

**Civile Ord. Sez. 6 Num. 33009 Anno 2019**

**Presidente: SCALDAFERRI ANDREA**

**Relatore: FALABELLA MASSIMO**

**Data pubblicazione: 13/12/2019**

### **ORDINANZA**

sul ricorso 8543-2018 proposto da:

SOCIETA' D. A. di D'ANGELO ANTONIO SAS - successivamente  
divenuta SOCIETA' D'ANGELO ANTONIO SRL, in persona del  
legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA,  
VIA DEI GRACCHI 128, presso lo studio dell'avvocato VALERIA  
BISCARDI, rappresentata e difesa dall'avvocato ILENIA D'ALESSIO;

C.O. + C.I.

*- ricorrenti -*

*contro*

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA, in persona del legale  
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA  
GIUNIO BAZZONI 3, presso lo studio dell'avvocato CLAUDIO

PALLADINO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato  
TIZIANA PALLADINO;

*- controricorrente -*

avverso la sentenza n. 18/2018 della CORTE D'APPELLO di  
CAMPOBASSO, depositata il 24/01/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non  
partecipata del 02/10/2019 dal Consigliere Relatore Dott. MASSIMO  
FALABELLA.

### **FATTI DI CAUSA**

1. — D.A. di D'Angelo Antonio s.a.s., ora D'Angelo Antonio  
s.r.l., agiva in giudizio nei confronti della Banca Monte dei Paschi di  
Siena s.p.a. per la ripetizione dell'indebito afferente i versamenti da essa  
operati nel corso di un rapporto di conto corrente intrattenuto col  
predetto istituto di credito.

Il Tribunale di Campobasso accertava l'illegittima capitalizzazione  
trimestrale degli interessi debitori e della commissione di massimo  
scoperto e, ritenuta legittima l'applicazione dell'interesse convenzionale  
applicato nel corso del rapporto, condannava la banca al pagamento del  
saldo a credito del correntista, che era pari a € 73.984,64

2. — Veniva interposto gravame che la Corte di appello di  
Campobasso rigettava. Per quanto qui rileva, il giudice distrettuale  
osservava che la società appellante, che ne era onerata, non aveva dato  
dimostrazione della mancata pattuizione per iscritto del tasso di  
interesse passivo ultralegale, onde legittimamente il Tribunale aveva  
ritenuto applicabile al rapporto il tasso concretamente praticato, per  
come riscontrato dal consulente tecnico d'ufficio, e non il tasso di  
interesse legale. Osservava, inoltre, che la società correntista non aveva  
coltivato l'istanza di esibizione documentale, che quindi doveva ritenersi



rinunciata; aggiungeva che, in ogni caso, il detto mezzo istruttorio non poteva supplire al mancato assolvimento, da parte della appellante, all'onere della prova su di essa incombente.

3. — Contro la detta pronuncia, resa in data 24 gennaio 2018, ricorre per cassazione la società D'Angelo Antonio che fa valere un unico motivo di impugnazione; resiste con controricorso la Banca Monte dei Paschi di Siena. Sono state depositate memorie.

Il Collegio ha autorizzato la redazione della presente ordinanza in forma semplificata.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. — La ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1176, 1284, 2230, 2220, 2697 c.c., nonché degli artt. 5, 119, comma 4, 117, commi 1 e 3, t.u.b.. Lamenta come i giudici di merito avessero attribuito rilievo alla mancata produzione, da parte di essa istante, del contratto di apertura di conto corrente, applicando, in conseguenza, il tasso di interesse convenzionale in luogo di quello legale. Rileva che, in data 21 gennaio 2011, aveva formulato richiesta, alla banca, di consegna del documento contrattuale in questione, giusta l'art. 119 t.u.b.: documento che la controricorrente odierna non aveva provveduto a rilasciarle. Ad avviso della società istante, la Corte molisana avrebbe dovuto attribuire rilievo al principio della vicinanza della prova: segnatamente, a quella documentale del contratto di conto corrente. Né la stessa Corte avrebbe potuto ritenere che l'obbligo di consegna, da parte della banca, della scrittura contrattuale fosse preclusa dall'obbligo di conservare la documentazione contabile per la durata di soli dieci anni ex art. 2220 c.c., giacché il contratto di conto corrente non rientrava in tale documentazione. Osserva che l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava sempre su colui che si afferma titolare del diritto stesso e intende farlo valere, ancorché sia convenuto in giudizio per



l'accertamento negativo della pretesa. Da ultimo, la ricorrente rileva di aver reiterato nel corso del processo di primo grado la domanda di esibizione e che il giudice di prima istanza aveva ritenuto di sottoporre al consulente tecnico anche il quesito del calcolo delle spettanze applicando il tasso legale.

2. — Il motivo è nel complesso infondato.

Nella presente causa, fin dal primo grado del giudizio, la società attrice ha fatto valere la nullità della clausola con cui la misura dell'interesse debitore era stato convenuto attraverso il rinvio agli «usi piazza» (cfr. ricorso, pag. 2, ove sono trascritte le conclusioni della citazione avanti al Tribunale).

Ora, in tema di ripetizione di indebito opera il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore il quale, quindi, è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (Cass. 27 novembre 2018, n. 30713; con specifico riguardo alla ripetizione in materia di conto corrente bancario: Cass. 23 ottobre 2017, n. 24948). Il principio trova applicazione anche ove si faccia questione dell'obbligazione restitutoria dipendente dalla (asserita) nullità di singole clausole contrattuali: infatti, chi allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell'*accipiens* l'azione di indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta (Cass. 14 maggio 2012, n. 7501).

Ciò implica che, assunta l'esistenza del contratto scritto di conto corrente, l'attore in ripetizione che allegghi, come nel caso in esame, la mancata valida pattuizione, in esso, dell'interesse debitore, sia onerato di dar prova dell'assenza della *causa debendi* attraverso la produzione in giudizio del documento contrattuale: è attraverso tale scritto, infatti, che il correntista dimostra la mancanza, nel contratto, della pattuizione degli



interessi o la nullità di essa (nullità che, nel periodo anteriore all'entrata in vigore della l. n. 154/1992, può dipendere dalla non sicura determinabilità della prestazione di interessi alla stregua della genericità dell'elemento estrinseco cui fa rinvio l'accordo negoziale).

Erra dunque, la società attrice, allorquando riversa l'onere della prova relativa alla documentazione del contratto sulla banca.

Né appare concludente il rilievo, svolto dalla ricorrente, circa il fatto che essa, prima dell'introduzione del giudizio, avesse richiesto alla banca la consegna del documento contrattuale in questione, giusta l'art. 119, comma 4, t.u.b.. Infatti, a prescindere da ogni ulteriore considerazione quanto alla contestata esistenza dell'obbligo, da parte della banca, di ottemperare alla richiesta di ostensione di un documento che risaliva a più di dieci anni prima (il contratto era anteriore all'anno 1993, come rilevato dalla stessa società istante: cfr. pag. 13 del ricorso), ciò che rileva, nella presente sede, è che la ricorrente non abbia offerto, nel corso del procedimento, la prova di cui era onerata. Ed è da rimarcare, in proposito, come la società D'Angelo Antonio non abbia efficacemente censurato l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, per cui l'istanza di esibizione ex art. 210 c.p.c., svolta dall'odierna ricorrente nella memoria dell'8 febbraio 2012, non risultava essere stata coltivata nel corso del giudizio: infatti, col ricorso per cassazione non è stato specificamente dedotto che la ricorrente abbia lamentato, con l'appello, il mancato accoglimento dell'istanza ex art. 210 c.p.c. e quindi domandato al giudice del gravame di pronunciarsi sulla richiesta esibizione della scrittura privata contrattuale.

Non appare infine condivisibile la deduzione svolta ~~in ricorso~~ in ricorso quanto alla mancata applicazione, da parte della Corte di merito, del criterio della c.d. vicinanza della prova. E', infatti, senz'altro vero che la ripartizione dell'onere della prova deve tenere conto, oltre che della

distinzione tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio, riconducibile all'art. 24 Cost. ed al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'agire in giudizio, della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova (Cass. Sez. U. 30 ottobre 2001, n. 13533, in motivazione; più di recente, in massima: Cass. 17 aprile 2012, n. 6008; Cass. 14 gennaio 2016, n. 486). Tale criterio, per il limite concettuale che è ad esso immanente, non può essere però invocato ove ciascuna delle parti acquisisca la disponibilità della prova (documentale) su cui si dibatta (il che accade, almeno di regola, nel caso di stipula di contratti bancari: per essi è stato del resto espressamente previsto, prima dall'art. 3, comma 1, l. n. 154/1992 e poi dall'art. 117, comma 1, t.u.b., che un esemplare del documento sia consegnato al cliente); né il principio in questione può semplicisticamente esaurirsi nella valorizzazione della diversità di forza economica dei contendenti (cfr., proprio con riferimento all'acquisizione del contratto di conto corrente bancario, Cass. 12 settembre 2016, n. 17923, non massimata). Ed è utile rilevare, da ultimo, come la mancata conservazione dello scritto trovi rimedio nell'art. 2724, n. 3, c.c., che ammette la prova testimoniale ove lo stipulante abbia senza colpa perduto il documento che gli forniva la prova.

3. — Il ricorso è dunque respinto.

4. — Le spese di giudizio seguono la soccombenza.

#### **P.Q.M.**

La Corte

rigetta il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in € 4.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in € 100,00, ed agli accessori di legge;

ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 6<sup>a</sup> Sezione