

**N. R.G. 977/2017**



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**LA CORTE D'APPELLO DI MILANO**  
**Sezione Prima civile**

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Amedeo Santosuosso	Presidente
dr. Cesira D'Anella	Consigliere
dr. Alessandro Martini Giudice	Ausiliario Relatore

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa iscritta al n. r.g. **977/2017** promossa in grado d'appello

DA

**BANCA CARIGE S.P.A.** (C.F. 02123210995), elettivamente domiciliato in CORSO VENEZIA, 10 20121 MILANO presso lo studio dell'avv. XXXXXXXXX, che lo rappresenta e difende come da delega in atti, unitamente all'avv. XXXXXXXXXXXXXXXX, XX;

APPELLANTE

CONTRO

**XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.R.L.** (C.F. 01350520183), elettivamente domiciliato in XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX presso lo studio dell'avv.



BOTTONI GIAMPIERO, che lo rappresenta e difende come da delega in atti,  
unitamente all'avv. CAMPANELLA MARCO,  
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX;

APPELLATO

avente ad oggetto: Contratti bancari (deposito bancario, etc)

sulle seguenti conclusioni.

Per BANCA CARIGE S.P.A.

“Piaccia alla Ecc.ma Corte, in riforma dell’ordinanza n. 437/2017 Rep. resa inter partes dal Tribunale di Pavia, in data 26.01.17, pubblicata il successivo 1.02.17 a definizione del giudizio n. 4300/2015 R.G. e in accoglimento del presente appello, ogni diversa e contraria istanza disattesa, e previe le declaratorie tutte del caso segnatamente l’ammissione di consulenza tecnica d’ufficio già richiesta in primo grado e a integrazione/modifica di quella in tale sede effettuata con la devoluzione al CTU del quesito di seguito indicato, e quindi disponendo (i) che per il periodo intercorrente tra l’entrata in vigore della Legge 154/92 e sino al 8.02.2002 il tasso di interessi da applicare al rapporto sia quello sostitutivo ex art. 117 TUB, con l’applicazione del tasso nominale massimo dei BOT per le operazioni attive per la banca (impieghi) e sfavorevoli per il cliente, e viceversa il tasso nominale minimo alle operazioni passive (raccolta) ossia sfavorevoli alla banca; (ii) che per il periodo dal 1990 (accensione) al 8.02.2002 la depurazione del conto dagli effetti anatocistici avvenga senza alcuna capitalizzazione ma con imputazione delle rimesse previamente agli interessi ex art. 1194 c.c.; (iii) con declaratoria di prescrizione di tutte le rimesse pervenute sul conto in data antecedente al 13.07.15, ovvero al 30.06.2001 (e/o altra meglio vista, allorquando il conto aveva registrato un saldo favorevole al cliente), ovvero delle rimesse aventi carattere solutorio ex Cass. 24418/10, nella denegata ipotesi in cui l’Ecc.ma Corte ritenesse il rapporto assistito da idonea apertura di credito ab origine, (iv) procedendo nella rideterminazione del credito, laddove considerata possibile, procedendo dal I trimestre 1993,

Rigettare le domande di parte odiernamente appellata in quanto inammissibili, prescritte (nei limiti in atti evidenziati), infondate in fatto e in diritto e comunque non provate,

Anche in accoglimento della domanda riconvenzionale svolta in primo grado, accertare e dichiarare il saldo dare/avere tra le parti in relazione al conto corrente n. XXXXX già intrattenuto da XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX srl presso Banca CARIGE Italia, ora Banca CARIGE S.p.A.,



conseguentemente condannare la prima al pagamento di quanto accertato e a favore della banca, previa se del caso compensazione con quanto ritenuto a debito di quest'ultima.

Con vittoria di spese e compensi di causa del presente giudizio nonché del giudizio di primo grado. In via istruttoria, si insiste per il licenziamento di CTU contabile che ridetermini il saldo del c/c 425/80 con le seguenti modalità: (i) applicazione del cd tasso sostitutivo, nella declinazione qui sostenuta, dal 1992 al 2002; (ii) applicazione dell'art. 1194 c.c. nella depurazione dagli effetti anatocistici dall'accensione al 2002; (iii) considerando solutorie (x) tutte le rimesse affluite sul c/c dall'accensione al 13.07.15 in quanto al conto non accedeva apertura di credito; (y) considerando prescritti tutti i pagamenti non assistiti da idoneo titolo (e quindi in astratto ripetibili) pervenuti sul conto in data antecedente al 30.06.2001 (e/o altra data meglio vista, quando il conto abbia registrato un saldo attivo o comunque l'estinzione del debito del correntista per interessi), (z) considerando solutorie, le rimesse che abbiano riportato il conto nei limiti dell'affidamento, nelle denegata ipotesi in cui questo fosse considerato validamente pattuito; (iv) procedendo nel ricalcolo dal I trimestre 1993.

Per XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.R.L.

IN VIA PRINCIPALE E NEL MERITO

- Rigettare il proposto appello in quanto infondato in fatto ed in diritto, confermando integralmente l'ordinanza di Primo Grado impugnata.
- Condannare la Banca appellante al pagamento delle spese e competenze anche del presente giudizio, con distrazione a favore dei sottoscritti procuratori in quanto antistatari.

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ordinanza ex art. 702 ter c.p.c., pubblicata l'01/02/2017, il Tribunale di Pavia, su domanda della società XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.r.l., previo accertamento della nullità dell'addebito delle poste, conteggiate sul conto corrente aperto a nome della società, per interessi anatocistici ed ultralegali, CMS e spese, ed epurando conseguentemente il conto corrente bancario oggetto del giudizio dai suddetti addebiti, condannava Banca Carige S.p.A. al pagamento della somma di € 74.321,28 oltre interessi e spese, compresa CTU.

In particolare, il Giudice di primo grado, condivise le conclusioni del CTU contabile, dott. XXXXXXXXXXXX, aveva: **(I)** dichiarato nulla la clausola di capitalizzazione degli interessi, contenuta nel contratto di apertura del c/c; **(II)** ricalcolato gli interessi debitori, ritenendo che, nel contratto originario, la clausola disciplinante il tasso di interesse 'uso piazza' fosse nulla, come segue: (a) al tasso legale, dall'accensione del conto sino



alla data del 8.7.1992, espungendo gli addebiti per commissione di massimo scoperto e spese, poiché non pattuite nel contratto originario; (b) al tasso ex art. 117 TUB, dal 1992 sino al 7.3.2002; (c) al tasso contrattuale, espressamente pattuito, oltre Cms e spese, a far data dal 8.3.2002 sino al 29.5.2015; (III) rigettato l'eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca, non avendo la stessa provato la natura solutoria delle rimesse in conto corrente, anteriori al decennio dalla messa in mora; (IV) ordinato alla Banca la cancellazione della segnalazione 'a sofferenza' della correntista.

Con l'appello proposto, Banca Carige intende ottenere la riforma della ordinanza impugnata, con declaratoria che la mandi indenne dalle richieste della società, in particolare chiedendo che, nel conteggio per la rideterminazione del saldo del conto corrente oggetto di causa, sia: (1) applicato agli interessi debitori il tasso sostitutivo previsto dall'art. 117 del TUB, applicando i tassi previsti per 'operazioni attive' o 'passive', in maniera opposta a quella adottata dal Tribunale; (2) applicato il criterio di imputazione dei pagamenti di cui all'art. 1194 c.c., cioè prima gli interessi e poi il capitale; (3) dichiarata prescritta l'azione di ripetizione degli addebiti contestati, consistenti in rimesse solutorie; (4) posticipato al I trimestre 1993 il momento di avvio del ricalcolo.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.r.l. si costituiva, per resistere all'impugnazione.

Rinunciata su accordo delle parti l'istanza di sospensiva proposta dall'appellante, la causa perviene in decisione, all'esito delle conclusioni, precisate dalle parti all'udienza del 11/07/2018.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

### 1) SULL'APPLICAZIONE DEL TASSO SOSTITUTIVO EX ART.117 TUB

Parte appellante censura la sentenza impugnata, nella parte in cui questa, riprendendo il conteggio effettuato dal CTU, ha considerato 'operazioni attive' quelle poste in essere con il profitto del soggetto attivo dell'attività bancaria, cioè la banca, mentre 'passive' quelle in cui la banca risultava debitrice. La questione, pur inizialmente dibattuta, appare risolta dalla giurisprudenza (cfr. in termini questa stessa Corte, sentenza 24.02.2016, Pres. Santosuosso), nel senso che il tasso sostitutivo di cui all'art.117 TUB va applicato, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, tenendo conto che la dicitura 'operazioni passive' si riferisce a quelle in cui il cliente versa denaro alla banca, generando un debito della banca; mentre 'operazioni attive' sono quelle in cui il cliente chiede denaro alla banca, producendo quindi credito per la stessa.

Il primo motivo è, pertanto, rigettato.

### 2) SULL'APPLICAZIONE DELL'ART.1194 C.C.



Per la determinazione del saldo del conto corrente, nemmeno può essere applicato, come vorrebbe la Banca appellante, il criterio di imputazione di cui all'art. 1194 c.c.

Il principio normativo de quo, infatti, postula che il credito sia liquido ed esigibile, atteso che solo questo, per sua natura, produce interessi ex art. 1282 c.c., talché è inapplicabile al rapporto di conto corrente bancario, nella cui struttura unitaria le operazioni di prelievo e versamento non integrano distinti e autonomi rapporti di debito e di credito reciproci tra banca e cliente (così Cass. sent.

24.08.2018 n. 21171).

La sentenza impugnata va, quindi, confermata anche sotto questo profilo.

### 3) SULLA PRESCRIZIONE

Si duole la Banca appellante che sia stata rigettata la propria eccezione di prescrizione, avente ad oggetto la domanda di ripetizione degli addebiti seguiti da rimesse solutorie anteriori al 2005, ossia al decennio anteriore all'azione della Cappeletti Costruzioni, atteso che, prima di quel momento, non risulta dimostrata l'esistenza di aperture di credito in conto corrente (essendo il primo contratto formalizzato nel 2009).

Il Giudice di prime cure ha ritenuto che Carige non avesse adempiuto all'onere probatorio gravante su di lei, eccipiente, atteso che *“i versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens e, poiché tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto, una diversa finalizzazione dei singoli versamenti, o di alcuni di essi, deve essere in concreto provata da parte di chi intende far percorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste illegittimamente addebitate (Cassazione civile, sez. I 26 febbraio 2014); [quindi] parte resistente, oltre ad avere eccepito la prescrizione genericamente, ha omissa la prova – di cui era onerata – relativa alla natura solutoria dei versamenti”* (p. 2 sentenza).

Ora, è noto che, in merito alla ripartizione dell'onere della prova in punto a prescrizione del diritto di ripetizione delle poste addebitate in conto corrente, sussista un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Preliminare, l'esame del principio stabilito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (sent. 24418/2010), laddove è riconosciuto che *“l'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria*



*prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, 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”, mentre il termine di prescrizione comincia a decorrere dalla data dei singoli versamenti se “questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo (o, come in simili situazioni si preferisce dire "scoperto") cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento”.*

Quanto, quindi, all'onere della prova della natura ‘rispristinativa’ o ‘solutoria’ della rimessa, cioè, in altri termini, dell'affidamento o no del conto corrente, dopo alcune oscillazioni, la giurisprudenza di legittimità sembra ritenere che, a fronte della pur generica eccezione di prescrizione formulata dalla Banca (con riferimento alla sola decorrenza del tempo tra fatto e domanda), il Giudice, nel caso con l'ausilio di CTU, deve poter distinguere tra rimesse solutorie e ripristinatorie (Cass. ord. 30/01/2017 n. 2308), atteso che (Cass. ord. 26.07.2017, n. 18581, ord. 22.02.2018, n. 4372) “*In un quadro processuale definito dalla presenza degli estratti conto, non compete alla banca convenuta fornire specifica indicazione delle rimesse solutorie cui è applicabile la prescrizione. Un tale incombente è estraneo alla disciplina positiva dell'eccezione in esame.*

*Una volta che la parte convenuta abbia formulato la propria eccezione di prescrizione, compete al giudice verificare quali rimesse, per essere ripristinatorie, o attuate su di un conto in attivo, siano irrilevanti ai fini della prescrizione, non potendosi considerare quali pagamenti.*

*Deve considerarsi in proposito, che l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene ... e che una allegazione nel senso indicato non cessa di essere tale ove la parte interessata correli quell'inerzia anche ad atti (nella specie, versamenti ripristinatori) che non spieghino incidenza sul diritto (nella specie, di ripetizione) fatto valere dell'attore”.*

Parte appellante lamenta, quindi, l'errore del primo Giudice, nell'aver ommesso di rilevare che l'onere della prova dell'esistenza dell'affidamento gravava sulla correntista, non potendo invocarsi alcuna ‘presunzione di ripristinatorietà’ delle rimesse in conto corrente. Infatti, con il contratto di conto corrente, la Banca si impegna unicamente ad offrire al cliente un servizio di cassa nell'utilizzo della provvista propria del cliente,



ovvero a provvedere per conto del medesimo a pagamenti e riscossioni, non a mettere a disposizione denaro in favore del correntista. Se il conto corrente è a debito e non è assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria della provvista deve quindi essere esclusa, salvo prova contraria.

La sentenza impugnata appare, tuttavia, aver rispettato i soprarichiamati criteri di individuazione delle rimesse ripristinatorie, e non solutorie, affluite sul conto in questione, alla luce della conseguita prova della natura affidata dello stesso.

Nei propri atti difensivi, è la stessa Banca che deduce l'affidamento del conto corrente, al fine di giustificare, sotto il profilo causale, l'applicazione delle Commissioni di Massimo Scoperto, affermando che *“dette commissioni non possono considerarsi sic et simpliciter nulle, considerando come l'istituto risponda alla funzione causale di assicurare all'istituto di credito un corrispettivo per lo sforzo economico organizzativo assunto con la stipula di una apertura di credito”* (p. 5 comparsa di costituzione).

Ne deriva che, se la Banca si è difesa affermando la legittimità della CMS, poiché avente funzione di remunerare lo sforzo organizzativo della concessione di un'apertura di credito, non appare per nulla coerente che poi la stessa deduca, in appello, l'assenza di aperture di credito.

Come appare evidente dagli estratti conto depositati in atti e, parimenti, rilevati nell'elaborato depositato dal CTU contabile, dott. Massimo Mustarelli, la CMS è stata sempre applicata al conto corrente oggetto di causa: ne discende, pertanto, la natura affidata del conto, così come considerata dal CTU, con analisi specifica corretta e ben motivata (p. 13), che la Corte intende fare propria,

Tale conclusione non è nemmeno stata oggetto di osservazioni critiche da parte del CTP di parte convenuta. In difetto della produzione del contratto di apertura di credito, peraltro, secondo il principio di prossimità della prova, sarebbe stato onere della Banca offrire elementi che rendessero ragionevole la propria prospettazione difensiva.

Ne deriva che, anche a prescindere dalle risultanze della CTU, il dato fattuale della concessione di un affidamento deve ritenersi provato ai sensi dell'art. 115 c.p.c.: tale norma impone, infatti, di prescindere da eventuali indagini sulla forma richiesta dal contratto di affidamento bancario (in conformità a precedenti di questa Corte: sentenza n. 3257/2018), atteso che il Giudice *“deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale, ritenendolo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti”* (Cass. civ. Sez. III, 17/06/2016, n. 12517)."





Può, pertanto, ritenersi raggiunta prova certa della natura affidata del conto, con conseguente natura ripristinatoria delle rimesse su di esso effettuate dal correntista, senza che il passaggio in attivo del conto, nella ricostruzione, possa comportare il pagamento delle poste indebitamente addebitate precedentemente. Ne deriva il rigetto anche di questo motivo di appello.

#### 4) SULL'ESITO DELLA CTU

Parte appellante censura infine la sentenza di primo grado, dolendosi del fatto che la mancanza di alcuni estratti conto dell'anno 1992 avrebbe dovuto comportare la inutilizzabilità della produzione di tutti gli estratti conto precedenti, dovendo il CTU partire dalle proprie indagini dall'anno 1993.

Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale prevalente, cui questa Corte aderisce (secondo i principi indicati da Cass. 25/11/2010 n. 23974) afferma che, nell'ipotesi in cui sia il correntista ad agire in giudizio, come nella specie, sarà onere dell'attore provare i fatti costitutivi della domanda; conseguentemente, il correntista dovrà produrre in giudizio la sequenza completa degli estratti conto. In mancanza della documentazione completa, il credito del correntista dovrà essere ricalcolato partendo dal primo estratto conto disponibile.

Così è avvenuto nell'ambito delle operazioni peritali di primo grado, avendo il CTU iniziato i conteggi dal primo estratto conto disponibile, il tutto senza osservazioni critiche del CTP della Banca. Il CTU, esponendo in modo chiaro i conteggi ricostruttivi del conto (p. 15), in corrispondenza del periodo 01.01.1992 - 31.12.1992, riporta testualmente: "*riconteggi non eseguiti*".

Ne deriva, pertanto, che le risultanze della CTU, riprese in sentenza, non possano essere oggetto di censura, atteso che il CTU non ha fatto altro che sommare gli importi indebiti del periodo precedente al 01.01.1992, con quelli successivi al 31.12.1992, ove vi è stata produzione integrale degli estratti conto, semplicemente escludendo l'anno 1992.

Anche questo motivo di appello va, pertanto, respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano, tenuto conto del valore, della natura della causa, del pregio dell'opera, delle questioni trattate, come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Milano, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti, ogni diversa domanda o eccezione disattesa,

- Rigetta l'appello;





- Condanna Banca Carige S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, a rifondere le spese del secondo grado a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.r.l., spese che liquida in € 12.000,00 per compensi, oltre rimborso forfetario delle spese generali, CNPA e Iva, somma da distrarsi in favore dei difensori antistatari, Avv.ti Giampiero Bottoni e Marco Campanella.

Così deciso in Milano, 06 novembre 2018

Il Giudice Estensore

Avv. Alessandro Martini

Il Presidente

Dott. Amedeo Santosuosso

