

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

## Onere probatorio e fatto negativo

*L'onere probatorio grava su chi intende far valere in giudizio un diritto anche quando abbia ad oggetto "fatti negativi" giacchè in tal caso la prova può essere data dimostrando uno specifico fatto positivo contrario o mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo.*

## Corte di Appello di Catania, sezione prima, sentenza del 23.06.2017

...omissis...

In via preliminare va rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'appello ex art.342 c.p.c. avanzata dall'appellata sul presupposto che non sarebbero state indicate le parti del provvedimento appellate e le riscontrate violazioni di legge.

Riguardo alla interpretazione dell'art. 342 c.p.c. dopo le intervenute modifiche, la Suprema Corte ha statuito che "al fine dell'ammissibilità dell'atto di appello, gli artt. 342 e 434 c.p.c. , nel testo introdotto dal D.L. n. 83 del 2012 , non richiedono che le deduzioni della parte appellante assumano una determinata forma, ma impongono al ricorrente in appello di individuare in modo chiaro ed esauriente il "quantum appellatum" e di circoscrivere l'ambito del giudizio di gravame, con riferimento, non solo agli specifici capi della sentenza del Tribunale, ma anche ai passaggi

argomentativi che li sorreggono; le argomentazioni che vengono formulate devono esporre le ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice ed esplicitare in che senso tali ragioni siano idonee a determinare una differente decisione" (Cassazione civile, sez. lav., 05/02/2015, n. 2143).

La Corte aderendo a tale interpretazione della norma, ritiene l'eccezione infondata considerato che nella specie l'appellante ha censurato la sentenza di primo grado individuando specifici motivi di gravame, a prescindere dalla loro fondatezza.

Va per ragioni sistematiche esaminato il secondo motivo di appello, trattandosi di eccezione preliminare di merito, con il quale viene censurata la sentenza di primo grado per aver ritenuto infondata l'eccezione di prescrizione dell'azione per tutte le annotazioni contenute nel conto corrente n.(...) anteriori al 18.9.2000 essendo decorso il termine decennale di prescrizione alla data di notifica dell'atto di citazione del 18.9.2010, in carenza di atti interruttivi idonei.

L'eccezione, poiché tardivamente avanzata in primo grado, stante la costituzione tardiva della banca convenuta che si era costituita nel corso del giudizio di primo grado e, dunque, oltre i termini di cui all'art.163 bis c.p.c., andava dichiarata inammissibile.

Infatti, l'eccezione di prescrizione, essendo una eccezione in senso stretto, come tale non rilevabile d'ufficio, va proposta dal convenuto tempestivamente ovvero con la comparsa di costituzione da depositarsi almeno 20 giorni prima della udienza fissata in citazione, con la conseguenza che l'inosservanza di tale termine comporta quale sanzione la decadenza rilevabile anche d'ufficio.

Ne consegue che il giudice di prime cure non avrebbe dovuto statuire nel merito della eccezione che invece andava dichiarata inammissibile.

Pertanto va corretta la statuizione di primo grado nella parte in cui esamina l'eccezione di prescrizione rigettandola nel merito dovendosi piuttosto dichiarare l'eccezione inammissibile in quanto tardiva.

Anche il motivo con il quale l'appellante censura la sentenza impugnata per aver ritenuto illegittima l'applicazione degli interessi ultralegali va disatteso.

Invero l'appellante richiama l'art.117 TUB in materia di ammissibile pattuizione delle clausole di variazione unilaterale delle condizioni contrattuali richiamando la datata giurisprudenza, ormai del tutto superata, in materia di interessi convenzionali fissati nella misura dei c.d. usi su piazza.

Il motivo, oltre ad essere del tutto infondato, non si confronta con quanto statuito in sentenza, seppure con motivazione stringata, in relazione alla applicabilità degli interessi al tasso legale in assenza della produzione della lettera contratto da parte della banca che fornisca la prova della pattuizione contrattuale del tasso di interesse convenzionale.

Trattandosi di rapporto di conto corrente ordinario acceso prima nel 1982, dunque in epoca antecedente al 9 luglio 1992, data di entrata in vigore della L. n. 154 del 1992 così come del T.U.B., emanato con il D.Lgs. n. 385 del 1993 ,, il contratto di conto corrente bancario non è soggetto alla stipulazione per iscritto a pena di nullità, tuttavia è necessaria la pattuizione per iscritto della clausola che preveda un tasso di interesse debitore convenzionale superiore a quello legale, ai sensi dell'art.1284, 3 comma, c.c. che, com'è noto, prevede che "gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto, altrimenti sono dovuti nella misura legale".

Pertanto, non trovando applicazione la disciplina dell'art.117 co. 7 del D.Lgs. n. 385 del 1993 per il motivo sopra indicato, il maggiore tasso applicato dalla banca va ridotto alla misura di quello legale, come correttamente statuito dal giudice di prime cure.

Nè può ritenersi che in assenza di una clausola contrattuale con la quale sia stato pattuito un tasso di interessi convenzionale determinato, possa ritenersi sussistente l'esercizio dello "ius variandi" da parte della banca, poichè, per un verso, lo "ius variandi" è stato introdotto con la L. n. 154 del 1992 che non si applica al contratto in esame, che è anteriore e, per altro verso, poichè l'esercizio dello "ius variandi"

presuppone, comunque, una preesistente valida convenzione da variare che, nella specie, manca del tutto.

Con il primo motivo, che per esigenze di carattere espositivo-sistematico la Corte ritiene di trattare per ultimo, l'appellante censura la sentenza per aver disposto consulenza tecnica d'ufficio in assenza della produzione integrale degli estratti conto procedendosi in tal modo ad una ricostruzione parziale ed approssimativa sulle effettive somme da restituire e nonostante incomba al correntista attore l'onere di produrre gli estratti conto integrali ovvero per tutta la durata del rapporto.

Nell'ambito di tale motivo censura la sentenza essendosi basata per il ricalcolo delle somme indebite sulla C.T.U. che a sua volta si sarebbe basata, ai fini del ricalcolo, su un saldo iniziale pari a zero e su documentazione acquisita ai sensi dell'art.210 c.p.c. sebbene l'istanza andava rigettata potendo la parte acquisire la documentazione aliunde, anche utilizzando lo strumento previsto dall'art.119 TUB.

Le superiori censure vanno rigettate in quanto infondate.

Invero, a fronte della omessa produzione integrale degli estratti conto, il Tribunale ha dato mandato al nominato C.T.U. di ricalcolare il saldo a partire dal primo estratto conto che non presentasse soluzione di continuità e non dal saldo zero come erroneamente affermato dall'appellante.

In tal modo se è vero che non possa pervenirsi all'esatto saldo proprio per la mancanza degli estratti conto integrali tuttavia il risultato raggiunto non è di certo a danno della banca bensì del cliente giacchè semmai avrebbe avuto diritto ad un importo maggiore rispetto a quello accertato attraverso l'esame di un periodo più ridotto.

Tale modus procedendi sebbene sia frutto di un orientamento giurisprudenziale non univoco, ma comunque maggioritario fra i giudici di merito, è stato a di recente avallato anche dalla Suprema Corte con la sentenza n.9201 del 2015.

La Corte, dopo aver premesso che a norma dell'art. 2697 c.c. , l'onere probatorio grava su chi intende far valere in giudizio un diritto anche quando abbia ad oggetto "fatti negativi" giacchè in tal caso la prova può essere data dimostrando uno specifico fatto positivo contrario o mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo, ha ritenuto corretta la decisione dei giudici di appello che in carenza di prova in ordine al saldo zero, onere probatorio che gravava sul correntista che aveva agito in ripetizione, aveva provveduto all'inizio del calcolo degli interessi dal primo estratto conto prodotto dagli appellanti.

La Corte ha affermato come la statuizione "non appare in contrasto con la pacifica giurisprudenza di questa Corte secondo cui il saldo conto non costituisce nel giudizio di merito valido elemento di prova della esistenza del credito della banca stante la ritenuta non contestazione dello stesso. In particolare, la stessa non va in senso difforme da quanto ritenuto proprio in tema di interessi anatocistici da questa Corte laddove ha affermato che nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la banca deve dimostrare l'entità del proprio credito mediante la produzione, degli estratti conto a partire dall'apertura del conto e cioè dal saldo zero (Cass. 23974/10). Tale principio è stato affermato nella fattispecie inversa a quella in esame in cui era la banca ad avere agito tramite decreto ingiuntivo per ottenere il pagamento dello scoperto di conto mentre nel caso di specie si verte in tema di accertamento negativo proposto dai correntisti al quale quindi si applica un diverso onere probatorio.

Dunque nel caso di specie il principio applicabile è che chi esperisce una azione di accertamento negativo deve fornire la prova della fondatezza della propria domanda. In tal senso del tutto corretta è l'affermazione della Corte d'appello secondo cui era onere degli allora appellanti fornire l'estratto conto zero".

Riguardo poi al contestato ricorso allo strumento ex art.210 c.p.c. va precisato che lo stesso è stato preceduto dalla richiesta alla banca ex art.119 TUB degli estratti conto, già in data antecedente alla instaurazione del giudizio di primo grado e a causa

dell'esito negativo dell'istanza, essendo la banca rimasta inerte, da un ricorso ex art.700 c.p.c. volto alla acquisizione della suddetta documentazione.

La misura cautelare è stata accolta dal giudice adito, anche in considerazione che ad agire in giudizio non è direttamente il correntista ma un soggetto differente, ovvero il curatore del fallimento del correntista, tuttavia la documentazione trasmessa è stata parziale.

Anche tale censura è pertanto infondata.

In conclusione l'appello va rigettato e confermata la sentenza appellata sebbene con parziale modifica della motivazione.

Le spese del grado, in applicazione del principio di soccombenza, vanno poste a carico dell'appellante nella misura liquidata in dispositivo applicando il D.M. n. 55 del 2014 tenuto conto del valore della controversia (Euro.85.567,30) ed esclusa la fase istruttoria.

pqm

La Corte di Appello di Catania, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al n. 1248/2015 R.G., rigetta l'appello proposto con atto di citazione notificato il 16.10.2015 dalla B.M. s.p.a. nei confronti della Curatela del fallimento S.A.R. avverso la sentenza n. 2688/2015, depositata il 23.6.2015, dal Tribunale di Catania che conferma sebbene con modifica parziale della motivazione; condanna l'appellante alla refusione in favore dell'appellata delle spese processuali del grado che liquida in Euro.9.515,00 quali compensi oltre IVA, CPA e spese generali. Così deciso in Catania, nella camera di consiglio della prima sezione civile del 31 maggio 2017.

Depositata in Cancelleria il 23 giugno 2017.