

Civile Ord. Sez. 1 Num. 31667 Anno 2019

Presidente: DE CHIARA CARLO

Relatore: FIDANZIA ANDREA

Data pubblicazione: 04/12/2019

sul ricorso 29962/2015 proposto da:

~~Stella Stella, Stella~~ ~~Stella~~, già soci illimitatamente responsabili della ~~Stella~~ s.n.c., elettivamente domiciliate in ~~Stella~~, ~~Stella~~ n. ~~Stella~~, presso lo Studio Legale ~~Stella~~, rappresentate e difese dall'avvocato ~~Stella~~, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrenti -

contro

ORD.
2788
2019



~~Valentina Maria~~, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ~~Valenza~~, Via ~~Giuseppe Garibaldi~~ n. ~~10~~, presso lo studio dell'avvocato ~~Roberto~~ ~~Garibaldi~~, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ~~Roberto~~ ~~Garibaldi~~, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 674/2015 della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 19/05/2015;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 10/09/2019 dal cons. FIDANZIA ANDREA.

FATTI DI CAUSA

Il Tribunale di Pescara - con sentenza n. 1397/2008 - nella domanda di ripetizione dell'indebito proposta da ~~Roberto~~ ~~Garibaldi~~ e ~~Roberto~~ ~~Garibaldi~~ contro ~~Roberto~~ ~~Garibaldi~~ (già ~~Roberto~~ ~~Garibaldi~~) avente ad oggetto la restituzione delle somme indebitamente versate all'istituto di credito sul c/c n. ~~Roberto~~ in conseguenza dell'applicazione degli interessi debitori con rinvio agli "usi piazza", della capitalizzazione trimestrale dei medesimi interessi debitori e dell'applicazione di commissioni di massimo scoperto e delle modalità di calcolo delle valute, ha condannato la Banca al pagamento della somma di € 105.662,19.

La Corte d'Appello di Ancona, con sentenza non definitiva depositata il 19 maggio 2015, nel disporre la rinnovazione delle operazioni peritali, in parziale riforma della sentenza di primo grado, ha accertato il diritto della ~~Roberto~~ ~~Garibaldi~~ a veder effettuato il conteggio del saldo del rapporto di apertura di credito con affidamento in conto



corrente n. ~~22222~~ sulla base del primo saldo disponibile in atti, datato 16 aprile 1993, senza procedere ad alcun azzeramento del saldo ivi risultante.

In particolare, il giudice di secondo grado, ha osservato che, trattandosi di azione di ripetizione dell'indebito proposta dal cliente, gravando su quest'ultimo l'onere della prova dell'esistenza e dell'entità dell'indebito, deve essere posto a suo carico il rischio della mancanza di tutti gli estratti conto relativi al rapporto, con la conseguenza che per la ricostruzione del saldo del conto corrente deve partirsi dal primo estratto conto disponibile che documenti l'indebito conteggio delle somme derivanti dall'applicazione di clausole contrattuali giudicate nulle.

Avverso la predetta hanno proposto ricorso per cassazione ~~22222~~ ~~22222~~ e ~~22222~~ affidandolo a quattro motivi.

La ~~22222~~ si è costituita in giudizio con controricorso, depositando, altresì, la memoria ex art. 380 bis. 1 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con un il primo motivo i signori ~~22222~~ e ~~22222~~ hanno dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ. in relazione all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ..

Lamentano i ricorrenti che, avendo proposto un'azione di accertamento negativo, non hanno fatto valere un diritto in giudizio, come richiesto dall'art. 2697 cod. civ., postulandone, invece l'inesistenza, con la conseguenza che era la banca a dover dimostrare documentalmente il proprio credito.



2. Con il secondo motivo è stata dedotta la violazione dell'art. 88 cod. proc. civ., che impone il dovere alle parti di lealtà e probità, in relazione all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ..

Lamentano i ricorrenti, citando all'uopo precedenti di merito, che la mancata ottemperanza all'ordine di esibizione documentale disposto dal giudice integra la violazione dell'art. 88 cod. proc. civ., quando vi sia la prova che documentazione era nella disponibilità della parte ed era facilmente reperibile, dovendosi trarre dal comportamento processuale della Banca argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 comma 2° cod. proc. civ. che possono valere come unica e sufficiente fonte di convincimento per il giudice.

3. Con il terzo motivo è stata dedotta la violazione del principio di vicinanza della prova nonché la violazione dell'art. 24 Cost..

Lamentano i ricorrenti che il principio di vicinanza della prova va applicato anche nell'ipotesi in cui il cliente agisca per la ripetizione dei pagamenti affluiti sul conto e asseriti come indebiti, con la conseguenza che, ove la banca non conservi tutta la documentazione di un rapporto di conto corrente, deve assumersi come base del conteggio il saldo zero.

4. I motivi, da esaminarsi unitariamente in relazione alla stretta connessione delle questioni sollevate, sono infondati.

Va osservato che, la Corte d'Appello, nello stabilire che nella domanda di ripetizione dell'indebito svolta dal cliente l'onere della prova incomba sul cliente, ha fatto un corretto uso del principio consolidato in questa Corte secondo cui, nell'azione di ripetizione dell'indebito, è il correntista onerato di provare i fatti costitutivi del proprio diritto, ovvero l'avvenuto pagamento e l'inesistenza di una causa che lo giustifichi (S.U. n. 24418 del 2 dicembre 2010; recentemente, sez. 1 n. 27704 del 10.7.2018). Ne consegue che è lo



stesso correntista che deve produrre la documentazione contabile che comprovi l'intervento indebito conteggio di somme derivanti dall'applicazione di clausole contrattuali nulle.

Peraltro, se è pur vero che, nel caso di specie, sia verosimile che il saldo negativo del primo estratto conto disponibile possa essersi formato con l'addebito di poste passive non dovute (ad esempio, per l'applicazione di clausole nulle o per spese o commissioni o spese non pattuite, etc), tuttavia, secondo il costante orientamento di questa Corte, la rideterminazione del saldo non può avvenire utilizzando criteri presuntivi od approssimativi (vedi Sez. 1, n. 20693 del 13/10/2016; sez 1, n. 10/09/2013 n. 20688).

Non vi è dubbio che i ricorrenti, nell'invocare la ricostruzione del rapporto dare-avere partendo da un saldo contabile iniziale pari a "0", richiedano sostanzialmente, per quel periodo, l'applicazione di un criterio presuntivo o approssimativo di determinazione del proprio credito, che viene a fondarsi, esclusivamente, su un'inammissibile inversione dell'onere della prova.

Né, peraltro, i ricorrenti possono invocare il c.d. principio di vicinanza della prova per sottrarsi all'onere di provare il proprio credito nel periodo in cui non sono disponibili gli estratti del conto corrente.

Proprio in materia bancaria, questa Corte ha già affermato che "il principio di prossimità o vicinanza della prova, in quanto eccezionale deroga al canonico regime della sua ripartizione, secondo il principio ancor oggi vigente che impone (incumbit) un onus probandi ci qui dicit non ci qui negat, 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" (sez 6-1, n. 6511/2016). Nella suddetta pronuncia, tale principio è stato affermato in una fattispecie,



analoga a quella di specie, caratterizzata (oltre che dalla omessa produzione del contratto di conto corrente bancario) dalla mancata acquisizione di alcuni estratti conto utili alla ricostruzione dell'andamento del rapporto.

Alla luce di quanto sopra illustrato, deve quindi ritenersi corretto il criterio, utilizzato dalla Corte d'Appello, di considerare quale saldo iniziale, nella ricostruzione del rapporto di dare-avere, ove non vi sia la presenza di tutti gli estratti conto relativo all'intero rapporto, quello negativo del primo estratto conto corrente disponibile (negli stessi termini vedi, in motivazione, sez. 1, n. 30822 del 13/09/2018).

Tale criterio, che si fonda sull'applicazione rigorosa del principio di ripartizione dell'onere della prova, di cui all'art. 2697 cod. civ., se, da un lato, non consente - limitatamente al periodo non coperto dagli estratti conto - al correntista di depurare dalla somma richiesta dalla banca tutte le voci che ritiene a vario titolo non dovute, ma il cui importo non è in grado di ricostruire sulla base di dati contabili certi, dall'altro, tuttavia, avvantaggia indubitabilmente lo stesso cliente, non precludendo la possibilità di un'indagine (magari a mezzo di CTU contabile) concernente il periodo successivo (rispetto al quale sono disponibili tutti gli estratti del conto corrente fino alla chiusura del rapporto).

E' quello che è avvenuto nel caso di specie, nel quale, a seguito di una consulenza tecnica d'ufficio, è stato comunque riconosciuto ai ricorrenti un credito di importo ragguardevole.

Infine, a prescindere da quanto già illustrato in tema di ripartizione dell'onere probatorio, va osservare che la violazione dell'art. 88 cod. proc. civ. è stata fatta valere dai ricorrenti richiamando precedenti di giudici di merito che si fondano su circostanze fattuali (ovvero che la banca, in realtà, detenesse la documentazione contabile che non ha

prodotto in sede di esibizione) che non sono neppure state dedotte nel presente procedimento.

5. Con il quarto motivo è stata dedotta la violazione degli artt. 2909 cod. civ. e degli artt. 112 e 234 cod. proc. civ..

Lamentano i ricorrenti che la Banca aveva sollevato l'eccezione della violazione dell'onere della prova e del "saldo zero" già in sede di appello della sentenza parziale del Tribunale di Pescara n. 794/02, procedimento che è stato già definito con la sentenza della Corte d'Appello dell'Aquila n. 122/2009 la quale, oltre aver rigettato *in toto* l'appello proposto dalla banca, non è mai stata impugnata ed è quindi passata in giudicato. Ne consegue che la Corte d'Appello dell'Aquila non avrebbe potuto decidere nuovamente un'eccezione già coperta dal giudicato.

6. Il motivo è inammissibile.

I ricorrenti hanno dedotto che sull'eccezione sollevata dalla Banca relativa alla violazione dell'onere della prova e del saldo "zero" sarebbe intervenuto il giudicato senza neppure produrre in giudizio la sentenza della Corte d'Appello di l'Aquila che avrebbe deciso in modo irrevocabile tali questioni, documento, peraltro, la cui produzione in giudizio, sarebbe stata ammissibile (senza incontrare il divieto di cui all'art. 372 cod. civ.) solo ove tale pronuncia fosse intervenuta successivamente alla sentenza impugnata (vedi Cass. n. 1534/2018).

Peraltro, il motivo è comunque generico, non evincendosi con esattezza dalla prospettazione del ricorrente in cosa consistesse il *decisum* della invocata sentenza di appello del 2009.

Il rigetto del ricorso comporta la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali, che si liquidano come in dispositivo.



P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali, che liquida in €7.200,00, di cui € 200,00 per esborsi, oltre accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del DPR 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1° bis dello stesso articolo 13.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale