secondo la ponderata interpretazione del Tribunale di Lucca, la tesi offerta dalla S.C. non risulta convincente tenuto conto della funzione e degli effetti tipici derivanti dal meccanismo di approvazione del conto corrente bancario (inteso quale atto di "rendicontazione" dei servizi e delle operazioni intervenute). Ad argomentazione del punto, il Tribunale osserva che, a differenza del rapporto di conto corrente ordinario (in cui i soggetti operano in condizioni di reciprocità e nel quale l'approvazione del conto ha pertanto una valenza prevalentemente contabile), tra i termini del contratto di conto corrente bancario interviene un rapporto di mandato nell'ambito del quale la Banca esegue operazioni per il correntista in formale qualità di mandataria. In tale prospettiva, l'approvazione del conto non ha più una valenza meramente contabile, bensì sostanziale di rendicontazione periodica, ai sensi dell'art. 1856 primo comma c.c., secondo cui "La banca risponde secondo le regole del mandato per l'esecuzione d'incarichi ricevuti dal correntista o da altro cliente."

In sintesi, agendo secondo lo schema del mandato la Banca, nel rendicontare le operazioni (attive e passive) compiute sul conto corrente, opera un rendiconto di gestione (ai sensi dell'art. 1713 c.c.) ed al riguardo la pronuncia di Lucca rammenta che da risalente S.C. si era individuato un "collegamento del termine del rendiconto ai singoli periodi in cui può frazionarsi l'opera del mandatarario" quindi "tanti termini di prescrizione quanti sono i cicli delle prestazioni svolte." (così, Cass. Civ. sentenza 6 luglio 1976 n. 2505). Il principio richiamato è quello della c.d. "frammentazione" del mandato e "può essere affermato solo se risulti da una espressa o tacita pattuizione delle parti: ove tali pattuizione manchi la regola

generale è che il rendiconto è riferito a tutto l'operato previsto nel contratto, come risulta dalla legge, che considera unico il mandato anche laddove siano previste più prestazioni frazionate (art. 1719 cod. civ.) o più affari, omogenei o diversi (art. 1721 cod. civ.) e fissa l'obbligo del rendiconto al termine dell'esaurimento del contratto (art. 1713 cod. civ.)".

Il Tribunale di Lucca osserva quindi che il contratto di corrispondenza è un contratto "socialmente tipico", nel quale la banca mandataria, alla chiusura periodica del conto, opera il rendiconto della propria gestione e nel quale si assiste così ad un frazionamento dell'opera della banca mandataria in tanti periodi quante sono le chiusure periodiche "con conseguente collegamento del termine di prescrizione dell'*actio mandati* alla chiusura periodica del conto stesso." Sulla base di tali rilievi diventa naturale respingere (come già previsto anche da Cass. SS.UU. n. 24418/2010) la tesi dell'unitarietà del rapporto quale argomento fondante la tesi della decorrenza della prescrizione dalla chiusura definitiva del rapporto.

Di particolare rilievo e interesse le conseguenze dell'impostazione qui ricostruita. A corollario di tali premesse, il Tribunale ritiene doversi respingere il criterio selettivo, suggerito dalle Sezioni Unite, della individuazione dei pagamenti indebiti basato sulla distinzione tra rimesse ripristinatorie e rimesse solutorie, in quanto distinzioni che, nella diversa prospettiva di interpretazione delle norme indicata dalla citata pronuncia, si rivelano del tutto estranee al tema in questione. L'assunto è dimostrato, in particolare, dal tema del corrispettivo del servizio Bancario, che non può essere demandato ad un futuro indeterminato. Se la Banca opera - come in effetti opera - secondo lo schema del mandato, è in quell'ambito che deve individuarsi il termine per il pagamento (individuato quindi nella chiusura periodica del saldo, a valere quale contestuale rendiconto ex art. 1713, 1719 e 1720 c.c.). Ciò si conferma anche in via di prassi, per la nota, specifica clausola contenuta nei contratti di conto corrente e nelle norme generali bancarie, secondo la cui previsione il rimborso spese e il pagamento del compenso delle commissioni e degli interessi avviene mediante regolazione in conto al momento della sua chiusura periodica. Il "pagamento" avviene pertanto mediante registrazione in conto.

Dalla predetta, complessa ma corretta impostazione della questione, consegue che, alla chiusura periodica del conto, la Banca è autorizzata ad addebitare al correntista le spese, le commissioni, gli interessi maturati nel periodo. Ciò comporta che:

a) nel caso di conto corrente non assistito da apertura di credito: se il saldo è attivo, esso si ridurrà per effetto dell'addebito (pagamento); se il saldo è passivo, vi sarà un incremento negativo del saldo (esigibile). I versamenti successivi effettuati dal cliente costituiranno pagamenti.

b) nel caso di c/c assistito da apertura di credito: il cliente potrà compiere operazioni attingendo alla provvista; il credito sorto a seguito dell'utilizzo della somma messa a disposizione dalla banca nei limiti dell'affidamento ricevuto non sarà immediatamente esigibile.

Occorre però, a tal punto, distinguere il credito sorto dall'utilizzo della somma messa a disposizione dalla banca a favore del cliente (inesigibile), dal credito che la banca matura nel corso del trimestre per le spese di gestione del conto e di erogazione del credito (che risulterà esigibile).

I detti criteri risulteranno per intero applicabili anche nel caso di apertura di credito regolata in conto corrente: alla chiusura periodica del conto, la Banca renderà il conto della propria gestione e chiederà il pagamento delle commissioni maturate mediante registrazione in conto. Questi crediti risulteranno immediatamente esigibili per specifica clausola contrattuale e potranno essere liquidati mediante regolazione in conto al momento della chiusura periodica cioè in pagamento mediante registrazione in conto.

Con riferimento a tali crediti, la distinzione tra conto scoperto e conto passivo e, quindi, tra rimessa solutoria e rimessa ripristinatoria perde di utilità, poiché l'addebito in conto di tali crediti della banca non può essere confuso con l'uso della provvista, somma messa a disposizione della banca per le operazioni con i terzi. Ne consegue che la pendenza tra le parti di un rapporto di apertura di credito non esclude l'immediata esigibilità dei crediti maturati dalla banca per i servizi effettuati, con la conseguenza che il pagamento di tali crediti deve avvenire nel corso del rapporto mediante regolazione in conto. I versamenti in conto successivi all'addebito trimestrale delle competenze maturate sono pertanto idonei a determinare l'estinzione dei debiti in parola (integrando ex se gli estremi di quella nozione di "pagamento" su cui le Sezioni Unite avevano costruito la propria, diversa impostazione).

Tali versamenti assolvono quindi una duplice funzione: estinguono i debiti immediatamente esigibili e ripristinano contemporaneamente la provvista. La sentenza del Tribunale di Lucca a tal punto correttamente osserva che, nel riconoscere che le competenze maturate dalla banca possano essere validamente regolate in conto corrente (per mezzo della c.d. "moneta scritturale"), deve rilevarsi che la nozione di "pagamento" cambia e che lo "spostamento patrimoniale" a cui ha sino ad oggi fatto riferimento l'interpretazione maggioritaria delle Sezioni Unite è costituito dall'aumento della provvista da restituire (cioè dall'annotazione stessa).

Sulla base di una sistematica considerazione dell'apertura di credito e del rendiconto periodico non appare quindi corretto, conclude il Tribunale di Lucca, ritenere (secondo il *dictum* delle Sezioni Unite) il credito per le competenze maturate nel trimestre, immediatamente esigibile, in un credito inesigibile, posponendone il pagamento fino alla chiusura definitiva del rapporto.

Le considerazioni espresse dal Tribunale di Lucca hanno trovato seguito e sono state successivamente riprese e ulteriormente approfondite da successiva giurisprudenza. In particolare, nella sentenza del 27 ottobre 2015, dott.ssa Eugenia Tommasi di Vignano, il Tribunale di Verona, considerando che ai sensi dell'art. 1852 c.c. "... il correntista può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito", ha ritenuto che "la funzione del negozio si individua (...) nella conversione della moneta legale in moneta bancaria, scritturale, con pieno

valore solutorio nei rapporti tra banca e cliente (...) l'immediata disponibilità del saldo del conto corrisponde per la moneta bancaria alla fisica e immediata disponibilità della moneta legale, essenziale a quest'ultima per il concreto esercizio del potere di acquisto".

Considerando quindi che l'art. 2935 cc. prevede la decorrenza dell'azione dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, e ritenendo indiscutibile che *"il correntista può in ogni momento esercitare il proprio diritto al pagamento delle somme risultanti a suo credito (...) deve correlativamente ritenersi che egli possa esercitare tale diritto dalla data di ciascuna annotazione di poste passive da parte della banca, in quanto incidente immediatamente sul saldo a suo credito e, quindi, integrante uno spostamento patrimoniale (...) che, ove indebito (...) è suscettibile di ripetizione"*. Ciò avrebbe anche il pregio di riallineare l'azione di ripetizione con *"... l'obbligo, parimenti decennale, gravante sulle banche di conservazione della documentazione inerente i rapporti bancari, sancito ... dall'art. 119, 4 comma, T.U.B."*.

Pari considerazioni sono state riprese dal **Tribunale di Verona**, nella sentenza del 2 dicembre 2015, dott. Andrea **Mirenda** ed erano già rinvenibili nella sentenza del **Tribunale di Cremona**, 29 maggio 2012, dott. Giulio **Borella**.

11. La nuova formulazione dell'art. 120, comma 2 Tub.

A definitiva analisi delle tematiche sin qui trattate necessita un sintetico riferimento alla nuova formulazione dell'art. 120, comma 2 Tub.

Senza poterne qui ripercorrere le origini e le vicende (tema autorevole e meritevole di autonoma e separata trattazione), si rileva che a seguito di recente novellazione occorsa nel mese di aprile 2016, l'art. 120, comma 2, del D. Lgs. 385/93 (ex art. 17 bis del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, inserito in sede di conversione, con modifiche, per mezzo della legge 8 aprile 2016, n. 49), nella sua formulazione attuale, così statuisce: *"il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:*

a) nei rapporti di conto corrente o di conto di pagamento sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori, comunque non inferiore a un anno; gli interessi sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, in ogni caso, ai termine del rapporto per cui sono dovuti;

b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori salvo quelli di mora, e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; **per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti, anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido: 1) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili; 2) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale."**

Al di là di ogni valutazione nell'ambito della tematica anatocistica (alla quale nella presente sede, avente ad oggetto il diverso tema del regime dell'onere della prova e della disciplina della prescrizione nell'ambito dei rapporti bancari, ci sia consentito sottrarci), preme rilevare come la nuova formulazione della norma attua a livello di previsione legale l'interpretazione elaborata dal Tribunale di Lucca nella citata sentenza del 10 maggio 2013, in merito alle dinamiche di operatività strutturale del conto corrente bancario e dell'apertura di credito postulando l'immediata esigibilità delle competenze a maturarsi nei periodi considerati di chiusura del saldo (oggi estesa alla durata annuale).

Ciò che prima costituiva un'interpretazione meramente territoriale contraria all'indirizzo consolidato delle Sezioni Unite in tema di prescrizione delle rimesse bancarie, è oggi legge dello Stato. Ne consegue che, oggi, non è più consentito dubitare della nozione di "pagamento" nel senso speso nella prefata pronuncia (la citata "moneta scritturale"). Lasciamo infine alla libera interpretazione di ognuno la valutazione se la disposizione novellata abbia l'effetto di innovare la nozione di "pagamento" nel senso di anzi illustrato (secondo un approccio "positivista" alla materia); ovvero se la stessa consenta, piuttosto, di riconoscere e confermare una preesistente natura e struttura operativa dei rapporti di conto corrente e degli effetti delle operazioni e annotazioni in essi compiute (secondo un'interpretazione più giusnaturalista, alla quale personalmente ci rifacciamo).

Ciò che è auspicabile è un maggior coordinamento tra le norme del sistema, come invocato dalla più attenta giurisprudenza di settore e, più in generale, certamente da ognuno dei soggetti interessati al credito bancario.

Roma, 20 maggio 2016

Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Avv. Antonio Pepe