



Civile Ord. Sez. 6 Num. 4028 Anno 2022

Presidente: **DI MARZIO MAURO**
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Relatore: **DI MARZIO MAURO**

Data pubblicazione: **08/02/2022**
SESTA SEZIONE CIVILE - 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MAURO DI MARZIO

- Rel. Presidente -

Dott. ANTONIO PIETRO LAMORGESE

- Consigliere -

Dott. LOREDANA NAZZICONE

- Consigliere -

Dott. EDUARDO CAMPESE

- Consigliere -

Dott. ROBERTO AMATORE

- Consigliere -

Oggetto

BANCA

Ud. 10/12/2021 - CC

R.G.N. 35516/2019

Rep.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso 35516-2019 proposto da:

MAFFIA ANTONIO, domiciliato presso la cancelleria della CORTE DI CASSAZIONE, PIAZZA CAVOUR, ROMA, rappresentato e difeso dall'avvocato COSTANTINO ANTONIO MONTESANTO;

- *ricorrente* -

BPER BANCA SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliata presso la cancelleria della CORTE DI CASSAZIONE, PIAZZA CAVOUR, ROMA, rappresentata e difesa dall'avvocato MAURIZIO NAPOLI;

-*controricorrente e ricorrente incidentale*-

avverso la sentenza n. 1543/2018 della CORTE D'APPELLO di SALERNO, depositata il 11/10/2018;



udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata
del 10/12/2021 dal Presidente Relatore Dott. MAURO DI MARZIO.

RILEVATO CHE

1. — Maffia Antonio ricorre per tre mezzi, nei confronti di Banca Popolare dell'Emilia Romagna S.p.a., contro la sentenza dell'11 ottobre 2018 con cui la Corte d'appello di Salerno, provvedendo in riforma di sentenza resa tra le parti dal Tribunale di Vallo della Lucania, aveva rigettato sia la domanda del Maffia, volta alla dichiarazione di nullità parziale di un contratto di apertura di credito in conto corrente, con riguardo alle clausole concernenti capitalizzazione, commissioni di massimo scoperto e spese, con condanna alla ripetizione del dovuto, sia la domanda della banca, volta ad ottenere il pagamento di quanto dovuto in forza del menzionato rapporto.

2. — La Corte territoriale ha in breve posto l'accento sul difetto di prova delle rispettive domande, svolgendo la motivazione che segue: *«Secondo l'insegnamento di legittimità, nei rapporti bancari in conto corrente, il correntista che agisce in giudizio per la ripetizione dell'indebitato è tenuto a documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti gli quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somme non dovute. Più precisamente nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, delle pattuizioni di interessi ultralegali a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso i relativi estratti a partire dalla data della sua apertura, così effettuandosi l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere, con applicazione del tasso legale, sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, essendo invece, ogni rivelato criterio presuntivo od approssimativo (Cass. Civile I Sezione 13/10/2016 n.20693). Nell'enunciare il riferito principio le Suprema Corte, ha avuto modo di precisare che l'intero andamento dei rapporti (in quel caso ultraventennale), doveva essere provato dal correntista, gravato del relativo onere probatorio per aver agito ex art. 2033 C.C., come nel caso di specie. Nella vicenda sottoposta all'esame del Tribunale ed*



oggi di questa Corte, si rileva, dall'incarto processuale ed in ispecie dalla CTU che l'attore non aveva depositato il contratto ed in concorso con la convenuta in riconvenzionale aveva consentito il deposito in atti della prova della scheda negoziale del 12/10/1971. Anche a voler ritenere che la acquisizione in giudizio di tale scheda abbia supplito alla grave deficienza probatoria che ricadeva sull'attore, del fatto costitutivo della domanda (il contratto), vi è il rilievo che l'attore non aveva allegato, quanto ai fini del rispetto del suo onere probatorio, secondo il citato insegnamento di legittimità, tutti gli estratti conto inerenti il rapporto sin dal suo sorgere (12/10/1971), al punto che come emerge dagli atti con la missiva del 22/03/2005 (di cui fa menzione il CTP) aveva chiesto, ottenuto e prodotto in giudizio, copia degli estratti conto dal 02/01/1995 al 31/12/2004, di per se insufficienti ai fini della prova della sua domanda. Non può, pertanto, condividersi l'orientamento seguito dai Tribunale secondo cui, la Banca era gravata dell'onere di fornire tale documentazione, per la prova del proprio credito, con conseguente applicazione dell'assunto secondo cui in mancanza deve assumersi, quale base di ri-conteggio, un saldo pari a zero, perché il principio dell'art. 2697 cit, deve essere temperato con l'applicazione di quello della vicinanza della prova. Ad avviso di questa Corte, il principio in parola inerente la riferibilità della prova non può trovare applicazione nella fattispecie di ripetizione di somme indebitamente percepite dalle Banche, perché implicherebbe il trasferimento in capo alle stesse della prova positiva del pagamento e la conseguente costante inapplicabilità in capo ai correntisti dell'obbligo di rispetto dell'art. 119 IV comma del TUB. E che l'onere della prova relativa gravasse sull'attore deriva indirettamente anche dal recente orientamento di legittimità del 11/06/2018 di cui all'Ordinanza n. 15148 I Sezione, laddove viene ribadito che la Banca, attore in senso sostanziale nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, ai fini della prova della sua domanda, ha l'onere di produrre, per la ricostruzione dell'intero rapporto, tutti gli estratti conto a partire dalla apertura del conto corrente. È dunque l'attore il soggetto onerato della prova della sua domanda anche nel caso di accertamento negativo e conseguente ripetizione dell'indebitato. Dalla conclusiva affermazione che era l'attore (il Maffia) ai fini dell'accoglimento della sua domanda ad essere tenuto all'allegazione di tutti gli estratti conto dall'inizio del rapporto, discende che la loro assenza non può che ricadere sullo stesso, donde che la relativa domanda



andava e va disattesa con totale riforma della sentenza sul punto. Il sistema degli oneri probatori in materia, importa, però e parallelamente anche il rigetto della domanda riconvenzionale spiegata dalla banca e reiterata con il gravame nel senso della richiesta di condanna dell'appellato al pagamento del saldo debitorio del conto 263 ancora in essere. Anche la banca, affinché potesse trovare accoglimento la sua domanda riconvenzionale per la somma indicata e per la quale aveva richiesto in questa fase processuale una nuova CTU, era tenuta, a produrre tutti gli estratti conto inerenti il rapporto, non potendo la sua domanda, attesa l'indeterminatezza che la connota per carenza di prova, che essere rigettata. La richiesta di CTU avanzata all'uopo con il gravame introduttivo, non può avere seguito non avendo la Banca, reiterato la relativa richiesta all'udienza di precisazione delle conclusioni, donde che la relativa istanza istruttoria deve ritenersi implicitamente abbandonata».

3. — La Banca Popolare dell'Emilia Romagna S.p.a. resiste con controricorso e spiega ricorso incidentale, depositando inoltre memoria.

CONSIDERATO CHE

4. — Il ricorso principale contiene tre motivi.

-) Nullità della sentenza per violazione degli artt. 167, 1° co., e 345, 2° co., c.p.c., in relazione all'art. 360, 1° co, n.4, c.p.c.. Si censura la sentenza impugnata là dove la Corte territoriale non ha rilevato che il terzo motivo di gravame — sul quale ha imperniato l'accoglimento dell'impugnazione, addebitando al correntista il mancato assolvimento dell'onere probatorio di produrre tutti gli estratti di conto corrente relativi all'intero rapporto — integrava un'eccezione nuova e contrastante rispetto alla posizione assunta dalla banca in primo grado di non contestazione dei fatti costitutivi della domanda.

-) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1832 e 2697 cod. civ., in relazione all'art. 360, 1° co., n. 3, c.p.c.. Si censura l'impugnata sentenza là dove la Corte territoriale, addebitando al correntista il mancato assolvimento



dell'onere probatorio di produrre tutti gli estratti di conto corrente relativi all'intero rapporto, ha violato il principio secondo cui nei rapporti bancari in conto corrente, una volta esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi anatocistici a carico del correntista, la banca, obbligata a rendere il conto *ex art.* 1832 cod. civ., ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto.

-) Violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ., in relazione all'art. 360, 1° co., n. 3, c.p.c.. Si censura l'impugnata sentenza là dove la Corte territoriale non ha comunque tenuto conto che — per effetto della produzione da parte della banca della scheda negoziale del 12.10.1971 e di tutti gli estratti-conto relativi al periodo dal 2.1.1995 al 31.12.2004 e dell'ammissione da parte della banca della capitalizzazione degli interessi delle commissioni di massimo scoperto sul conto corrente dell'attore durante l'intero corso dei rapporti — era stato interamente soddisfatto il preteso onere probatorio incombente al correntista.

5. — Il primo mezzo del ricorso incidentale denuncia violazione dell'articolo 2033 c.c. in relazione all'articolo 360 numero 5 c.p.c.: si sostiene che l'originario attore nulla aveva pagato alla banca all'atto dell'introduzione del giudizio o nel corso dello stesso, pacifico essendo che essa fosse creditrice della somma di circa € 45.000 per la quale aveva svolto domanda riconvenzionale.

Il secondo mezzo denuncia violazione dell'articolo 36 c.p.c. in relazione all'articolo 2697 c.p.c. e dall'articolo 360 numero 5 c.p.c.: la banca, quale attrice riconvenzionale, pur non avendo esibito gli estratti conto relativi all'intero rapporto non poteva vedersi rigettare la domanda riconvenzionale proposta per l'incompletezza della documentazione, ma solo, ove ritenuto dalla Corte, veder applicato il saldo zero.



Il terzo motivo, condizionato, denuncia violazione dell'articolo 112 c.p.c.: si evidenzia che l'originario attore non aveva esteso la propria domanda agli interessi convenzionali, che erano stati conteggiati d'ufficio dal Tribunale.

Il quarto motivo, condizionato, denuncia violazione dell'articolo 112 c.p.c. ed è riferito alla condanna al pagamento maggiorata degli interessi moratori dalla data della domanda, non richiesti.

Il quinto motivo denuncia violazione dell'articolo 2697 c.c. in relazione all'articolo 360 c.p.c., nel senso che il saldo zero non sarebbe applicabile nel ricalcolo della domanda di ripetizione mentre sarebbe applicabile per la ricorrente nella ricostruzione del saldo risultante dal primo estratto esibito.

RITENUTO CHE

6. — Il ricorso principale va accolto nei limiti che di seguito si illustrano.

6.1. — Il primo mezzo è manifestamente infondato.

Il divieto contemplato dall'art. 345 c.p.c. secondo il quale: «*Non possono proporsi di nuove eccezioni, che non siano rilevabili anche d'ufficio*», opera, per espressa previsione della disposizione, nei riguardi delle sole eccezioni che il giudice non può rilevare d'ufficio. A tal riguardo, si fa generalmente riferimento alla distinzione tra eccezioni in senso stretto (non rilevabili d'ufficio) ed eccezioni in senso lato (rilevabili d'ufficio). Quanto ai criteri distintivi tra i due tipi di eccezione, la S.C. ha affermato, in breve, che la regola quella del rilievo di ufficio delle eccezioni, da intendersi come eccezioni in senso lato, le quali attengono a fatti estintivi, modificativi ed impeditivi, mentre sono eccezioni in senso stretto soltanto quelle espressamente previste dalla legge come tali (v. Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099; Cass., Sez. Un., 25 maggio 2001, n. 226; Cass., Sez. Un., 27 luglio 2005, n. 15661). Eccezioni in senso lato sono state ad esempio considerate, oltre a quella di *aliunde perceptum* (Cass. 6 ottobre 2009, n. 21296), di giudicato esterno e di interruzione della prescrizione, quella di *compensatio lucri cum damno*, perciò proponibile per la prima volta in



appello (Cass. 14 gennaio 2014, n. 533), quella di pagamento (Cass. 16 marzo 2010, n. 6350), quella di eccessiva onerosità della penale (Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128), quella concernente il limite del massimale assicurativo (Cass. 13 giugno 2014, n. 13537; Cass. 22 giugno 2007, n. 1458), quella di concorso di colpa del danneggiato (Cass. Sez. Un., 3 giugno 2013, n. 13902), quella di mancanza della data certa (Cass. Sez. Un., 20 febbraio 2013, n. 4213), quella di transazione novativa (Cass. 24 ottobre 2012, n. 18195), quella dell'impedimento della decadenza (Cass. 10 gennaio 2013, n. 414), dell'esimente del diritto di critica nella diffamazione (Cass. 30 gennaio 2013, n. 2190), quella della solidarietà dell'obbligazione fideiussoria (Cass. 29 novembre 2005, n. 26042); quella della sospensione della prescrizione (Cass. 26 febbraio 2014, n. 4548), quella di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario (Cass., Sez. Un., 7 maggio 2013, n. 10531).

Al di fuori del campo di applicazione del secondo comma dell'art. 345 c.p.c., infine, si collocano le mere difese: *«Ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c. ..., non sono ammissibili in appello nuove eccezioni, al di fuori di quelle rilevabili anche d'ufficio, mentre sono proponibili le mere difese, che si differenziano dalle prime poiché con esse le parti si limitano a contestare genericamente le reciproche pretese»* (Cass. 19 luglio 2005, n. 15211; Cass. 12 settembre 2005, n. 18096). Più in particolare, sono *«mere difese»* quelle volte a contrastare le avverse deduzioni senza tradursi nell'allegazione di un fatto impeditivo, modificativo o estintivo rispetto alle stesse. La proposizione di una mera difesa, sebbene nuova, non è dunque preclusa in appello, giacché le eccezioni vietate in appello, ai sensi del secondo comma dell'art. 345 c.p.c., sono soltanto quelle in senso proprio, ovvero *«non rilevabili d'ufficio»*, e non, indistintamente, tutte le difese, comunque svolte dalle parti per resistere alle pretese o alle eccezioni di controparte.

Va da sé che quella, spiegata dalla banca, concernente la mancata produzione, da parte del correntista attore, degli estratti conto, *i.e.*, il difetto di prova della



domanda spiegata in punto di ripetizione di indebitato, si colloca nell'ambito delle mere difese, ammissibili in appello.

6.2. — Il secondo e terzo motivo del ricorso principale, che per il loro collegamento vanno esaminati simultaneamente, sono fondati nei limiti di seguito indicati.

La materia obbedisce al principio così formulato: *«Nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo iniziale a debito del cliente, la proposizione di contrapposte domande da parte della banca e del correntista implica che ciascuna delle parti sia onerata della prova della propria pretesa. Ne deriva che, in assenza di elementi di prova che consentano di accertare il saldo nel periodo non documentato, ed in mancanza di allegazioni delle parti che permettano di ritenere pacifica l'esistenza, in quell'arco di tempo, di un credito o di un debito di un certo importo, deve procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, documentato dagli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di essi»* (Cass. 29 ottobre 2020, n. 23852).

Ne deriva, per un verso, l'infondatezza del secondo motivo, con cui si assume che *«la banca, obbligata a rendere il conto ex art. 1832 cod. civ., ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto»*, sicché il giudice di merito avrebbe operato un ribaltamento dell'onere probatorio, in violazione della regola posta dall'articolo 2697 c.c., nell'affermare che, quando il correntista è attore, è su di lui che l'onere probatorio grava. Ed infatti il principio richiamato comporta che, ove il correntista sia attore, è egli gravato del relativo onere probatorio, con la precisazione che non può ottenere gli estratti conto dalla Banca se prima non li abbia richiesti ai sensi dell'articolo 119 del testo unico bancario (Cass. 13 settembre 2021, n. 24641), neppure operando il principio di vicinanza della prova (Cass. 13 dicembre 2019, n. 33009).



E però ne deriva, per altro verso, la fondatezza del terzo motivo, giacché una volta acquisiti gli estratti conto concernenti un solo segmento temporale del rapporto, sia pure perché prodotti dalla banca, tenuto conto del principio di acquisizione processuale in forza del quale ciascuna delle parti può giovare delle prove offerte dall'altra (p. es. Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2005, n. 28498), ciò non comporta automaticamente il rigetto della domanda, dovendosi «*procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, documentato dagli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di essi*». Ciò tanto più che, nel caso di domanda proposta dal correntista, l'accertamento del dare e avere può attuarsi con l'utilizzo di prove che forniscano indicazioni certe e complete atte a dar ragione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto; ci si può inoltre avvalere di quegli elementi i quali consentano di affermare che il debito, nell'intervallo temporale non documentato, sia inesistente o inferiore al saldo passivo iniziale del primo degli estratti conto prodotti, o che permettano addirittura di affermare che in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso; diversamente si devono elaborare i conteggi partendo dal primo saldo debitore documentato (Cass. 2 maggio 2019, n. 11543).

7. — Il ricorso incidentale va anch'esso accolto per quanto di ragione.

7.1. — I primi due motivi e il quinto del ricorso incidentale, che per il loro collegamento possono essere unitamente esaminati, sono fondati, in applicazione del principio affermato dalla già ricordata Cass. 2 maggio 2019, n. 11543, secondo cui, nei rapporti bancari di conto corrente, esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e riscontrata la mancanza di una parte degli estratti conto, riportando il primo dei disponibili un saldo iniziale a debito del cliente, occorre distinguere il caso in cui il correntista sia convenuto da quello in cui



sia attore in giudizio. Nella prima ipotesi l'accertamento del dare e avere può attuarsi con l'impiego di ulteriori mezzi di prova idonei a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto; possono inoltre valorizzarsi quegli elementi, quali ad esempio le ammissioni del correntista stesso, idonei quantomeno ad escludere che, con riferimento al periodo non documentato da estratti conto, questi abbia maturato un credito di imprecisato ammontare (tale da rendere impossibile la ricostruzione del rapporto di dare e avere tra le parti per il periodo successivo), così che i conteggi vengano rielaborati considerando pari a zero il saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti; in mancanza di tali dati la domanda deve essere respinta.

Dunque la Corte territoriale ha nuovamente errato nel ritenere che la mancanza della totalità degli estratti conto fosse preclusivo della verifica di fondatezza della domanda.

7.2. — I due motivi formulati dalla banca in via condizionata sono assorbiti.

8. — La sentenza impugnata è cassata in relazione ai motivi accolti e rinviata alla Corte d'appello di Salerno in diversa composizione, che si atterrà a quanto dianzi indicato e provvederà anche sulle spese di questo giudizio di legittimità.

PER QUESTI MOTIVI

rigetta il primo motivo di ricorso principale ed accoglie gli altri due, accoglie i primi due motivi di ricorso incidentale, assorbiti gli altri, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte d'appello di Salerno in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 10 dicembre 2021.

Il presidente

