

N. R.G. 250/2019



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI FIRENZE
TERZA SEZIONE CIVILE**

nella persona del Giudice dott. Umberto Castagnini ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **250/2019** promossa da:

, con il patrocinio dell'avv. **FABIANI**

FRANCO

ATTORE

contro

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A. (C.F. 00884060526), con il
patrocinio dell'avv. **VETTORI GIUSEPPE**

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Parte attrice:

Voglia, l'Ill.mo Tribunale adito, previa ogni più utile declaratoria del caso e di legge, ogni diversa e contraria istanza ed eccezione disattesa, anche in via istruttoria ed incidentale:

1) accertare e dichiarare:

a) la illegittimità della applicata prassi di capitalizzazione degli interessi a debito, per tutto il periodo di cui alle contabili prodotte in atti, ivi compreso quello successivo alla entrata in vigore della Delibera CICR 9/2/2000, per inefficacia e inapplicabilità della stessa;

b) la illegittimità della applicazione di un tasso di interesse debitore superiore a quello previsto dalla norma di cui all'art. 117 d.lgs. 385/93;

c) la illegittimità dell'addebito di somme per CMS, CIV, CDF e per spese di chiusura periodica del conto;

d) il mancato riconoscimento degli interessi creditori al saggio ex art. 117 TUB;

*ed ad effetto di tutto quanto sopra accertare e dichiarare che è stata illegittimamente addebitata in conto per il periodo di cui è causa e di cui alle contabili in atti ed alla data della ultima contabile prodotta in giudizio la somma di € **130.872,87** come emergente all'esito della esperita istruttoria o la maggiore o minor somma ritenuta di giustizia;*



2) condannare la convenuta a pagare alla attrice la somma di € 130.872,87 o la maggiore o minor somma ritenuta di giustizia, oltre interessi moratori dalla domanda giudiziale al saldo, a titolo e per le causali di cui al punto che precede.

In ogni caso con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa, comprensivi di oneri per la consulenza tecnica d'ufficio, ivi incluso quanto eventualmente anticipato e per la consulenza tecnica di parte, oltre rimborso forfetario spese generali (15%) IVA e CpA come per legge da liquidarsi in via di distrazione a favore dello scrivente procuratore antistatario.

Parte convenuta:

- dichiarare la nullità dell'atto introduttivo.

Nel merito:

- dichiarare inammissibili e comunque respingere tutte le domande svolte verso la Comparsente, anche singolarmente prese, in quanto prescritte e/o infondate in fatto e in diritto e comunque non provate, nonché assolutamente indeterminate nell'an e nel quantum, sulla scorta di tutti o parte dei titoli e delle norme fatte valere, ovvero sulla base delle diverse norme e titoli che il Tribunale riterrà di applicare.

In via istruttoria:

- si chiede sia respinta la richiesta di CTU tecnico/contabile di parte attrice, in quanto avente indebita valenza esplorativa.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione notificato il 7.1.2019 la società _____ ha agito in giudizio nei confronti di Banca Monte dei Paschi di Siena al fine di rideterminare al 8.8.2016 il saldo del rapporto di conto corrente bancario n. 15791.29, sul quale era regolato un fido di cassa, acceso il 20.11.1995 presso l'agenzia di Marina di Carrara dell'allora Banca Toscana ed estinto per recesso dell'istituto di credito.

A fondamento della domanda parte attrice ha dedotto l'applicazione di interessi ultralegali, commissioni e spese non pattuite, applicazione di interessi anatocistici.

La Banca, tempestivamente costituitasi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità della domanda per la genericità delle allegazioni, la prescrizione del diritto ed ha contestato, nel merito, le domande formulate rilevando in particolare il mancato soddisfacimento dell'onere probatorio per carente produzione degli estratti conto, perlomeno per taluni periodi, non essendo sufficienti i meri riassunti scalari.

La causa è stata istruita con produzioni documentali e CTU.



Sono state formulate due proposte conciliative, una dal CTU nel corso delle operazioni peritali e una dal G.I. all'esito dell'indagine. L'attore ha aderito mentre la Banca si è riservata la formulazione di controproposte, in realtà mai formalizzate in giudizio, ed ha chiesto di proseguire il processo.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione all'udienza del 14.3.2023 previa assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c..

ooo ooo

1. L'eccezione di inammissibilità e di nullità della citazione deve essere respinta avendo parte ricorrente esposto in maniera sufficientemente chiara il fondamento della propria pretesa, supportando la propria tesi anche attraverso la produzione di perizia di parte. La Banca è stata quindi posta nelle condizioni di poter contraddire puntualmente in relazione alle singole doglianze sollevate.

2. Al fine di esaminare, nel merito, la domanda avanzata occorre innanzitutto delineare i principi applicabili alla fattispecie in ordine alla ripartizione dell'onere della prova.

2.1. Quando sia il cliente ad agire in giudizio per la ripetizione delle somme indebitamente versate o per far accertare un diverso saldo rispetto a quello risultante dal conto corrente spetta al cliente l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, salvo che allegghi la conclusione del contratto '*verbis tantum*', la quale, se pacifica, impone al giudice di rilevare la nullità del negozio e quindi la mancata valida pattuizione di interessi ultralegali e commissione di massimo scoperto, mentre, ove contestata, esime il correntista dall'onere di fornire la prova negativa dell'accordo, che spetta semmai alla banca documentare (Cass. 6480/2021).

Si deve quindi distinguere l'ipotesi in cui il correntista abbia eccepito la nullità di alcune clausole contrattuali inserite in un documento che non sia tuttavia prodotto in giudizio dal caso in cui il correntista assuma che alcun contratto, in forma scritta, sia stato concluso.

Nella prima ipotesi, la Banca non può ritenersi onerata della produzione del contratto neppure invocando il cd. principio di vicinanza della prova in quanto tale principio non opera quando " *ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione*" (Cass. 19566/2021; Cass. 33009/2019). E' infatti il correntista onerato alla produzione del contratto al fine di dimostrare la natura indebita delle somme contestate.

Tale principio, di carattere generale, sempre operante ove si faccia questione di



un contratto pacificamente concluso per iscritto, si presta invece ad essere diversamente modulato nella seconda ipotesi, ovvero quando l'attore abbia allegato che nessun contratto in forma scritta è stato sottoscritto.

In sostanza, quando la domanda basata sul mancato perfezionamento del contratto nella forma scritta sia contrastata dalla banca (che quindi sostenga la valida conclusione, del negozio) non può gravarsi il correntista, attore in giudizio, della prova negativa della documentazione dell'accordo, che assume inesistente, incombendo semmai alla banca convenuta di darne positivo riscontro.

2.2. Il correntista è inoltre tenuto alla produzione degli estratti conto necessari per la ricostruzione del rapporto.

La giurisprudenza di legittimità ha però oramai chiarito che il correntista che agisca per ottenere la declaratoria di nullità di determinate clausole contrattuali, ben può limitare la domanda di ripetizione alle sole somme percepite dalla banca in dipendenza di quelle clausole, limitando la prova al periodo temporale rispetto al quale è stata formulata la domanda.

Pertanto, la produzione incompleta di estratti conto non comporta di per sé il rigetto della domanda. Infatti, se per un verso è incontestabile che detta produzione costituisca onere probatorio del cliente che agisca in ripetizione, per altro verso deve ritenersi che in tal caso la mancanza di documentazione abbia come unico effetto lo storno del relativo periodo non documentato; in relazione al quale in nessun modo potrà riconoscersi un credito da ripetizione in favore dell'attore, difettando la prova.

Poiché ciascun periodo continuativo documentato consente la rideterminazione del suo saldo finale e della sua differenza con il saldo contabile, sarà infatti sufficiente portare tal differenza in detrazione sul saldo contabile iniziale del successivo periodo continuativo documentato (che la Banca non contesta in quanto risultante dagli estratti conto dalla stessa redatti) per operare i successivi calcoli ed ottenere, all'esito, la certa determinazione del complessivo importo concretamente ripetibile.

In questo senso si è espressa la Suprema Corte.

In caso di mancanza della serie iniziale di estratti conto, "ove sia il correntista ad agire in giudizio per la ripetizione e il primo degli estratti conto prodotti rechi un saldo iniziale a suo debito, è del pari legittimo ricostruire il rapporto con le prove che offrano indicazioni certe e complete e che diano giustificazione del saldo riferito a quel momento; è inoltre possibile prendere in considerazione quegli ulteriori elementi che consentano di affermare che il debito nel periodo non documentato sia inesistente o inferiore



al saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti, o che addirittura in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso; in mancanza di elementi nei due sensi indicati dovrà assumersi, come dato di partenza per la rielaborazioni delle successive operazioni documentate, il detto saldo" (Cass. 11543/2019; Cass. 9140/2020).

Tale conclusione viene convincentemente argomentata nel senso che, quando la banca assume la veste di convenuta, è il correntista a dover dissolvere l'incertezza relativa al pregresso andamento del rapporto, sicchè, in assenza di contrari riscontri, la base di calcolo potrà attestarsi sul saldo iniziale del primo degli estratti conto acquisiti al giudizio, che, nel quadro delle risultanze di causa, è il dato più sfavorevole allo stesso attore. (Cass. 6063/2021).

2.3. Va infine ricordato che il principio dell'onere della prova non implica che la dimostrazione di fatti costitutivi del diritto azionato debba ricavarsi esclusivamente dalle prove offerte da colui che è gravato del relativo onere: in base al principio di acquisizione, tutte le risultanze istruttorie comunque ottenute - quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale siano formate - concorrono alla formazione del convincimento del giudice.

2.4. Nel caso di specie, le parti hanno versato in atti sia il contratto di accensione del conto corrente del 20.11.1995 che l'appendice ma nessuno dei due documenti contiene alcuna pattuizione delle condizioni economiche specifiche che regolano il rapporto.

Sotto tale profilo l'attore ha pertanto assolto il proprio onere probatorio.

Quanto agli estratti conto il CTU ha precisato che il periodo oggetto di analisi del conto ordinario nr. 15791.29 copre l'arco temporale dal I trimestre 1999 (rapporto già aperto con saldo debitore pari a Lire -277.015.151) sino all'estinzione volontaria del rapporto con azzeramento del saldo debitore residuo, avvenuta in data 08/08/16.

A pag. 6 della relazione preliminare sono indicati i documenti mancanti.

In ordine alle conseguenze di tali omissioni il CTU ha indicato la "*impossibilità di analizzare il periodo intercorrente tra l'apertura del rapporto ed il primo documento in atti (scalare e competenze al 31/03/99)*" e la "*impossibilità di riclassificare il saldo e di eseguire gli accertamenti in materia di prescrizione del diritto di ripetizione degli indebiti nel periodo compreso tra il 01/01/99 ed il 30/09/99*", periodo per il quale sono prodotti solo i riassunti scalari.

In merito alla "...documentazione priva di intestazione per alcuni trimestri", prodotta da Parte Attrice in allegato all'atto di citazione, lo scrivente ha accertato che i dettagli di calcolo delle competenze nei quali non è riportato alcuna intestazione si riferiscono



effettivamente al conto oggetto di lite. La verifica è stata effettuata comparando i documenti privi di intestazione con i restanti documenti presenti in atti, seguendo l'indicazione del Quesito di valutarne l'utilizzabilità "...alla luce della documentazione complessiva agli atti" (pag. 9 relazione preliminare).

In sostanza, la verifica non è risultata possibile solo per il I e II trimestre 1999, IV trimestre 2006 e dal I trimestre 2009 al II trimestre 2016 in quanto risulta mancante parzialmente o integralmente l'estratto conto.

Le conclusioni formulate dal CTU su tale profilo preliminare sono in linea con i principi di diritto sopra richiamati.

2.5. Un profilo oggetto di contrasto tra le parti riguarda la utilizzabilità dei riassunti scalari per i periodi per i quali non sono presenti gli estratti conto completi.

Il CTU ha, in sintesi, rilevato che la presenza degli scalari giornalieri, che non sono altro che i saldi del conto ottenuti ordinando i movimenti per data valuta, attesta puntualmente l'andamento dei rapporti consentendo tutte le verifiche e i ricalcoli richiesti nel quesito senza alcuna approssimazione o perdita di precisione ma non consente l'individuazione dei singoli movimenti qualificabili come rimesse solutorie, presupposto necessario per la disamina dell'eccezione di prescrizione.

In altre parole, qualora il CTU avesse avuto a disposizione, per i periodi coperti dai riassunti scalari, gli estratti conto movimenti, sarebbe giunto esattamente ai medesimi risultati ottenuti rielaborando gli scalari ma avrebbe potuto verificare, per quei periodi, l'esistenza di rimesse solutorie e quindi calcolare gli importi prescritti.

Il consulente ha altresì evidenziato che *"da un punto di vista strettamente tecnico le rettifiche operate sono perfettamente eseguibili, senza alcuna limitazione/approssimazione. Si precisa che anche per quei trimestri per i quali gli estratti conto non sono completi la prova dell'addebito in conto emerge dallo scalare interessi trimestrale nel quale è indicato il conto di addebito e la data valuta (V. pag. 35 CTU ove è riportato un esempio)*

Il Tribunale non ignora che la questione è stata oggetto di difformi orientamenti giurisprudenziali ma ritiene di aderire alla tesi prevalente nella giurisprudenza di merito, che si è pronunciata a favore dell'ammissibilità dell'accertamento sugli estratti conto scalari (Tribunale Torino, sez. I, 18/03/2021, n. 1342; Tribunale La Spezia, sez. I, 13/01/2021, n. 16; Tribunale Bari, sez. IV, 10/01/2017, n. 24; Tribunale Padova, sez. I, 14/03/2016, n. 884 in *de jure*).

A tale impostazione ha, da ultimo, aderito anche la Suprema Corte la quale ha affermato che *"La produzione dell'estratto conto, quale atto riassuntivo delle*



movimentazioni del conto corrente, può offrire la prova del saldo del conto stesso, in combinazione con le eventuali controdeduzioni di controparte e delle altre risultanze processuali; là dove tali movimentazioni siano ricavabili anche -da altri documenti, come i cosiddetti riassunti scalari, attraverso la ricostruzione operata dal consulente tecnico d'ufficio, secondo l'insindacabile accertamento in fatto del giudice di merito, ciò è sufficiente alla integrazione della prova di cui il correntista richiedente è onerato" (Cass. 10293/2023).

Quanto all'impossibilità di verificare la natura solutoria delle rimesse ritiene il Tribunale che la questione debba essere risolta con l'applicazione della regola di ripartizione dell'onere della prova *ex art. 2967 c.c.*.

Non sussiste infatti una disparità di trattamento tra la parte correntista attrice (cui sarebbe stata riconosciuta la possibilità di ricalcolo delle competenze mediante i riassunti scalari giornalieri) e la parte banca convenuta (cui non sarebbe stata riconosciuta l'analisi della prescrizione). Infatti, da un punto di vista strettamente tecnico, i saldi giornalieri in atti, sono sufficienti per il ricalcolo delle competenze senza alcuna approssimazione, mentre non sono sufficienti per l'individuazione delle rimesse solutorie, che richiede, evidentemente, la presenza degli estratti conto movimenti.

Infatti, l'individuazione delle rimesse solutorie non solo richiede la presenza dei movimenti di un "periodo", ma necessariamente la presenza dei movimenti del trimestre completo, perché come previsto da Cass. Sez. Un. n. 24418/10 l'individuazione delle rimesse deve essere svolta sul saldo riordinato per data disponibilità, che richiede la conoscenza di tutti i movimenti del trimestre, non essendo sufficiente né la presenza del saldo per valuta.

Da ciò consegue che sarebbe stato onere per la Banca integrare eventualmente la documentazione prodotta dal correntista (idonea a provare i fatti costitutivi della propria pretesa) in relazione al fatto estintivo dedotto (prescrizione).

Se infatti gli addebiti contestati sono suscettibili di prova libera (Cass. 22418/2022; Cass. 1528/2022; Cass. 5887/2021), come correttamente evidenziato dalla attrice, la "*...impossibilità di riclassificare il saldo per "disponibilità" e conseguentemente eseguire gli accertamenti in materia di prescrizione per gli indebiti maturati nel periodo compreso tra il 01/01/99 ed il 30/09/99...*" ridonda a danno della Banca stessa essendo la stessa onerata della prova in relazione all'eccezione di prescrizione.

3. Passando al merito, il CTU ha accertato che "*Né il contratto né l'appendice dei servizi di pagamento del 20/11/95 contengono la disciplina della misura dei tassi di*



interesse (attivi e passivi) a valere sul conto corrente. Inoltre, nonostante l'articolo 16 preveda la facoltà della Banca di modificare unilateralmente le condizioni economiche ex art. 118 TUB, nessuna delle proposte di modifica unilaterale riscontrate in atti contiene indicazioni dei tassi di interesse" (doc. 1 Banca).

Conseguentemente, il CTU ha correttamente ricalcolato il conto nr. 15791.29 applicando i tassi sostitutivi BOT previsti dall'articolo 117 TUB (valore minimo sui tassi debitori e valore massimo sui tassi creditori) per l'intero periodo oggetto di analisi.

Il CTU ha altresì verificato la mancata pattuizione scritta della CMS ed ha quindi eliminato gli importi addebitati.

La stessa metodologia è stata correttamente utilizzata per le altre commissioni o spese addebitate ma mai pattuite per iscritto.

4. In merito all'anatocismo si osserva che il contratto di conto corrente è stato sottoscritto antecedentemente alla delibera CICR del 9.2.2000, attuativa del d.lgs 432/1999, entrata in vigore il 22.4.2000.

Come noto, in materia di interessi anatocistici si sono pronunciate le Sezioni Unite della Suprema Corte, da un lato, escludendo la ravvisabilità di usi normativi e, dall'altro, evidenziando che la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario è sempre illegittima, anche con riguardo al periodo anteriore alle decisioni con le quali la stessa Corte di Cassazione -a far data dalla sentenza n. 2374/1999- - ponendosi in contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale sin lì seguito aveva accertato l'inesistenza di un uso normativo idoneo a derogare al precetto dell'art. 1283 c.c. (cfr. Cass. SS.UU., 21095/2004).

Alla nullità della clausola che prevede la capitalizzazione consegue che gli interessi debbono essere ricalcolati senza capitalizzazione alcuna (cfr. Cass. SS.UU n. 24418/2010).

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 425/2000, ha infatti dichiarato l'illegittimità dell'art. 25 del d.lgs 342/1999 nella parte in cui stabiliva che le clausole riguardanti la produzione degli interessi sugli interessi maturati, contenuti nei contratti stipulati anteriormente alla delibera, fossero valide ed efficaci sino a tale data.

La disciplina introdotta nel 2000, in deroga al principio codicistico posto dall'art. 1283 c.c., ha invece legittimato l'anatocismo per l'attività bancaria purché la capitalizzazione degli interessi fosse specificatamente pattuita per iscritto e con pari periodicità della capitalizzazione (art. 6).

L'art. 7 della delibera ha previsto una specifica disciplina per i rapporti già in



corso al momento dell'entrata in vigore della delibera prevedendo che le condizioni contrattuali vigenti avrebbero dovuto essere adeguate al contenuto della delibera entro il 30.6.2000 con effetti a decorrere dal successivo 1 luglio.

In particolare, veniva previsto che in caso di adeguamento non peggiorativo per la clientela delle condizioni precedentemente applicate le banche avrebbero potuto limitarsi entro il predetto termine a pubblicare nella Gazzetta Ufficiale la comunicazione delle nuove condizioni, dandone notizia per iscritto alla clientela. In caso di modifiche peggiorative, le nuove condizioni avrebbero invece dovuto essere approvate dalla clientela per iscritto (art. 7, comma 3).

Si è posta quindi la questione delle modalità con le quali le banche avrebbero potuto validamente ed efficacemente procedere all'adeguamento dei contratti pendenti ovvero se le modifiche (che introducevano la pari periodicità della capitalizzazione) potessero ritenersi migliorative rispetto al regime previgente, assumendo quale "pietra di paragone" il contenuto economico delle precedenti clausole, anche se affette da nullità, che prevedevano la capitalizzazione trimestrale dei soli interessi passivi e annuale per quelli attivi.

In ordine alle modalità di adeguamento, la Suprema Corte ha da ultimo statuito che *"nei contratti di conto corrente bancario stipulati in data anteriore all'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 425 del 2000, pur non avendo interessato il comma 2 di tale disposizione, che costituisce il fondamento del potere esercitato dal CICR mediante l'adozione della predetta delibera, ha inciso indirettamente sulla disciplina transitoria dettata dall'art. 7 di tale provvedimento, in quanto, avendo fatto venir meno, per il passato, la sanatoria delle clausole che prevedevano la capitalizzazione degli'interessi, ha impedito di assumerle come termine di comparazione ai fini della valutazione dell'eventuale peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, in tal modo escludendo la possibilità di provvedere all'adeguamento delle predette clausole mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, come consentito dal comma 2 dell'art. 7, e rendendo invece necessaria una nuova pattuizione (cfr. Cass., Sez. I, 19/05/2020, n. 9140; 21/10/2019, nn. 26769 e 26779).*

A sostegno di tali conclusioni, si è osservato che a) la pronuncia di incostituzionalità ha investito il solo tema della validazione delle clausole anatocistiche fino al momento in cui è divenuta operante la delibera 9 febbraio 2000, ma non ha direttamente inciso sull'attribuzione al CICR del potere di regolamentare il transito dei vecchi contratti nel nuovo regime, b) la portata retroattiva della pronuncia d'incostituzionalità impone tuttavia di considerare nulle le clausole anatocistiche inserite in contratti conclusi prima



dell'entrata in vigore della delibera CICR, c) la circostanza che la delibera sia stata adottata anteriormente alla pronuncia d'incostituzionalità non comporta che, ai fini del giudizio di comparazione previsto dal comma 2 dell'art. 7 della delibera, possa conferirsi rilievo all'applicazione di fatto delle predette clausole, prescindendo dall'invalidità delle stesse, d) la comparazione non deve avere ad oggetto le condizioni contrattuali nel loro complesso, ma solo la clausola anatocistica, da valutarsi in relazione al principio della pari periodicità nel conteggio degli interessi, stabilito dall'art. 2, comma 2, della delibera, e) in mancanza di una clausola valida che preveda, per almeno una delle due tipologie di interesse (attivo o passivo) una capitalizzazione da attuarsi con una data frequenza, è impossibile stabilire se il predetto criterio sia favorevole o sfavorevole per il correntista". (Cass. 17634/2021; in questo senso anche Corte di Appello di Firenze, n. 2223/2021, n. 1604/2021).

Non essendo pertanto operante tale modalità di adeguamento semplificata, rimessa alla mera iniziativa della Banca, si ritiene necessaria una specifica pattuizione scritta bilaterale.

Per tale ragione il saldo del conto corrente è stato correttamente rettificato di ogni effetto anatocistico per tutta la durata del rapporto, anche successivamente al 30.6.2000.

5. A questo punto si deve quindi passare a valutare l'eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca.

5.1. A tal fine occorre muovere dai principi affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 24418/2010.

E' pacifico che perché possa sorgere il diritto alla ripetizione di un pagamento indebitamente eseguito, tale pagamento deve esistere ed essere ben individuabile. Per esistere, il pagamento deve essersi tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto (*solvens*) con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (*accipiens*).

Non può quindi ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico definibile come "pagamento", nel senso anzidetto, che l'attore affermi indebito.

I versamenti effettuati dal correntista durante lo svolgimento del rapporto potranno esser considerati pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione, quando abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca, e cioè quando siano stati eseguiti su un conto in passivo (o "scoperto") cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accredito.

Per converso, quando il passivo non ha superato il limite dell'affidamento



concesso, i versamenti in conto fungono unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere, rispetto ai quali la prescrizione decennale decorre non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

La Suprema Corte ha poi chiarito che l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da un'apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto e la dichiarazione di volerne profittare, senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie (Cassazione civile, sez. un., 13/06/2019, n. 15895).

5.2. Constatata la natura dirimente della distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie ai fini della valutazione dell'intervenuta prescrizione del credito, si tratta di valutare se sia la Banca a dover provare la natura solutoria delle rimesse o il cliente quella ripristinatoria.

Secondo un primo ed isolato precedente (Cass. 4518/2014), il conto corrente in costanza di rapporto ha normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determina uno spostamento patrimoniale dal *solvens* all'*accipiens* "per cui una diversa finalizzazione dei singoli versamenti (o di alcuni di essi) deve essere in concreto provata da parte di chi intende far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni", ovvero -nel caso di specie- dalla Banca. La diversa natura "solutoria" delle rimesse rappresenterebbe quindi uno specifico fatto costitutivo dell'eccezione di prescrizione.

Secondo un orientamento "intermedio" occorrerebbe invece distinguere tra l'ipotesi di conti affidati e non affidati. (Cass. 20933/2017; Cass. 12977/2018): "in caso di conto non affidato, tutte le rimesse devono automaticamente reputarsi solutorie, con conseguente inesistenza di alcun onere in capo alla banca di individuarle specificamente. Diversamente, nell'ipotesi di conto affidato, sarebbe la Banca onerata della prova delle rimesse effettuate oltre l'ammontare del fido accordato, fornendo quindi la prova del relativo limite". Le conseguenze negative della mancata prova dell'ammontare del fido ricadrebbero pertanto sull'istituto di credito.

Secondo il più recente orientamento, che il Tribunale condivide, "in presenza di eccezione di prescrizione della banca, è onere del correntista, attore in ripetizione dell'indebito, allegare e provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito in conto corrente, che consenta di qualificare come non già solutorie, bensì meramente



ripristinatorie della provvista, le rimesse effettuate entro i limiti dell'affidamento (cfr. Cass. 27704/2018; 2660/2019; 31927/2019)" (da ultimo Cass. 1388/2022).

L'esistenza di un'apertura di credito costituisce un fatto modificativo che consente di qualificare i versamenti come mero ripristino della disponibilità accordata consentendo così di spostare l'inizio del decorso della prescrizione alla chiusura del conto.

L'apertura di credito non è infatti di per sé, come è noto, un contratto necessariamente riconnesso a quello di conto corrente, con il quale la banca si impegna ad offrire al cliente un servizio di cassa con utilizzo della provvista propria del cliente e non a mettere a disposizione denaro.

Del resto, onerando la Banca della prova della natura solutoria delle rimesse si imporrebbe alla stessa una prova del tutto negativa consistente nell'assenza della stipulazione del fido.

5.3. Ciò posto, ulteriore questione controversa è se sia necessaria la produzione in giudizio del contratto di apertura di credito oppure se il correntista possa eccepire l'esistenza di un fido di fatto.

Il primo ostacolo all'ammissibilità del cd. fido di fatto viene rinvenuto nella disciplina dettata dall'art. 117 TUB il cui comma 1 prescrive che i contratti bancari e finanziari -nel cui novero rientra anche il contratto di apertura di credito- siano redatti per iscritto e che un esemplare sia consegnato al cliente.

L'art. 117, comma 2 TUB abilita la Banca d'Italia, su conforme delibera del CICR, a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa a quella scritta quando le "le operazioni e i servizi sono effettuati in esecuzione di contratti eseguiti per iscritto".

Tale previsione (applicabile ai contratti stipulati dopo il 1992) va intesa nel senso che il "contratto madre" deve comunque indicare le condizioni economiche a cui sarà assoggettato il "contratto figlio". Si è quindi affermato che *"non può ritenersi nullo per carenza del requisito della forma scritta il contratto di apertura di credito concluso con un'impresa correntista, allorquando l'originario contratto di conto corrente - regolarmente stipulato per iscritto- abbia già compiutamente disciplinato il contratto di apertura di credito"*. (Cass. 27836/2017).

Anche in difetto di tali condizioni, ovvero quando il contratto di conto corrente manchi o non abbia già disciplinato il contratto di apertura di credito, ritiene il giudicante che il difetto di forma scritta non sia un'argomentazione idonea ad escludere la possibilità del correntista di provare *aliunde* l'esistenza di un affidamento, quale contro-eccezione rispetto all'eccezione di prescrizione sollevata



dalla Banca.

Infatti, come osservato da parte della giurisprudenza di merito, la nullità dell'apertura di credito che discenderebbe dal difetto di forma scritta richiesta *ad substantiam*, come in generale le nullità previste dal T.U.B. (art. 127, comma 2, T.U.B.) è una nullità di protezione, che può essere fatta valere soltanto dal cliente (o dal giudice, se vantaggiosa per il cliente); ragion per cui è facoltà di quest'ultimo rinunciare a far valere la predetta nullità e chiedere l'esecuzione del contratto bancario privo della forma scritta.

Se così è, se cioè al cliente è accordata la possibilità di chiedere l'esecuzione del contratto privo della forma scritta *ad substantiam*, conseguentemente non può essergli preclusa *ex art. 2725 c.c.* la possibilità di provare l'esistenza del contratto; prova che può essere fornita anche presuntivamente, evidenziando indici sintomatici gravi, precisi e concordanti idonei a dimostrare in modo univoco l'esistenza dell'affidamento.

5.4. Se dunque astrattamente non può ritenersi preclusa la prova della conclusione di un contratto di affidamento per *facta concludentia*, si pone il problema di accertare l'esistenza e la misura del fido allorquando il rapporto non sia consacrato in un documento scritto.

Quanto alla prova dell'esistenza del fido la giurisprudenza di merito ha indicato una serie di indici sintomatici della concessione di fatto dell'affidamento, rimessi al prudente apprezzamento del giudice; a titolo esemplificativo:

- la stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito (pluriennale) correlata;
- la mancata richiesta di rientro del cliente dallo scoperto di conto corrente;
- l'entità del saldo debitore;
- la previsione di una commissione di massimo scoperto;
- l'indicazione della Banca nella centrale rischi della soglia di affidamento;
- la mancata segnalazione negli anni in centrale rischi per sconfini o sofferenza;
- la previsione e l'applicazione di distinti tassi debitori.

Occorre tuttavia evidenziare che la presenza di tali indici non consente sempre di identificare la misura dell'affidamento.

Secondo una parte della giurisprudenza, il limite massimo dovrebbe essere individuato nello stesso massimo scoperto "di fatto" consentito dalla banca prima dell'adozione da parte di quest'ultima di qualsivoglia iniziativa di rientro in quanto la predeterminazione del limite massimo, non costituirebbe peraltro "elemento essenziale della causa di contratto di apertura credito in conto corrente" (Cass. n. 3842/1996). (in questo senso cfr. Tribunale di Prato, 18/02/2016; Tribunale di



Torino 11 marzo 2015, Tribunale di Livorno, n. 176/2017 in *De Jure*).

Tale tesi non può tuttavia essere condivisa.

Innanzitutto, sulla base della stessa definizione posta dall'art. 1842 c.c. dell'apertura di credito bancario ("*contratto con il quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di denaro per un dato periodo di tempo a tempo indeterminato*") non sembra potersi concludere che la misura dell'affidamento non è un elemento essenziale del contratto, non potendo diversamente determinarsi i limiti dell'obbligazione in capo alla Banca.

La prova del limite dell'affidamento è inoltre necessaria per trarre il discrimine tra rimesse intra ed extra fido, né tale entità può essere identificata con la più elevata esposizione debitoria raggiunta, poiché ciò determinerebbe un'indebita inversione dell'onere della prova (in questo senso cfr. Corte di Appello di Firenze, n. 551/2021; n. 1651/2021; n. 161/2022).

Tale principio risulta inoltre conforme anche alla giurisprudenza che si è affermata in materia di revocatorie fallimentari. In tale prospettiva, l'interesse della Banca è quello di allegare e provare l'esistenza di un'apertura di credito al fine di dimostrare la natura ripristinatoria delle rimesse per sottrarle alla revocatoria fallimentare. In relazione a tale ipotesi, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto necessario che la Banca, al fine di dimostrare la natura non solutoria del versamento, fornisca la prova dell'esistenza, del periodo e dell'ammontare dell'affidamento accordato al correntista (Cass. 14470/2005; Cass. 14676/2007).

Pertanto, in maniera speculare, si ritiene che tale prova incomba nell'azione di ripetizione dell'indebito sul correntista che intenda paralizzare l'eccezione di prescrizione sollevata dall'istituto di credito dimostrando la natura ripristinatoria delle rimesse.

Anche la più recente giurisprudenza di legittimità sembra comunque richiedere che il correntista provi la misura dell'affidamento (Cass. 188/2022; Cass. 19844/2022).

5.5. Ciò chiarito, la questione dell'ammissibilità del cd. fido di fatto non va pertanto posta sotto il profilo della forma, stante le considerazioni già dette sulla nullità di protezione, ma sotto il profilo probatorio.

Non tutti gli indici sintomatici di un fido di fatto, tradizionalmente indicati dalla giurisprudenza di merito, consentono infatti di determinare in maniera univoca la misura dell'affidamento.

Qualora ciò non risulti possibile, l'incompletezza della prova, va a svantaggio del soggetto gravato dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c., ovvero il correntista.



E' invece ammissibile la prova indiretta dell'affidamento purché idonea a dimostrare gli elementi essenziali del fido, ivi inclusa la misura dell'affidamento.

In tal caso, risulta fuorviante l'espressione "fido di fatto", in relazione alla quale parte della giurisprudenza anche di legittimità ha mostrato qualche perplessità, ma si può parlare di "fido diversamente provato" o "fido da estratto conto" (in questo senso Tribunale Busto Arsizio, sez. III, 11/02/2021, n. 214 in De Jure).

5.6. Nel caso di specie il CTU ha correttamente svolto la propria indagine in conformità a tali principi (v. pag. 23 ss. ctu e pag. 12 integrazione).

Negli scritti difensivi finali la Banca contesta l'ammontare del fido indicato dal CTU al fine dell'accertamento delle rimesse solutorie in quanto non desunto da contratti di apertura di credito redatti in forma scritta.

A tale riguardo il CTU ha osservato che *"Non risultando alcun documento contrattuale attestante la concessione di una apertura di credito (fido di cassa), l'affidamento a valere sul conto nr. 15791.29 è stato desunto dagli elementi indiziari, dai quali emerge come il conto sia sempre stato affidato per cassa nel periodo rilevante ai fini di tale indagine.*

Gli elementi indiziari in forza dei quali è stato individuato l'affidamento sono stati i seguenti:

Dalle indicazioni contenute nei riassunti scalari e nei dettagli di calcolo delle competenze depositati dalla Convenuta. Vengono indicati gli importi degli affidamenti concessi, la misura dei tassi di interesse di riferimento e la loro natura, ancorché attraverso un codice numerico. Ad esempio si vedano le informazioni contenute nello scalare interessi al III trimestre 2003.

L'applicazione di almeno due tassi d'interesse per data valuta, di cui quello in misura inferiore riferito agli utilizzi entro i limiti dell'affidamento e quelli in misura maggiore riferiti agli sconfinamenti di conto. Ad esempio si veda la distinzione effettuata nel dettaglio di calcolo delle competenze al I trimestre 1999.

La modalità di calcolo della Commissione di Massimo Scoperto, la quale è stata determinata mediante l'applicazione di una aliquota in misura inferiore sull'importo totale di tutti i fidi concessi sul rapporto ed una aliquota di misura maggiore sull'eccedenza da tale sommatoria.

L'addebito del Corrispettivo sull'Accordato, calcolato in misura percentuale rispetto all'affidamento concesso.

La misura dell'affidamento è stata individuata anche rapportando tra loro i numeri debitori derivanti dall'utilizzo del fido ed i giorni valuta di competenza, tenendo conto e confrontando i risultati ottenuti in ogni singolo trimestre".



Tali elementi indiziari non solo hanno dimostrato l'esistenza dell'affidamento ma hanno consentito altresì la esatta individuazione della misura dell'affidamento per ciascun periodo senza il ricorso a criteri presuntivi.

Le doglianze formulate dalla Banca vanno quindi disattese.

6. All'esito dell'accertamento il saldo di conto corrente (pari a zero al momento della estinzione, 8.8.2016) va quindi rideterminato, in conseguenza delle rettifiche operate, al netto delle somme prescritte, in euro 130.872,87, somma che la Banca è tenuta a versare in favore del correntista, maggiorata degli interessi.

"In tema di ripetizione dell'indebito oggettivo, ai fini del decorso degli interessi sulla somma oggetto di restituzione, l'espressione dal giorno della "domanda", contenuta nell'art. 2033 c.c., non va intesa come riferita esclusivamente alla domanda giudiziale, ma comprende anche gli atti stragiudiziali aventi valore di costituzione in mora ai sensi dell'art. 1219 c.c." (Cassazione civile, sez. un., 13/06/2019, n. 15895).

A tal fine occorre far riferimento alla diffida del 30 settembre 2016 (doc. 1) ricevuta a mezzo pec in pari data.

Dalla domanda giudiziale sono dovuti gli interessi maggiorati *ex art.* 1284, comma 4 c.c. trattandosi di azione restitutoria che trova la sua base nel rapporto contrattuale tra banca e cliente. (Cass. 61/2023).

Trattandosi di debito di valuta, poi, non va disposta la rivalutazione monetaria, in considerazione del fatto che l'attore non ha dato prova del maggior danno subito rispetto a quello ristorato con gli interessi (Cass. 7091/2020).

7. Le spese di lite seguono la soccombenza e vanno poste integralmente a carico della Banca.

Il riconoscimento di una somma inferiore a quella originariamente richiesta non giustifica, neppure parzialmente, la compensazione delle spese di lite considerando il rifiuto da parte della Banca della proposta conciliativa formulata dal CTU e di quella formulata dal giudice ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c. all'udienza del 24.11.2021, entrambe più favorevoli per l'istituto di credito rispetto all'esito finale del giudizio.

I compensi vanno liquidati con applicazione dei valori medi di cui al DM 147/2022.

Per le medesime ragioni le spese di CTU già liquidate vanno poste definitivamente a carico della Banca.

Vanno poste a carico della Banca anche le spese sostenute per il CTP, per le quali è stata prodotta la fattura pro forma, il cui importo risulta congruo (Cass. 24188/2021).



P.Q.M.

1) accertata, in relazione al conto corrente n. 15791.29, la mancata pattuizione in forma scritta degli interessi legali, delle commissioni e spese di cui in motivazione nonché l'illegittima applicazione di interessi anatocistici, **accerta e dichiara** che il saldo di conto corrente al momento della estinzione ammonta, in virtù delle rettifiche operate, a + € 130.872,87 in favore del correntista;

2) **condanna** Banca Monte dei Paschi di Siena al pagamento in favore di
della somma di € 130.872,87 oltre interessi legali dal 30 settembre 2016 e, nella misura di cui all'art. 1284, comma 4 c.c., dalla domanda giudiziale all'effettivo soddisfo;

3) **condanna** Banca Monte dei Paschi di Siena al pagamento delle spese di lite sostenute dalla convenuta che liquida in € 14.103,00 per compensi, oltre € 786,00 per spese non imponibili, € 2.025,00 per spese di CTP, spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge, disponendone il pagamento in favore del procuratore antistatario avv. Franco Fabiani;

Così deciso in Firenze il 20 giugno 2023

Il Giudice
dott. Umberto Castagnini

