

---

Tribunale sez. III - Firenze, 21/04/2022, n. 1160

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 DEFINITIVA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. 5446/2016 promossa da:

FALLIMENTO G. G. SAS DI M. G. & C. IN LIQUIDAZIONE (C.F.--omissis--) E DEL SOCIO ACCOMANDATARIO G. M., in persona del Curatore dott.ssa ....., rappresentato e difeso dall'avv. ....

C. M. (C.F. --omissis--), e M. S. G. (C.F. --omissis--), rappresentati e difesi dall'Avv. ...

ATTORI IN RIASSUNZIONE

contro

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A. (C.F. --omissis--), rappresentata e difesa dall'Avv. ...

CONVENUTA IN RIASSUNZIONE

CONCLUSIONI

per Il Fallimento G. G. S.a.s. di M. G. & C. in liquidazione e G.M.: come da note scritte depositate in pct il. 17.01.2022 per M. C. e G. M. S.: come da note scritte depositate in pct il 20.01.2022 per Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A.: come da note scritte depositate in pct il 20.01.2022

## RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

### 1. Svolgimento del processo

Sullo svolgimento del processo appare sufficiente richiamare quanto già illustrato nella sentenza non definitiva n. 637/2021 del 12.03.2021.

Respinta l'eccezione di nullità del contratto di conto corrente prodotto dalla Banca (doc. 6) la causa è stata rimessa in istruttoria al fine di valutare le ulteriori censure formulate da parte attrice con espletamento di una integrazione di CTU.

All'udienza del 25.01.2022 la causa è stata nuovamente trattenuta in decisione previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

### 2. Inammissibilità dell'azione di ripetizione

Nel merito, la prima questione da affrontare riguarda la delimitazione del thema decidendum.

2.1. In punto di diritto va premesso che qualora il correntista agisca chiedendo l'accertamento della nullità del conto corrente e delle condizioni contrattuali e, quindi, l'accertamento dell'esatto dare -avere tra le parti (domanda di accertamento del saldo), senza chiedere la condanna della banca a restituire le somme eventualmente accertate a proprio credito (azione di ripetizione dell'indebito), non rileva lo stato di apertura o chiusura del conto corrente, posto che l'azione di accertamento può essere validamente esperita anche in ipotesi di conto corrente aperto.

La Suprema Corte ha in proposito chiarito che 'il correntista, in una situazione quale quella in esame contrassegnata dall'assenza di rimesse solutorie da lui eseguite ha comunque un interesse di sicura consistenza a che si accerti, prima della chiusura del conto, la nullità o validità delle clausole anatocistiche, l'esistenza o meno di addebiti illegittimi operati in proprio danno e, da ultimo, l'entità del saldo (parziale) ricalcolato, depurato delle appostazioni che non potevano aver luogo. Tale interesse rileva, sul piano pratico, almeno in tre direzioni: quella della esclusione, per il futuro, di annotazioni illegittime; quella del ripristino, da parte del correntista, di una maggiore estensione dell'affidamento a lui concesso, siccome eroso da addebiti contra legem; quella della riduzione dell'importo che la banca, una volta rielaborato il saldo, potrà pretendere a seguito della cessazione del rapporto (allorquando, cioè, dovranno regolarsi tra le parti le contrapposte partite di debito e credito). Sotto questi tre profili la domanda di accertamento di cui si dibatte prospetta, dunque, per il soggetto che la propone, un sicuro interesse, in quanto è volta al conseguimento di un risultato utile, giuridicamente apprezzabile, che non può attingersi senza la pronuncia del giudice.

Come lucidamente osservato dalle Sezioni Unite di questa Corte, il correntista, sin dal momento dell'annotazione in conto di una posta, avvedutosi dell'illegittimità dell'addebito in conto, ben può agire in giudizio per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa e, di conseguenza, per ottenere una rettifica in suo favore delle risultanze del conto stesso: e potrà farlo, se al conto accede un'apertura di credito bancario, proprio allo scopo di recuperare una maggiore disponibilità di credito entro i limiti del fido concessogli (Cass. Sez. U. 2 dicembre 2010, n. 24418, in motivazione; nel medesimo senso, sempre in motivazione, Cass. 15 gennaio 2013, n. 798). (Cass. 21646/2018).

L'azione di ripetizione di indebito, prevista dall'art 2033 c.c., ha invece per suo fondamento l'inesistenza dell'obbligazione adempiuta da una parte per cui postula un pagamento da parte del correntista che, avuto riguardo alle modalità di funzionamento del rapporto di conto corrente, si rende configurabile all'atto della chiusura del rapporto.

2.2. Ciò premesso, nella fattispecie in esame, i fatti processuali rilevanti sono i seguenti:

- Nell'atto di citazione parte attrice allegava che il conto corrente n. IBAN --omissis-- risultava ancora operativo e che il saldo banca al 31.12.2015 risultava pari ad - E 51.505,41. Anche la

perizia di parte allegata analizzava l'andamento del rapporto individuando le poste indebite fino all'ultimo trimestre del 2015. Tenuto conto che il rapporto risultava ancora in essere la parte proponeva esclusivamente domanda di accertamento e rideterminazione del saldo debitore.

- Con la memoria ex art. 183, VI comma n. 1 c.p.c., parte attrice, senza nulla allegare in ordine alla chiusura del conto corrente, chiedeva, in via principale, la restituzione delle somme indebitamente decurtate e, in via subordinata, la condanna al ricalcolo del saldo.

- A seguito della produzione degli estratti conto fino alla chiusura del rapporto da parte della Banca, in ottemperanza all'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., il CTU rilevava nel primo elaborato peritale, che la posizione era passata a sofferenza il 29.2.2016.

- L'attrice precisava le conclusioni come da memoria ex art. 183, VI comma n. 1 all'udienza cartolare del 25.01.2022 (note del 17.01.2022).

- La Banca eccepiva, in comparsa conclusionale, l'inammissibilità della domanda di ripetizione di indebito formulata dagli attori nella prima memoria ex art. 183, VI comma n. 1 perché nuova e l'inutilizzabilità della CTU.

- Parte attrice rilevava invece che la domanda di ricalcolo del saldo attivo già conteneva in nuce la pretesa restitutoria e che si tratterebbe pertanto di una mera modificazione della domanda, pienamente ammissibile.

2.3. La fattispecie in esame solleva diverse questioni interpretative:

In primo luogo, occorre valutare che rilievo abbia la chiusura del conto corrente avvenuta in corso di causa, ovvero se si tratti di una condizione di ammissibilità, che come deve esistere al momento della domanda.

In secondo luogo, in caso si attribuisca rilevanza a tale evento sopravvenuto, occorrerà valutare se la proposizione della domanda di ripetizione in corso di causa costituisca o meno una domanda nuova rispetto all'azione di accertamento originariamente proposta.

Infine, occorre verificare se la chiusura del conto corrente debba essere specificatamente allegata dalla parte che propone la domanda di ripetizione o possa anche essere rilevata da parte del giudice o dal CTU sulla base della documentazione acquisita.

2.3.a In ordine alla prima questione, il Tribunale condivide il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo che non può essere recepita la tesi sostenuta dal ricorrente, invero avallata da parte della giurisprudenza di merito, secondo cui la chiusura del conto costituirebbe una condizione di ammissibilità dell'azione di ripetizione dell'indebito,

ovverosia un presupposto di carattere processuale, la cui sussistenza dev'essere quindi accertata in riferimento alla data della proposizione della domanda, e la cui mancanza è rilevabile anche d'ufficio senza preclusioni temporali.

Come osservato dalla Suprema Corte, 'la pendenza del rapporto di conto corrente attiene infatti al merito della domanda, configurandosi come fatto ostativo alla ripetizione, fondato sulla considerazione che, prima della chiusura del rapporto, l'illegittimo addebito d'interessi a carico del correntista comporta un incremento del debito di quest'ultimo o una riduzione del credito di cui egli dispone, ma non si traduce in un pagamento suscettibile di ripetizione ai sensi dell'art. 2033 c.c., ai fini del quale occorre che si verifichi uno spostamento patrimoniale in favore della banca, configurabile esclusivamente nel caso di una rimessa affluita su un conto corrente non assistito da un'apertura di credito o destinata a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento (cfr. Cass., Sez. Un., 2/12/2010, n. 24418)'. (Cass. 4066/2021).

2.3.b Nel caso di specie, diversamente dal caso esaminato dalla Suprema Corte, il correntista non ha formulato la domanda di ripetizione nell'atto introduttivo ma solo con la memoria ex art. 183, VI comma n. 1 c.p.c..

Si deve quindi rispondere al secondo interrogativo.

In proposito, nella giurisprudenza di legittimità si riscontra una significativa evoluzione in ordine alla modifica delle domande in corso di causa.

'Dalla ricostruzione tradizionale, espressa nella sentenza delle Sezioni Unite, n. 26128 del 27.12.2010, Rv. 615487 - 01, che era stata resa con riferimento all'introduzione successiva di una domanda di ingiustificato arricchimento in una causa volta a richiedere l'adempimento contrattuale inizialmente proposta con ricorso per decreto ingiuntivo, si è discostata la sentenza delle Sezioni Unite n. 12310 del 15.6.2015, Rv. 635536 - 01, che rappresenta un arresto fondamentale nell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità.

Secondo questo più recente indirizzo, la modificazione della domanda ammessa ex art. 183 c.p.c., può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (petitum e causa petendi), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla "vicenda sostanziale dedotta in giudizio" e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali. In quel caso si trattava di una modificazione dell'originaria domanda di pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c., in pronuncia dichiarativa dell'avvenuto effetto traslativo della proprietà.

Tali principi sono stati poi ribaditi dalla successiva sentenza delle Sezioni Unite, n. 22404 del 13.9.2018, Rv. 650451 - 01, con riferimento alla proposizione da parte dell'attore con la

memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, n. 1), in via subordinata, di una domanda di indennizzo per arricchimento senza causa, in seguito all'eccezione sollevata dal convenuto della nullità del titolo contrattuale azionato in principalit . (Cass. 9633/2022).

Orbene, applicando tali principi al caso in esame, si osserva che, da un punto di vista meramente strutturale, l'azione di accertamento e l'azione di ripetizione divergono per *petitum* e causa *petendi*.

La domanda di restituzione ha un *petitum* sostanziale pi  ampio nel quale   ricompreso l'accertamento dell'indebito. Sotto il profilo della causa *petendi*, la domanda di ripetizione postula un elemento aggiuntivo ovvero l'esistenza di un pagamento.

Il nucleo fattuale tra le due azioni   tuttavia comune ed il bene della vita perseguito dal correntista   sostanzialmente analogo ovvero quello di ottenere la reintegrazione del proprio patrimonio, intesa sia come riduzione dell'eventuale debito che di aumento dell'eventuale credito che egli possa avere sul proprio conto corrente, previo accertamento della reale situazione.

L'azione di accertamento   infatti finalizzata all'esclusione, per il futuro, di annotazioni illegittime e alla riduzione dell'importo che la banca, una volta rielaborato il saldo, potr  pretendere a seguito della cessazione del rapporto, allorquando cio  dovranno regolarsi tra le parti le contrapposte partite di debito e di credito. Si pu  quindi osservare che l'azione di accertamento risulta gi  proiettata al futuro ed alla successiva estinzione del rapporto.

Tenuto conto dell'interpretazione estensiva del concetto di *emendatio libelli* affermatosi da ultimo nella giurisprudenza di legittimit  e della esigenza di concentrazione nello stesso processo delle controversie aventi ad oggetto la medesima vicenda sostanziale, al fine di garantire i principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, il giudice ritiene ammissibile, entro i termini della prima memoria ex art. 183, VI comma n.1 c.p.c., la proposizione della domanda di ripetizione qualora entro tale termine- sia intervenuta la chiusura del conto corrente (in questo senso cfr. Corte di Appello di Milano, 20.07.2017 in -- omissis--) 2.3.c. Si pu  quindi passare all'ultima questione, ovvero se l'estinzione del conto corrente debba essere oggetto di allegazione da parte del correntista o possa essere rilevata d'ufficio qualora emerga dai documenti prodotti o dall'accertamento compiuto da parte del consulente tecnico d'ufficio.

Per rispondere al quesito occorre partire dalla premessa per cui la chiusura del conto corrente costituisce, come detto, un presupposto di merito che consente di configurare gli indebiti contabilizzati come 'pagamenti'.

Il pagamento costituisce quindi uno dei fatti costitutivi necessari per la fondatezza della domanda per cui l'onere di allegazione ricade in capo alla parte che intende far valere il diritto.

In tema di preclusioni processuali, secondo l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità, occorre distinguere tra fatti principali, posti a fondamento della domanda, e fatti secondari, dedotti per dimostrare i primi, l'allegazione dei quali non è soggetta alle preclusioni dettate per i fatti principali, ma trova il suo ultimo termine preclusivo in quello eventualmente concesso ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., anche se richiesto ai soli fini dell'indicazione dei mezzi di prova o delle produzioni documentali. (Cass. 8525/2020).

Nell'azione di ripetizione il pagamento va qualificato come 'fatto principale', mentre la chiusura del conto corrente costituisce il 'fatto secondario' dedotto al fine di dimostrare l'esistenza di uno spostamento patrimoniale ripetibile.

Orbene, nel caso di specie l'attrice nell'atto introduttivo ha espressamente dichiarato che il conto corrente risultava ancora aperto ed ha infatti limitato la domanda alla rideterminazione del saldo di conto corrente al 31.12.2015 tanto che la quantificazione delle somme corrisponde a quelle indicate nella perizia di parte prodotta in giudizio, che egualmente limita l'accertamento fino a tale data.

Nella memoria ex art. 183, VI comma n. 1 c.p.c. parte attrice non ha allegato l'esistenza di pagamenti ripetibili, né in particolare l'intervenuta chiusura del conto corrente; non ha neppure esteso l'accertamento al periodo successivo al 31.12.2015, formulando le proprie conclusioni sulla base dell'indagine peritale originaria circoscritta, come detto, sotto il profilo temporale.

Va altresì osservato che anche l'ordine di esibizione (v. pag. 26 memoria ex art. 183, VI comma n. 1) era espressamente limitato alla copia degli estratti conto dall'accensione del rapporto fino alla fine dell'analisi peritale.

Neppure nella memoria ex art. 183, VI comma n. 2 c.p.c. è stata dedotta la chiusura del conto corrente che è rimasta pertanto estranea al thema decidendum e al thema probandum.

Solo a seguito dell'ordinanza ex art. 210 c.p.c. del 24.10.2017, emessa dal G.I. precedente assegnatario del procedimento, con cui veniva ordinata l'esibizione di tutti gli estratti conto, è emerso nel corso delle operazioni peritali (v. pag. 10 primo elaborato peritale), che il 29.02.2016 il conto corrente era passato a sofferenza.

Nel corso della prima udienza successiva al deposito dell'elaborato peritale (udienza del 17.09.2019, a seguito della riassunzione) le parti non formulavano specifiche contestazioni e la convenuta si riservava di formulare le osservazioni alla CTU in sede di memorie conclusive nelle quali eccepiva l'inammissibilità della domanda di ripetizione e l'inutilizzabilità della CTU.

La questione relativa alla rilevanza della chiusura del conto corrente non allegata dalla parte si intreccia pertanto con le limitazioni dei poteri del CTU e sulle conseguenze previste in caso di inosservanza.

In proposito, vanno richiamati i principi di diritto recentemente affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 3086/2022:

'In materia di consulenza tecnica d'ufficio, il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può accertare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite il cui accertamento si rende necessario al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che non si tratti dei fatti principali che è onere delle parti allegare a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti fatti principali rilevabili d'ufficio nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza del contraddittorio delle parti, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti, non applicandosi alle attività del consulente le preclusioni istruttorie vigenti a carico delle parti, tutti i documenti che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, a condizione che essi non siano diretti a provare i fatti principali dedotti a fondamento della domanda e delle eccezioni che è onere delle parti provare e, salvo quanto a queste ultime, che non si tratti di documenti diretti a provare fatti principali rilevabili d'ufficio.

In materia di esame contabile ai sensi dell'art. 198 c.p.c., il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza della disciplina del contraddittorio delle parti ivi prevista, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti, tutti i documenti che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, anche se essi siano diretti a provare i fatti principali posti dalle parti a fondamento della domanda e delle eccezioni'.

In ordine alle conseguenze in caso di violazioni di tali principi le Sezioni Unite hanno chiarito che 'l'accertamento di fatti diversi dai fatti principali dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio, o l'acquisizione nei predetti limiti di documenti che il consulente nominato dal giudice accerti o acquisisca al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli in violazione del contraddittorio delle parti è fonte di nullità relativa rilevabile ad iniziativa di parte nella prima difesa o istanza successiva all'atto viziato o alla notizia di esso.

"In materia di consulenza tecnica d'ufficio, l'accertamento di fatti principali diversi da quelli dedotti dalle parti a fondamento della domanda o delle eccezioni e salvo, quanto a queste ultime, che non si tratti di fatti principali rilevabili d'ufficio, che il consulente nominato dal giudice accerti nel rispondere ai quesiti sottopostigli dal giudice viola il principio della

domanda ed il principio dispositivo ed è fonte di nullità assoluta rilevabile d'ufficio o, in difetto, di motivo di impugnazione da farsi a valere ai sensi dell'art. 161 c.p.c.".

Nel caso di specie, la chiusura del conto corrente ed il conseguente accertamento di rimesse ripetibili, mai dedotto dalla parte, è stato effettuato sulla base di estratti conto prodotti dalla banca a fronte di un ordine di esibizione che, nella parte in cui aveva ad oggetto un periodo estraneo alla domanda giudiziale, risultava invero inammissibile.

E' vero che nell'ambito della consulenza contabile ex art. 198 c.p.c. le Sezioni Unite nell'ultima pronuncia richiamata hanno affermato che il consulente può comunque acquisire tutti i documenti che si rendano necessari anche se siano diretti a provare i fatti principali posti dalle parti a fondamento della domanda e che la violazione del contraddittorio costituisce una nullità relativa che deve essere eccepita dalle parti nella prima difesa utile ai sensi dell'art. 157 c.p.c.

Tuttavia, nel caso di specie, la problematica non attiene al profilo probatorio ma alla delimitazione del thema decidendum.

In ordine a tale profilo, le Sezioni Unite ancorché abbiano offerto una interpretazione estensiva dei poteri del CTU hanno ribadito che 'il principio della domanda, in correlazione con il principio di corrispondenza tra il chiesto pronunciato, concorrendo a delimitare il campo del giudizio in quanto entrambi espressione di un principio dispositivo di ordine sostanziale che identifica solo nella parte il titolare del potere esclusivo di disporre dell'interesse materiale sotteso al proprio diritto, delimita indirettamente anche il perimetro dei poteri esercitabili dal giudice e, riflessamente, anche dal consulente che egli abbia nominato'

'Quando la consulenza affidata al perito indagli su temi estranei all'oggetto della domanda e pervenga pure al risultato di stimare la fondatezza della pretesa esercitata dall'attore in base a fatti diversi da quelli allegati introduttivamente dal medesimo, l'accertamento così operato si colloca al di fuori dei limiti della domanda e contrasta, dunque, con essa, scaturendone perciò una ragione di nullità che, in quanto afferente alla sfera dei poteri legittimamente esercitabili dal giudice, è rilevabile d'ufficio o che, diversamente, può farsi valere quale motivo di impugnazione ai sensi dell'art. 161 c.p.c.'.

Nel caso di specie, come sopra evidenziato, l'attore dopo aver dedotto in citazione che il conto corrente era aperto non ha mai successivamente allegato l'esistenza di 'pagamenti' in senso tecnico ripetibili né, in maniera più specifica, l'avvenuta chiusura del conto corrente.

Né ha esteso l'accertamento e le domande al periodo successivo al 31.12.2015.

L'accertamento effettuato dal CTU e la prova documentale acquisita in giudizio a seguito dell'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. non possono pertanto essere poste a fondamento

della decisione in quanto i presupposti dell'azione di ripetizione non sono stati tempestivamente introdotti in giudizio da parte attrice. Né attraverso la consulenza tecnica possono essere introdotti fatti principali che non siano stati posti dalle parte a fondamento della domanda.

2.3. Da ciò consegue l'inammissibilità dell'azione di ripetizione.

Va quindi esaminata nel merito esclusivamente la domanda subordinata di accertamento e rideterminazione del rapporto di dare/avere fino alla data del 31.12.2015, delimitazione oggettiva e temporale che è stata altresì oggetto dell'accertamento peritale integrativo (v. 2° elaborato peritale depositato il 17.9.2021).

### 3. Onere della prova

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.

3.1. 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.

3.2. 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.

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, sicché, 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).

3.3. 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.

3.4. Nel caso di specie, il CTU ha elencato alle pagg. 10 ss. del primo elaborato peritale la documentazione presente nel fascicolo rappresentante il perimetro documentale della consulenza.

I contratti e le pattuizioni modificative intervenute nel corso del rapporto risultano prodotti mentre il consulente ha accertato che sono presenti estratti conto e conti scalari relativamente a taluni periodi.

Il CTU ha precisato che 'le carenze documentali hanno limitato parzialmente l'indagine delegata in quanto per i periodi mancanti non è stato possibile analizzare né le condizioni economiche applicate (tassi d'interesse, aliquote della CMS e regime di capitalizzazione) né verificare il rispetto delle soglie d'usura oggettiva pro-tempore vigenti, ovvero per i trimestri mancanti non è stata eseguita alcuna rettifica. In termini pratici, il totale degli indebiti maturati in data anteriore ai trimestri mancanti è stato semplicemente riportato come importo iniziale del primo trimestre successivo disponibile. Per fare un esempio, le rettifiche operate sul conto ordinario nr. 1980.75 fino al III° trimestre 2000, sono state riportate all'inizio del I° trimestre 2001, risultando mancante il IV° trimestre 2000'.

La metodologia applicata dal CTU è corretta e risponde ai principi di diritto sopra richiamati.

#### 4. Nel merito

Passando all'analisi delle singole censure l'accertamento compiuto nel secondo elaborato peritale risulta immune da censure e deve pertanto essere recepito.

##### 4.1. Interessi ultra legali

Il contratto di conto corrente è stato stipulato il 17.03.1999.

Trova quindi applicazione l'art. 117 TUB il quale dispone che 'I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora'.

Il comma 6 prevede che 'sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati'.

Il comma 7 dispone che 'In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano:

a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente

indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione.

b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto'.

Il CTU ha accertato che soltanto a decorrere dalla stipula della lettera-contratto del

30/03/11 risulta convenuta la misura dei tassi a debito per gli utilizzi dell'apertura di credito (cd. tassi 'entro-fido' ed 'extra-fido' dell'affidamento di cassa) e della linea anticipi fatture.

Viceversa non risulta pattuita in forma scritta la misura dei tassi a credito del correntista né a suo debito in caso di scoperto di conto corrente.

Pertanto il CTU, ha correttamente applicato il tasso sostitutivo ex art. 117, comma 7 per i periodi in relazioni ai quali non sussisteva alcuna pattuizione in forma scritta (v. pag. 9 integrazione).

#### 4.2. Commissione di M. S.

La CMS, per rispettare i requisiti di determinatezza o determinabilità (art. 1346 c.c.), deve prevedere espressamente sia il tasso della commissione che i criteri e la periodicità del calcolo (ovvero la percentuale, la base di calcolo, i criteri e la periodicità dell'addebito).

Non risultando in atti un documento contrattuale che ne disciplini la misura e la modalità di applicazione il CTU ha correttamente provveduto al ricalcolo previa eliminazione di ogni addebito a titolo di CMS.

Non è condivisibile la tesi della banca secondo cui i criteri di calcolo delle commissioni sarebbero state indicate analiticamente negli estratti conto non contestati dal correntista.

E' stato escluso che 'la mancata contestazione degli estratti conto inviati al cliente dalla banca, oggetto di tacita approvazione in difetto di contestazione ai sensi dell'art. 1832 c.c.' (Cass. 10516/2016) come la loro successiva accettazione, anche per iscritto, ancorché ripetuta, possano determinare l'insorgenza di un valido obbligo di corrispondere gli interessi in misura superiore al tasso legale, perché l'unilaterale comunicazione del tasso di interesse non può supplire al difetto originario di valido accordo scritto in deroga alle condizioni di legge richiesto dall'art. 1284 c.c.. (Cass. 17679/2009).

#### 4.3. Anatocismo

In merito all'anatocismo si osserva che il contratto di conto corrente è stato sottoscritto antecedentemente alla delibera CICR del 9.2.2000, 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.

Nel caso di specie, il CTU ha accertato l'assenza di clausole disciplinanti il regime di capitalizzazione nel contratto originario e negli altri documenti contrattuali versati in atti.

In conformità ai principi sopra delineati ha pertanto proceduto ad eliminare ogni forma di capitalizzazione degli interessi per tutto il periodo oggetto di analisi.

#### 4.4. Commissione Messa a Disponibilità Fondi - Commissione Istruttoria Veloce

L'art. 2-bis del DL 28.11.2008 n. 185, convertito in L. 2/2009, oltre a regolare il trattamento della CMS, disciplinava la Commissione per messa a disposizione fondi (CMDf), applicabile a prescindere dall'utilizzo e dalla durata dell'utilizzo medesimo, a condizione che il corrispettivo fosse stato previamente pattuito; che vi fosse un patto scritto con esclusione del rinnovo tacito; che il corrispettivo fosse una somma omnicomprensiva, proporzionata all'importo ed alla durata del fido; vi fosse una rendicontazione con cadenza massima annuale.

Il comma 3 del citato art. 2-bis stabiliva anche un periodo transitorio di 150 giorni per l'adeguamento dei contratti bancari in corso al momento della conversione del decreto.

Successivamente, nel luglio del 2009, l'art. 2-bis del D.L. 185/2008 è stato integrato da una nuova previsione, che è andata ad aggiungersi alle quattro condizioni già previste per la CMDf, prevedendo che l'ammontare del corrispettivo omnicomprensivo non possa comunque superare lo 0,5% per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione.

Infine, una nuova regolamentazione è intervenuta tra il 2011 ed il 2012.

E' quindi intervenuto l'art. 6 bis del D.L. 6.12.2011 n° 201 (decreto Salva Italia), convertito nella L. 22.12.2011 n° 214, che ha introdotto nel T.U.B. l'art. 117 bis, poi nuovamente modificato nel 2012. Sicché, l'attuale disciplina dettata dall'art. 117 bis del T.U.B. e dal Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze n° 644 del 30.6.2012 così articolata prevede:

- Per i contratti di apertura di credito in conto corrente (in base ai quali il cliente ha facoltà di utilizzare e di ripristinare la disponibilità dell'affidamento) e per gli affidamenti a valere su conti di pagamento (ossia su conti aperti presso istituti di pagamento autorizzati ex art. 114-octies lett. b del TUB) l'applicazione nei rapporti tra intermediari abilitati e clienti siano essi consumatori, o professionisti quali unici oneri a carico del cliente di una commissione omnicomprensiva calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente ed alla durata dell'affidamento, commissione che deve essere pattuita nel contratto e non deve superare il limite dello 0,5% trimestrale della somma messa a disposizione del cliente, (che esclude le commissioni per l'istruttoria e le spese per il conteggio degli interessi, potendo invece essere poste a carico del cliente le imposte, le spese notarili, gli oneri conseguenti a inadempimento del cliente, le spese per iscrizione ipotecaria e le spese per far fronte a servizi di pagamento per l'utilizzo dell'affidamento) ed un tasso di interesse debitore sulle somme effettivamente prelevate.

- Per gli sconfinamenti (utilizzo extrafido, o in assenza di fido che faccia registrare uno sconfinamento nel saldo di giornata l'applicazione esclusiva di una commissione istruttoria veloce, (c.i.v.) che va determinata per ciascun contratto in misura fissa ed espressa in valore assoluto e solo per i clienti che non siano consumatori possono essere previsti tre scaglioni a seconda dell'entità dello sconfinamento, mentre altrimenti non può essere determinata in percentuale rispetto allo sconfinamento, ma non ha un limite fisso predeterminato non dovendo comunque eccedere i costi medi sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria e a questa direttamente connessi e di un tasso di interesse debitore sull'ammontare e per la durata dello sconfinamento.

La CIV in base all'art. 1 comma 1 ter d.L. 24.3.2012 n° 29 (come modificato dal Decreto CICR) non si applica ai consumatori nei casi di sconfinamenti pari o inferiori a 500 euro in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, per un solo periodo, per ciascun trimestre bancario, non superiore alla durata di sette giorni consecutivi e neppure nei casi in cui lo sconfinamento sia la conseguenza di un pagamento effettuato a favore dell'intermediario.

Le clausole non conformi a questa disciplina sono nulle in base all'art. 27 bis del D.L. 24.1.2012 n° 1 e successive modifiche ed in base all'art. 117 bis comma 3° del TUB, in quanto l'art. 27 bis nella sua attuale formulazione è stato introdotto per estendere la sanzione della nullità a tutti i casi di violazione della disciplina attuativa dettata dal Decreto CICR sopravvenuto all'art. 117 bis del TUB.

Nel caso di specie, il CTU conformemente a tali principi ha accertato che 'a partire dal 2° trimestre 2009, il Monte dei Paschi ha applicato il Corrispettivo sull'Accordato (CSA) in misura percentuale sull'entità degli affidamenti concessi (cassa ed anticipi) ed in relazione alla loro durata.

Tuttavia, la prima pattuizione in forma scritta inerente tale commissione è la lettera-contratto di credito del 30/03/11, che ne disciplina la misura dello 0,50% unicamente in relazione alle aperture di credito (fidi di cassa) concessi, ma non anche per l'altra forma di affidamento (anticipi)'.  
'

Il CTU ha pertanto correttamente rettificato gli addebiti a titolo di CSA per la somma complessiva di E 6.204,42, per i seguenti profili di illegittimità riscontrati:

'Con riferimento al fido di cassa (apertura di credito). Mancata pattuizione in forma scritta della commissione per l'arco temporale compreso tra il 01/04/09 ed il 29/03/11: oneri rettificati per complessivi Euro 1.377,95.

Con riferimento agli anticipi fatture. Mancata pattuizione in forma scritta della commissione: oneri rettificati per complessivi Euro 4.826,47.

Con riferimento alla Commissione di Istruttoria Veloce (CIV)

A decorrere dal 4° trimestre 2012 l'istituto di credito ha applicato la Commissione di Istruttoria Veloce (CIV) in relazione agli sconfinamenti, nonostante non risulti agli atti alcuna pattuizione disciplinante tale onere. Per tale ragione, lo scrivente ha ricalcolato il conto nr. 1980.75 previa eliminazione totale degli importi addebitati a tale titolo, per la complessiva somma di Euro 469,52'.

#### 4.5. Usura

Il CTU ha verificato, per il periodo successivo all'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, il rispetto del tasso soglia sia al momento della stipula del tasso originariamente convenuto, sia del tasso convenzionale anche unilateralmente modificato al momento della variazione stessa, tenendo conto dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite n. 16303/2018 e n. 24675/2017.

Lo scrutinio dell'usura va, infatti, condotto in primo luogo sul tasso originariamente convenuto. Nell'ipotesi in cui questo tasso sia inferiore al tasso soglia, ciò non esclude che, nel corso del rapporto, possa comunque verificarsi un superamento.

Sono però differenti le modalità con cui si può verificare tale superamento, nonché le relative conseguenze.

La prima ipotesi è che il tasso di interesse pattuito nel contratto sia inferiore al tasso soglia stabilito dal DM applicabile in quel momento, ma che poi, a fronte delle rilevazioni dei DM successivi, che abbiano abbassato il tasso soglia, quel tasso, originariamente inferiore, risulti superiore ai DM applicabili in trimestri successivi.

In questa ipotesi (cd. usura sopravvenuta), come affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nell'ambito del rapporto di mutuo, ma con considerazioni estensibili analogicamente al rapporto di conto corrente, 'non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto". (SS.UU. n. 24675/2017).

La seconda ipotesi, che viene in rilievo nel caso in esame, è quella in cui il tasso di interesse originariamente pattuito, e originariamente inferiore al tasso soglia, venga poi modificato ex art. 118 TUB.

È evidente la differenza dall'ipotesi di tasso variabile originariamente pattuito come tale.

Infatti, nel caso in cui le parti pattuiscono un tasso variabile, le variazioni dipendono da quella originaria pattuizione; diversamente, nel caso in cui la banca comunichi una variazione del tasso ex art. 118 TUB, quella variazione non troverà più la fonte nell'originaria pattuizione, bensì nella successiva.

Ne consegue che dovrà svolgersi un nuovo esame della natura usuraria del tasso così pattuito, con riferimento al tasso soglia applicabile nel momento in cui avviene tale pattuizione.

Nell'ipotesi in cui il tasso originariamente pattuito sia inferiore al tasso soglia al momento della stipula ma, nel momento in cui sia modificato ex art. 118 TUB, risulti superiore al tasso soglia in quel momento applicabile, allora troverà applicazione l'art. 1815, comma 2, c.c., con conseguente azzeramento degli interessi fino a che le parti non abbiano nuovamente pattuito, espressamente o ex art. 118 TUB, un tasso inferiore al tasso soglia.

Nel caso di specie, il CTU ha accertato che 'sul conto ordinario nr. 1980.785 le soglie di usura risultano superate in 9 trimestri rispetto ai 52 analizzati, di cui in 3 trimestri con riferimento alla sola 'linea anticipi' ed in un trimestre per il solo 'affidamento di cassa'.

Per i trimestri in cui le soglie sono state superate, il totale delle competenze rilevanti ai fini del calcolo del TEG addebitate dalla banca sono state pari ad Euro 27.132,83.

Non è condivisibile la tesi sostenuta dalla convenuta secondo cui il CTU avrebbe ravvisato il superamento del tasso soglia per non avere la Banca ridotto le spese in modo da adeguarsi ai nuovi tassi soglia e che l'accertamento sia pertanto fondato su un'obbligazione priva di fondamento giuridico.

Invero, il CTU ha espressamente chiarito che in 'nessun trimestre il superamento è dipeso dall'effetto di discesa dei tassi'.

Il consulente non ha valutato in astratto le modifiche che avrebbe dovuto operare la Banca sulla base dell'andamento dei tassi ma ha accertato il superamento TSU tutte le volte in cui sono intervenute modifiche delle condizioni economiche.

Dal momento in cui è intervenuta una modifica contrattuale occorre infatti effettuare un ulteriore confronto con il tasso soglia di quel determinato trimestre dovendosi l'ipotesi qualificare come usura 'originaria'.

## 5. Prescrizione

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 indebitato.

I versamenti effettuati dal correntista durante lo svolgimento del rapporto potranno essere 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'accreditamento.

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).

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'indebitto 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).

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).

5.6. I principi sopra delineati appaiono applicabili anche nel caso di specie, in quanto non si è di fronte ad una mera domanda di accertamento della nullità delle clausole contrattuali ma anche ad una richiesta di ricalcolo del saldo finale, previa detrazione delle somme non dovute. Né consegue che laddove alcune rimesse avessero natura solutoria è lecito accertare eventuale medio tempore intervenuta prescrizione dell'azione di ripetizione corrispondente (ex art. 1422 c.c.), depurando così il saldo da accertare dalle somme non più ripetibili in quanto prescritte.

Secondo la varietà dei casi, il ricalcolo conseguente allo storno dell'indebitto potrebbe implicare la riduzione dell'esposizione debitoria, la maggior disponibilità di fido oppure addirittura il passaggio a credito del saldo di conto corrente.

Gli effetti non sono quindi meramente dichiarativi ma hanno degli eventi riflessi patrimoniali.

L'esistenza di rimesse solutorie non è rilevante come causa petendi dell'azione di accertamento negativo su c/c ancora aperto poiché, all'accertamento della nullità della clausola (a) e dell'illegittimità dell'addebito in conto (b), segue l'elisione del debito (se l'indebito non è stato ancora pagato) o l'accredito di una somma corrispondente al pagamento (se l'indebito è stato pagato), con effetto equivalente, in entrambi i casi idonei a reintegrare la sfera patrimoniale del cliente.

La differenza tra rimesse solutorie e ripristinatorie riemerge tuttavia considerando il fatto che il credito restitutorio che il cliente ha titolo ad appostare in misura pari alla quota di rimesse solutorie che è andata a pagare un indebito oggettivo si prescrive nell'ordinario termine decennale ex art. 2033 c.c..

Che l'azione del correntista si qualifichi sub specie di nullità e accertamento negativo - e non come azione di condanna ex art. 2033 c.c. - non toglie che la banca abbia titolo e interesse a eccepire la prescrizione di questa seconda azione, al fine di ottenere il rigetto anche solo parziale della prima, nei limiti in cui sia prescritta la ripetizione delle competenze indebitamente annotate.

Ai sensi dell'art. 1422 c.c., l'azione per far dichiarare la nullità è imprescrittibile, ma sono fatti salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione. La norma è correttamente intesa in giur. (Cass. 9.4.2003 n. 5575) nel senso che "deve escludersi la permanenza di un interesse all'accertamento e alla declaratoria della nullità del contratto quando risulti ormai prescritta l'azione di ripetizione della prestazione in base ad esso effettuata".

In altri termini, il consolidamento dello stato di fatto, delle situazioni lato sensu possessorie, determinato dall'esecuzione del contratto e del decorso del tempo (usucapione, prescrizione dell'azione di indebito) priva di rilevanza la questione, logicamente preliminare, della validità o meno del titolo contrattuale.

Il convenuto per la dichiarazione di nullità del contratto può quindi eccepire la carenza di interesse ad agire perché la nullità, seppur accertata, non determina apprezzabili conseguenze giuridiche, id est non dà titolo alla ripetizione delle prestazioni eseguite.

In un rapporto di durata, quale il conto corrente bancario, l'interesse ad agire per la nullità è evidentemente frazionabile, ben potendo coesistere pagamenti (rimesse) prescritti, che non possono essere conteggiati a credito del cliente nel ricalcolo del saldo dare-avere, e pagamenti ancora non prescritti.

Deve quindi respingersi, perché contraddetto dal dato normativo, ma prima ancora dalla stringente logica della giurisprudenza tradizionale, il precedente di Cass. 15.2.2021 n. 3858 che, dopo aver correttamente ricondotto l'azione di rettifica del saldo a quella di nullità

(amplius di accertamento negativo), ha concluso che la rettifica può essere richiesta senza limiti di tempo e senza sottostare all'eventuale prescrizione maturata'. (Tribunale Torino, sez. I, 05/10/2021, n. 4470 in De Jure)

5.6. Ciò premesso, il CTU ha accertato che il periodo rilevante ai fini dell'indagine è quello compreso tra il 01/01/00 (primo estratto conto versato in atti) ed il 24/03/06, ovvero esattamente dieci anni prima rispetto alla data di notifica dell'atto di citazione del 24/03/16.

Il CTU ha accertato come il conto nr. 1980.75 fosse affidato per cassa (apertura di credito) per l'intero periodo rilevante ai fini di tale indagine e, in mancanza di un documento contrattuale disciplinante la linea di fido concessa nel periodo dal 01/01/00 al 24/03/06, l'esistenza di quest'ultima è stata dedotta da una serie di 'indizi', risultanti dall'analisi del conto corrente e dalle liquidazioni periodiche.

Tuttavia, il CTU ha evidenziato che 'le carenze documentali riscontrate, già illustrate al paragrafo 3.3 della relazione originaria (pagg. 10-11), limitano ulteriormente gli accertamenti in materia di prescrizione in quanto la mancanza di plurimi estratti conti, ovvero di quei documenti riportanti tutte le operazioni in accredito ed in addebito del conto corrente in un dato intervallo temporale, non consente la ricostruzione e riclassificazione secondo disponibilità del rapporto nr. 1980.75 e l'individuazione delle cd. 'rimesse solutorie'. Nello specifico risultano mancanti: gli estratti conto dall'apertura del rapporto (17/03/99) al 31/03/00, del 4° trimestre 2000, del 2°- 3° e 4° trimestre 2001, dell'intero anno 2002, del 1° trimestre 2003 e del 3° trimestre 2004'.

In sostanza, la prova indiretta risulta incompleta poiché seppure vi siano indizi sul fatto che il conto sia affidato non è possibile accertarne in maniera univoca la misura.

Pertanto, sulla base dei principi sopra delineati, non avendo parte attrice gravata dell'onere della prova- dimostrato la misura dell'affidamento deve essere recepita la seconda ipotesi formulata dal CTU che considera prescritti tutti gli indebiti maturati anteriormente alla data indicata nel quesito.

La prima ipotesi formulata, più favorevole agli attori, basata sul principio che nessun indebiti maturato anteriormente alla data indicata nel quesito sia prescritto non può invece essere recepita in quanto presuppone la presunzione della natura ripristinatoria delle rimesse che non è invece configurabile per le ragioni suesposte.

Sulla base dell'ipotesi ricostruttiva indicata alla data del 31.12.2015 il saldo del conto corrente va quindi rideterminato in + E 34.838,87, derivante dalla differenza tra il saldo debitore originario del conto (E 53.427,68) ed il totale delle rettifiche operate (+E 88.266,25).

## 6. Spese di lite

Le spese di lite vanno poste a carico integrale della convenuta risultata soccombente.

Il parziale accoglimento della domanda non giustifica ad avviso del giudice la compensazione delle spese di lite in applicazione del principio di causalità in quanto, anche all'esito dell'accertamento peritale, nessuna offerta di pagamento è stata formulata dalla Banca (neppure in riferimento all'ipotesi elaborata dal CTU più favorevole per l'istituto di credito oggetto della domanda subordinata) che ha chiesto il rigetto della domanda..

Non assume neppure valore dirimente nell'ambito di tale valutazione il rigetto della domanda di accertamento della nullità del contratto di conto corrente, oggetto della sentenza non definitiva, in quanto parte attrice aveva prospettato in via alternativa anche la violazione dell'art. 117 TUB per mancata pattuizione delle condizioni economiche.

La riduzione del quantum rispetto all'originaria pretesa risulta già valorizzato attraverso l'applicazione del cd. criterio del decisum.

Occorre altresì precisare che nel corso del giudizio vi è stato un avvicendamento di difensori e di parti.

Fino alla interruzione del processo a seguito della sentenza di fallimento della società G. G. s.a.s. di M. G. & C. in liquidazione e del socio accomandatario G. M. tutti gli attori, debitore principale e fideiussori (M. C., G. G. S.A.S. di M. G. EC. in liquidazione, G. M. e G. M. S.) risultavano rappresentati e difesi dall'avv. Maila Buttari che si è dichiarata procuratore antistatario (v. note scritte del 20.01.2022).

A seguito della riassunzione il Fallimento della società G. G. S.a.s. di M. G. e del socio accomandatario G. M. risulta rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Noccesi che ha invece chiesto che sia disposto il pagamento in favore dell'erario essendo il fallimento ammesso al patrocinio a spese dello stato.

Il Giudice Delegato ha infatti attestato, ai sensi dell'art. 144 d.p.r. 115/2002 che non è disponibile il denaro necessario per il giudizio.

Ciò posto, i compensi vanno liquidati con applicazione dei valori medi di cui al DM 55/2014 per tutte le fasi del procedimento, senza necessità di disporre l'aumento previsto dall'art. 4 DM 55/2014, in relazione alla posizione degli attori difesi dall'avv. Maila Buttari.

Per quanto concerne il Fallimento, intervenuto dopo la riassunzione e difeso da altro legale, vanno liquidati i valori minimi per la fase di studio e di trattazione, tenuto conto dell'attività difensiva effettivamente svolta e dello stadio processuale in cui è intervenuta la parte e i valori medi per la fase decisoria, senza disporre l'aumento previsto dall'art. 4 DM 55/2014.

Va disposto il pagamento in favore dell'erario essendo la parte ammessa ex art. 144 d.p.r. 115/2002 al patrocinio a spese dello stato, senza operare il dimezzamento dei compensi (Cass. 777/2021; Cass. 22017/2018).

Per le medesime ragioni le spese di CTU, liquidate con separati provvedimenti, vanno poste a carico integrale della Banca.

P.Q.M.

il Tribunale di Firenze, definitivamente decidendo, ogni diversa domanda ed eccezione disattesa o assorbita così provvede:

1) accerta e dichiara l'indebita applicazione di interessi ultralegali, capitalizzazione degli interessi, applicazione della CMS e altre commissioni, interessi usurari nel corso dello svolgimento del rapporto fino al 31.12.2015 nei termini indicati in motivazione, per una somma totale di E 88.266,25;

2) accerta e dichiara che, a seguito delle rettifiche operate, il saldo di conto corrente IBAN -- omissis-- al 31.12.2015, indicato dalla banca in - E 53.427,68, deve essere rideterminato in + E 34.838,87;

3) condanna BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A. al pagamento delle spese di lite maturate da FALLIMENTO G. G. SAS DI M. G. & C. IN LIQUIDAZIONE E DEL SOCIO ACCOMANDATARIO G. M. che si liquidano in E 4.781,00 per compensi, oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge, disponendone il pagamento in favore dell'erario;

4) condanna BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A. al pagamento delle spese di lite maturate da C. M. e M. S. G. che si liquidano in E 7.254,00 per compensi, E 796,00 per esborsi, oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge, disponendone il pagamento in favore del procuratore antistatario avv. Maila Buttari

Firenze, 20 aprile 2022

Depositata in cancelleria il 21/04/2022.