

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato la società **I. S.R.L.**, con sede in Notaresco (TE), conveniva in giudizio la **BANCA ** S.P.A.** chiedendo all'adito Tribunale l'accertamento e la declaratoria della nullità ed inefficacia di talune clausole di due contratti di apertura di credito in conto corrente stipulati nell'anno 1996 con la banca convenuta ed estinti nell'anno 2003, in forza delle quali da un lato era stata illegittimamente convenuta- a dire dell'esponente- la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, dall'altro erano stati illegittimamente conteggiati dalla Banca sia la commissione di massimo scoperto (benchè mai negozialmente convenuta), sia la cd. antergazione e postergazione delle valute in violazione del principio della cd. valuta effettiva. Di conseguenza parte attrice chiedeva la declaratoria tanto delle denunziate nullità negoziali quanto della non debenza dei costi addebitale a titolo di commissione di massimo scoperto ed in violazione della valuta effettiva, con conseguente condanna della controparte ex art. 2033 c.c. (ovvero in subordine ex art. 2041 c.c.) alla restituzione delle somme indebitamente pretese in pendenza di rapporto, da determinarsi a mezzo di CTU contabile.

Con comparsa di risposta depositata in Cancelleria il 21.9.2006 si costituiva in giudizio la **BANCA ** S.P.A.**, con sede legale in Milano, in persona del suo procuratore la quale, contestando la fondatezza della domanda attorea e chiedendone il rigetto, deduceva, la piena validità ed efficacia delle pattuizioni contrattuali delle quali parte attrice aveva dedotto la nullità ed- in ogni caso- l'intervenuta decadenza e prescrizione della avversa azione giudiziale. Acquisita la documentazione ritualmente prodotta dalle parti ed espletata la trattazione della causa, il Giudice riteneva opportuno invitare le parti- previamente a qualsivoglia istruttoria del giudizio ed in ragione delle plurime questioni tecniche controverse tra le parti- alla discussione orale della causa ex art. 281 sexies c.p.c. all'udienza del 4.11.2004, all'esito della quale dava lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto poste alla base della decisione non definitiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Si premette in sintesi che parte attrice:

- Ha chiesto l'accertamento della nullità dell'anatocismo pattuito nei due contratti estinti nel 2003 nonché l'accertamento della non debenza (per difetto ovvero per nullità della relativa pattuizione) dei costi asseritamene addebitabile nel corso dello svolgimento del rapporto (ossia tra il 1996 e il 2003) a titolo di commissione di massimo scoperto e di antergazione o postergazione ingiustificate delle valute.
- Ha quindi chiesto la condanna della controparte alla restituzione in proprio favore di quanto indebitamente conteggiato ai suoi danni a tale titolo durante il rapporto nei relativi estratti conto.
- Non ha allegato agli atti del giudizio (al pari della convenuta) alcuna documentazione contabile afferente ai rapporti contestati.
- In via istruttoria ha domandato l'emanazione di un ordine giudiziale ex art. 210 c.p.c. alla Banca di esibizione "di tutte le scritturazioni relative ai rapporti bancari intercorsi" tra essa e la convenuta.
- Ha quindi invocato CTU contabile per la individuazione della misura del credito che- a suo dire- sarebbe emerso in proprio favore dalla depurazione dalle predette scritture contabili dei costi ivi indebitamente conteggiati.

A fronte di siffatte premesse, deve tuttavia ritenersi innanzitutto che l'istanza istruttoria spiegata da parte attrice ex art. 210 c.p.c. è inammissibile, sia perché afferente a documenti ad essa direttamente accessibili, sia perché spiegata in modo generico.

Si premette in diritto che:

- **L'ordine di esibizione di documenti previsto dall'art. 210 cod. proc. civ.**, provvedimento tipicamente discrezionale del giudice di merito (come tale censurabile in sede di legittimità solo per vizio di motivazione), deve riguardare **documenti che siano specificamente indicati** dalla parte che ne abbia fatto istanza, dei quali sia noto, o almeno assertivamente indicato, un preciso contenuto, influente per la decisione della causa, che come tali risultino indispensabili al fine della prova dei fatti controversi, che concernano fatti o

elementi la cui prova non sia acquisibile aliunde (cfr. da ultimo Cass. N. 10043/2004; Cass. N. 5908/2004; Cass. N. 13072/2003; Cass. N. 12782/2003; Cass. N. 10916/2003; Cass. N. 149/2003; Cass. N. 4363/1997; Cass. N. 4907/1988).

- Di conseguenza un tale strumento istruttorio officioso e "residuale" **non può avere fini meramente esplorativi**, ossia non può essere richiesto ed ammesso al solo scopo di indagare se detta prova possa essere rinvenuta nei documenti stessi, altrimenti lo stesso servirebbe a supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante (cfr. da ultimo Cass. Sez. L, Sentenza n. 17948 del 08/08/2006; Cass. N. 10043/2004; Cass. N. 5908/2004; Cass. N. 13072/2003; Cass. N. 12782/2003; Cass. N. 10916/2003; Cass. N. 149/2003; Cass. N. 4363/1997; Cass. N. 4907/1988).

- In applicazione di tali consolidati principi, si è ad esempio ritenuta **inammissibile-perché generica** in spregio alla disposizione di cui all'art. 94 disp. att. c.p.c. e meramente esplorativa- una richiesta di ordine di esibizione "del fascicolo relativo al conto corrente bancario" non accompagnata da alcuna specifica contestazione in ordine alla regolarità ed esattezza delle singole partite contabili" (Cass. N. 10916/2003) ovvero di "tutti i documenti contabili" di una società relativi ad un dato esercizio finanziario richiesta al fine di dimostrare l'inesistenza dello stato di insolvenza ma senza la specifica indicazione dei documenti asseritamente comprovanti detto stato, al fine di consentire al giudice di valutare la pertinenza del documento e la sua idoneità a provare determinati fatti (Cass. N. 9514/1999), ovvero "delle scritture e dei libri contabili" senza ulteriori specificazioni (che rischierebbe di sconfinare nell'ipotesi di comunicazione integrale di detti libri e scritture contabili, consentita dal primo comma dell'art. 2711 c.c. solo in ben determinate ipotesi, diverse da quella di cui all'art. 210 c.p.c.: Cass. N. 2760/1996), ovvero della "contabilità" di una banca al fine della prova dell'eccepito soddisfacimento del credito cartolare dell'istituto di credito ma senza specificazione di quale partita o registrazione conterrebbe quella dimostrazione (pena "un'inammissibile pretesa di acquisire indiscriminatamente tale contabilità nella speranza che vi fossero annotazioni a lei favorevoli": così testualmente Cass. N. 6707/1991 in motivazione).

- L'esibizione a norma dell'art. 210 cod. proc. civ. non può quindi in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante (Cass. Sez. L, Sentenza n. 17948 del 08/08/2006; Cass. Sez. L, Sentenza n. 10043 del 25/05/2004; Cass. N. 149 del 2003; Cass. Sez. L, Sentenza n. 9126 del 04/09/1990).

- Ne consegue che **l'esibizione a norma dell'art. 210 cod. proc. civ. non può essere ordinata allorché l'istante avrebbe potuto di propria iniziativa acquisire la documentazione** in questione, acquisendone copia e producendola in causa (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 19475 del 06/10/2005; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 149 del 10/01/2003: fattispecie in cui la Cassazione ha ritenuto non censurabile poi il mancato accoglimento dell'istanza attrice di esibizione da rivolgersi agli istituti di credito interessati; Cass. N. 9514 del 1999).

- **L'art. 117** (Comunicazioni periodiche alla clientela) del **D.lgs. n. 385/1993** (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) stabilisce: " Nei contratti di durata i soggetti indicati nell'art. 115 forniscono per iscritto al cliente, alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta all'anno, una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto. Il CICR indica il contenuto e le modalità della comunicazioni (I comma). " Per i rapporti regolati in conto corrente l'estratto conto è inviato al cliente con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile (II comma). In mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento (III comma). **Il cliente**, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno **diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni**" (IV comma).

- **Il diritto del cliente di ottenere dall'istituto bancario la consegna di copia della documentazione relativa alle operazioni dell'ultimo decennio**, previsto dal quarto comma dell'art. 119 del D.Lgs. n. 385 del 1993, si configura come un **diritto sostanziale** la cui tutela è riconosciuta come situazione giuridica "finale" e non strumentale, onde per il suo riconoscimento non assume alcun rilievo l'utilizzazione che il cliente intende fare della documentazione, una volta ottenuta la e deve escludersi, in particolare, che tale utilizzazione debba essere necessariamente funzionale all'esercizio di diritti inerenti il rapporto contrattuale corrente con l'istituto di credito (ben potendo, ad esempio, essere finalizzata a far emergere un

illecito, anche non civilistico, di un terzo soggetto o di un dipendente della banca: Cass.. Sez. 1, Sentenza n. 11733 del 19/10/1999; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 11004 del 12/05/2006).

- Tale diritto sussiste indipendentemente dall'adempimento del dovere di informazione da parte della banca e **anche dopo lo scioglimento del rapporto** - la documentazione di ciascuna operazione registrata sull'estratto conto, prescindendo quindi **prescindendo dall'attualità del rapporto** a cui la documentazione richiesta si riferisce (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 12093 del 27/09/2001: nella specie, la SC ha cassato - e decidendo nel merito ordinato agli istituti di credito la consegna alla curatela del fallimento degli **estratti conto** degli ultimi due anni- la sentenza di merito che aveva escluso la configurabilità di un diritto alle copie dei documenti inerenti il rapporto una volta ricevute dalla banca le comunicazioni periodiche di cui all'art. 119 TU cit.; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 11004 del 12/05/2006; Cass. 19 ottobre 1999, n. 11733; Cass. 22 maggio 1997, n. 4598; cfr. anche il provvedimento del 7.12.2006 del Garante per la protezione dei dati personali).

Ne consegue che **nella specie** il caldeggiato ordine esibitorio è inammissibile in quanto:

- Ha ad oggetto documenti direttamente accessibili dalla parte (ex art. 119 TUB).
- Ha quindi ad oggetto documenti che la parte- nel diligente assolvimento dell'onere probatorio su di essa (ex art. 2697 c.c.) gravante- avrebbe dovuto previamente acquisire in via stragiudiziale e quindi allegare agli atti di causa.
- Ha ad oggetto documenti rispetto ai quali invece la attrice: a) non ha effettuato alcuna produzione di parte; b) aveva il diritto di accesso stragiudiziale; c) non ha mai allegato né tanto meno provato di avere fatto richiesta di acquisizione stragiudiziale alla Banca né- di conseguenza- di avere avuto un diniego a tale accesso;
- Ha ad oggetto documenti indicati in modo assolutamente generico e come tale inammissibile (cfr. l'atto di citazione: " esibizione di tutte le scritturazioni relative ai rapporti bancari intercorsi" tra le parti; cfr. la memoria ex art. 183 comma VI c.p.c. depositata il 9.2.2007: "[...] ordinare alla banca convenuta l'esibizione di tutte le scritturazioni (contratti, estratti conto etc) relative ai rapporti bancari" tra le parti).

Dalla inammissibilità processuale dell'invocato ordine esibitorio della documentazione contabile inerente ai due rapporti contestati, discende:

- **La mancanza in atti di qualsivoglia documentazione contabile** relativa ai rapporti controversi.
- **La intervenuta decadenza delle parti**, per inutile decorso dei termini perentori all'uopo concessi, dalla facoltà di produrre in giudizio detta documentazione.
- **La conseguente impossibilità per il Tribunale** di verificare la fondatezza o meno dell'assunto attoreo sia circa l'an ed il quantum della incidenza delle invalidità negoziali denunciate sul saldo finale dei due conti (estinti dal 2003), sia circa la esistenza e consistenza delle denunciate antergazioni e postergazioni contabili delle valute.

Ed al riguardo non appare inopportuno ricordare che:

- La finalità alla quale è ispirata la sequenza temporale di cui agli artt. 180, 183 e 184 cod. proc. civ., con il connesso sistema delle preclusioni introdotto dalla legge 26 novembre 1990 n. 353, è costituita- com'è noto- dall'esigenza di assicurare il contraddittorio ed il diritto di difesa (cfr. ex multis Cass. Sez. 2, Sentenza n. 20581 del 21/10/2004).

- Un siffatto **regime di preclusioni introdotto nel rito civile ordinario** riformato deve ritenersi inteso non solo a tutela dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo" (cfr. ex multis Cass. Sez. 2, Sentenza n. 19453 del 06/10/2005; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 422 del 12/01/2006; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4376 del 07/04/2000; per il conseguente principio per cui "il "thema decidendum" non è più modificabile dopo la chiusura della prima udienza di trattazione o dopo la scadenza del termine concesso dal giudice ai sensi dell'art. 183 comma quinto del codice di rito", cfr. ex multis Cass. Sez. 2, Sentenza n. 19453 del 06/10/2005) .

- Il sistema delle preclusioni nel giudizio civile si configura infatti come regola funzionale alla concreta attuazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, che ha trovato espressa e puntuale affermazione nella sopravvenuta nuova formulazione dell'art. 11 Cost. (C.Cost. ordinanza n. 215/2005).

- Ed è noto che i termini perentori di cui all'art. 184 c.p.c. riguardano **anche le prove documentali**, al fine di tutelare la cd. "concentrazione endoprocessuale" del giudizio di I

grado, salva la possibilità di produzione di nuovi documenti in appello (cfr. Cass. n. 6383 del 01/04/2004; Cass. N. 15646/2003 anche in motivazione; da ultimo cfr. Cass. S.U. sent. N. 8203 del 20.4.2005; per il principio per cui, posto che "il legislatore, con legge n. 353 del 1990 di riforma del processo civile, ha inteso segnare più nette scansioni tra la fase processuale destinata all'individuazione del thema decidendum, quella in cui si deve definire il thema probandum ed il momento della successiva decisione, assume particolare rilievo, in un simile contesto, la previsione del novellato art. 184 c.p.c., che non solo prevede l'eventuale assegnazione alle parti di un termine entro cui dedurre prova e produrre documenti, ma espressamente stabilisce il carattere perentorio di detto termine (art. cit., c. 2[^]);

- Il che vale a sottrarre siffatto termine alla disponibilità delle parti, stante il disposto dell'art. 153 c.p.c., come del resto implicitamente è confermato anche dal successivo art. 184-bis, che contempla la possibilità di rimessione in termini, ma solo ad istanza della parte interessata ed a condizione che questa dimostri di essere incorsa nella decadenza per una causa ad essa non imputabile", cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 5539 del 2004).

- Al riguardo la eventuale pretesa dell'attore di procedere a **CTU** che ricalcolasse i rapporti di dare ed avere del contratto di conto corrente mediante la verifica di documentazione da richiedere alla Banca e riguardante gli estratti conto dall'inizio del rapporto di conto corrente- avversata dalla controparte- deve essere rigettata sulla base della considerazione della insanabile decadenza istruttoria (art. 184 c.p.c.) in cui l'attore è già incorso nella produzione agli atti di causa di siffatta documentazione e nella conseguente inammissibilità di un "aggiramento" della citata sopravvenuta decadenza della parte attraverso una sorta di "delega in bianco" al CTU alla acquisizione (in difetto- come nella specie di consenso della altra parte, la quale ha dedotto l'inammissibilità delle avverse pretese tanto di CTU contabile quanto di ordine esibitorio: cfr. in particolare la memoria ex art. 183 c.p.c. depositata il 12.3.2007) del materiale istruttorio necessario per la verifica della fondatezza della domanda (ultroneo rispetto a quello tempestivamente versato in atti dalle parti) colpevolmente non prodotto nei termini perentori di cui all'art. 184 c.p.c. dalla parte che ne avesse avuto interesse.

- È noto infatti che la consulenza tecnica d'ufficio ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche che questi non possiede e non quella di esonerare una parte dalla prova anche documentale dei fatti dedotti e della quale è onerata (cfr. ex multis Cass.. Sez. 2, Sentenza n. 1132 del 02/02/2000); onde il suddetto mezzo di indagine non può essere disposto al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negato dal giudice qualora la parte tenda con esso- come nella specie- 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 (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 3343 del 07/03/2001).

- Sul piano processuale, una tale lacuna probatoria si riverbera- ovviamente- a danno della parte attrice che su detta documentazione aveva rivendicato il credito pecuniario dedotto innanzi all'adito Tribunale, ossia sulla parte che era gravata ex art. 2697 c.c. dall'onere della prova dei fatti costitutivi della propria pretesa pecuniaria.

Dalla infondatezza della domanda principale attorea di ripetere dalla convenuta l'indebito asseritamente acquisito da quest'ultima nei rapporti bancari in questione (infondatezza che necessariamente consegue al predetto difetto assoluto di prova documentale dei fatti dedotti a fondamento della spiegata rivendicazione pecuniaria) discende processualmente l'irrelevanza di qualsivoglia delibazione (che nella specie sarebbe meramente accademica) circa la validità o meno delle contestate pattuizioni negoziali.

È noto infatti che per proporre una domanda anche se limitata all'an debeatur, occorre che sussista l'interesse ad agire (Cass. 19 agosto 2000, n. 11010) che costituisce un requisito della domanda, consistente nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 5074 del 05/03/2007; Cass., sez. un., 10 agosto 2000, n. 565).

Detto interesse, in particolare, è da escludere, quando il giudizio sia strumentale alla soluzione soltanto in via di massima od accademica di una questione di diritto in vista di situazioni future o meramente ipotetiche (Cass. 19 agosto 2000, n. 11010).

Infatti, poiché la tutela giurisdizionale è tutela di diritti, il processo, salvo casi eccezionali predeterminati per legge, può essere utilizzato solo come fondamento del diritto fatto valere in giudizio e non di per sé, per gli effetti possibili e futuri.

Pertanto non sono proponibili azioni autonome di mero accertamento di fatti giuridicamente rilevanti ma che costituiscano elementi frazionistici della fattispecie costitutiva di un diritto, la quale può costituire oggetto di accertamento giudiziario solo nella funzione genetica del diritto azionato e quindi nella sua interezza. Parimenti non sono ammissibili questioni di interpretazioni di norme o di atti contrattuali se non in via incidentale e strumentale alla pronuncia sulla domanda principale di tutela del diritto (Cass. Sez. U, Sentenza n. 27187 del 20/12/2006; Cass. Sez. L, Sentenza n. 17165 del 2006).

Analogamente, poiché l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c. deve essere attuale e il diritto all'azione ex art. 24 Cost. ha per oggetto un diritto o un interesse legittimo, deve escludersi l'ammissibilità di un'azione di accertamento che abbia per oggetto un fatto che costituisca uno solo dei presupposti del diritto (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 5074 del 05/03/2007: nella specie, relativa ad una domanda diretta all'accertamento della somme corrisposte nell'ambito di un rapporto agrario ed assimilabile "in rito" al caso che ci occupa, è stata confermata la sentenza di merito che l'aveva ritenuta assorbita a seguito del rigetto della domanda di ripetizione di somme pagate oltre l'equo fitto; Cass. 22 giugno 2001, n. 8538).

Ne consegue ad esempio che la relazione ravvisabile fra azione di mero accertamento del diritto ed azione diretta alla sua concreta attuazione opera nel senso che, mentre la mancata sperimentazione della prima, non soggetta a termini di prescrizione, risulta del tutto irrilevante ai fini della persistente sperimentabilità della seconda, è la possibile prescrizione di questa che può precludere l'azione di mero accertamento, per difetto di interesse, in quanto, una volta estinto il diritto, con conseguente impossibilità di realizzazione pratica del suo contenuto, viene meno, di norma, ogni utilità dell'accertamento della sua mera esistenza, così difettando il ricordato presupposto dell'invocazione dell'officium iudicis (cfr. Cass. 9 aprile 2003 n. 9575; 16 gennaio 1997 n. 382; 23 ottobre 1991 n. 11215; 6 maggio 1991 n. 4886).

Nella specie, quindi, intanto sarebbe stato configurabile un interesse processuale dell'attore alla soluzione (con la caldeggiata azione di accertamento) delle questioni di interpretazioni di norme o di atti contrattuali (nella specie, quelle afferenti all'anatocismo ed alla CMS) in quanto quella soluzione potesse essere strumentale (a differenza che nella specie) ad una utile pronuncia sulla domanda principale di tutela del diritto (ripetizione di indebito).

Il mero accertamento della eventuale nullità di talune clausole negoziali di contratti estinti nel 2003, senza che da tale accertamento possa discendere qualsivoglia effetto patrimoniale giuridicamente rilevante (il quale per contro costituiva nella specie il "bene della vita" al cui specifico conseguimento la domanda di accertamento era direttamente strumentale) resta quindi **processualmente assorbito dal rigetto della domanda di ripetizione di indebito** cui quell'accertamento era – nell'interesse attoreo- funzionale (cfr. la già citata Cass. Sez. L, Sentenza n. 11536 del 17/05/2006; per il conseguente principio per cui "è inammissibile, per difetto di interesse, un'impugnazione con la quale si deduca la violazione di norme giuridiche, sostanziali o processuali, che non spieghi alcuna influenza in relazione alle domande ed eccezioni proposte e che sia diretta quindi all'emanazione di una pronuncia priva di rilievo pratico", cfr. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5702 del 18/04/2001).

La domanda risarcitoria attorea deve esser quindi rigettata.

Le spese seguono la soccombenza della attrice e si liquidano in dispositivo.

**P.Q.M.
RIGETTA**

Tutte le domande attoree, per le causali di cui in motivazione.

CONDANNA

La attrice al rimborso in favore della convenuta delle spese processuali che liquida in € _____ per diritti, € _____ per onorari di avvocato, €. _____ per spese, oltre accessori ex T.F., I.V.A. e C.P.A come per legge.

Pescara, 4.10.2007.

Il Giudice

Dott. Gianluca Falco