

Civile Ord. Sez. 1 Num. 18152 Anno 2020
Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO
Relatore: NAZZICONE LOREDANA
Data pubblicazione: 31/08/2020

sul ricorso 23813/2015 proposto da:

C. U. e. l.

Italfondiaro S.p.a., nella qualità di mandataria di Banco di Napoli s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Roma, Via L. Bissolati n. 76, presso lo studio dell'avvocato Spinelli Giordano Tommaso, che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

Botta Francesco, in qualità di legale rappresentante della Plastisud Fuscaldo di Botta Francesco & C. S.a.s., De Seta Olga, Immobil Sud S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, elettivamente domiciliati in Roma, via Ridolfino Venuti n.42, presso lo studio dell'avvocato Di Sarno Alessandra, rappresentati e difesi dall'avvocato Tanza Antonio, giuste procure speciali per Notaio dott.

ORD.
2368
2020

Antonio Montesano di Paola (CS) – Rep.n. 32563 del 30.10.2015 e
Rep.n. 32571 del 2.11.2015;

contro | - controricorrenti -
|

Fallimento Botta Francesco, Fallimento Plastisud di Botta Francesco
S.a.s.;

- intimati -

avverso la sentenza non definitiva n. 978/2011 e la sentenza
definitiva n. 573/2015 della CORTE D'APPELLO di CATANZARO,
depositate rispettivamente il 5/10/2011 e il 30/04/2015;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
23/07/2020 dal cons. NAZZICONE LOREDANA.

FATTI DI CAUSA

1. – Con atto di citazione notificato il 10 maggio 1987, Francesco Botta e la Plastisud di Botta Francesco s.a.s. convennero in giudizio la Banca Commerciale italiana s.p.a., chiedendo l'accertamento della insussistenza di qualsiasi debito verso la medesima e la condanna a pagare la somma di L. 183.000.000, in relazione a quattro conti correnti bancari.

Nel frattempo, vennero introdotti dalla banca tre distinti procedimenti monitori, nei confronti dei predetti e di altri soggetti, che furono opposti dai medesimi.

Con sentenza del 20 marzo 2006, il Tribunale di Cosenza respinse la domanda oggetto del giudizio intrapreso dai clienti, ed, altresì, le opposizioni a decreto ingiuntivo.

2. – Con sentenza non definitiva del 5 ottobre 2011, la Corte d'appello di Catanzaro, in riforma della prima decisione, ha dichiarato improcedibili le domande proposte da Italfondario s.p.a. (mandataria

di Banco di Napoli s.p.a., conferitaria di ramo di azienda da Intesa Sanpaolo s.p.a.) contro la Plastisud di Botta Francesco s.a.s. e Francesco Botta, in ragione del sopravvenuto fallimento dei medesimi; ha respinto, quindi, l'eccezione di prescrizione, avanzata dalla banca con riguardo alla domanda di pagamento proposta dalla curatela, ed ha dichiarato la nullità dei contratti *de quibus* con riguardo alla clausola di corresponsione degli interessi anatocistici trimestrali; con separata ordinanza, ha rimesso la causa in istruttoria per la determinazione del dovuto.

Espletata la c.t.u., con la sentenza definitiva del 30 aprile 2015, in riforma della decisione di primo grado, ha revocato i decreti ingiuntivi n. 149/88 e n. 150/88, condannando Italfondario s.p.a. al pagamento, in favore della curatela, della somma di € 251.832,12, oltre interessi legali.

3. – Avverso questa decisione ha proposto ricorso per cassazione Italfondario s.p.a., sulla base di tre motivi.

Resistono con unico controricorso Francesco Botta, Olga De Seta e la Immobil Sud s.r.l., quale assuntore concordatario con acquisizione dell'attivo e subentro nei giudizi, essendo stato il fallimento chiuso il 22 maggio 2015.

Le parti hanno depositato le memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – I motivi del ricorso possono essere come di seguito riassunti:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 345 c.p.c., in vigore al tempo del giudizio, in quanto l'originario atto di citazione era affetto da indeterminatezza e genericità, chiedendosi in esso solo di accertare gli "*effettivi rapporti riconoscibili come validi ed efficaci*" e la nullità di "*qualsiasi pretesa creditoria illegittima ed illecita della Banca...*", mentre solo in appello furono proposte le domande nuove

di accertamento dell'illegittimità della capitalizzazione trimestrale e dell'interesse ultralegale applicato; anche le opposizioni a decreto ingiuntivo (giudizi dichiarati, poi, improcedibili) non avevano affatto tale contenuto, essendosi controparte limitata a lamentare l'esecuzione di annotazioni bancarie non dovute; né, in mancanza di idonee deduzioni, la corte d'appello avrebbe potuto provvedere d'ufficio alla declaratoria di nullità;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 c.c., 115 e 116 c.p.c., per avere la corte territoriale disposto una consulenza tecnica meramente esplorativa, dal momento che nessun documento (salvo due perizie redatte in diversi giudizi) era stato prodotto dagli attori né in primo grado, né con l'atto di appello, e per avere la corte del merito ritenuto la banca onerata della produzione dei documenti comprovanti la misura degli interessi passivi applicati;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 2711 c.c., 115, 194 e 198 c.p.c., per avere la corte territoriale disposto, con ordinanza istruttoria e rispondendo ad una richiesta da lui stesso avanzata, che il consulente tecnico d'ufficio acquisisse direttamente tutta la documentazione necessaria, onde egli l'aveva raccolta presso le controparti, nonostante la pronta eccezione della banca; inoltre, la corte territoriale ha richiamato impropriamente i poteri d'ufficio, previsti dall'art. 2711, comma 2, c.c., esercitati in violazione del principio dispositivo della prova; la corte del merito ha, poi, ritenuto di potersi accontentare di una perizia redatta senza la cd. sezione scalare per ben due anni del rapporto, impedendo l'esatta ricostruzione dell'origine dei saldi, tempo per tempo generati.

2. – Il primo motivo è infondato.

Nonostante una certa genericità dell'atto di citazione, peraltro non eccepita e non rilevata in primo grado, gli attori avevano chiesto la

dichiarazione di nullità di clausole negoziali e l'accertamento della somma realmente dovuta, depurata degli addebiti abusivamente disposti sul conto.

Tale enunciazione fu condivisibilmente ritenuta idonea ad integrare la domanda di accertamento dell'esatto conteggio del dare-avere, con riguardo ai conti correnti conclusi fra le parti, previa detrazione di quanto dovuto per poste indebitamente annotate, che i giudici del merito hanno correttamente riferito agli interessi (ultralegali ed anatocistici), tenuto anche conto che sia la giurisprudenza interna (Cass. 18 novembre 2013, n. 25841; 13 ottobre 2005, n. 19882, fra le altre), sia la giurisprudenza eurounitaria (da ultimo, Corte di giust. 3 marzo 2020, C-125/2018) affermano il potere di rilievo officioso.

3. - Il secondo ed il terzo motivo, che possono essere trattati congiuntamente per la stretta connessione, sono fondati, nei limiti di seguito esposti.

3.1. - Non coglie nel segno il secondo motivo, laddove esso si duole dell'aver la corte del merito ritenuto la banca onerata della produzione dei documenti comprovanti la misura degli interessi passivi applicati: invero, atteso l'atteggiarsi dei rapporti tra le parti e la regola dell'art. 1284 c.c., che sancisce l'applicazione degli interessi legali, in mancanza del diverso patto scritto, la relativa prova grava sul soggetto che abbia interesse a far valere la pattuizione derogatoria.

3.2. - Per il resto, è incontestato che gli attori, allorché proposero la domanda di accertamento negativo del proprio debito verso la banca e di pagamento del residuo attivo in loro favore, non depositarono nessun documento bancario.

Risulta, invece, che fu il c.t.u. – impossibilitato a redigere la propria relazione in assenza di documenti – a richiedere al giudice di appello di essere autorizzato a reperire i documenti direttamente presso le parti e che la corte territoriale lo autorizzò, reputando di applicare l'art. 2711, comma 2, c.c., disposizione appena richiamata, con un mero accenno, nell'ordinanza istruttoria che ha ordinato l'esibizione: *"tale potere è consentito dall'art. 2711 cc. 2° comma, atteso che trattasi di documentazione di carattere squisitamente tecnico necessaria per la decisione"* (ordinanza del 17 luglio 2012).

3.3. – Tuttavia, tale norma permette l'acquisizione officiosa di documenti ad opera del giudice solo allorché la parte non sia nella condizione di procurarli.

Niente del genere è accaduto nella vicenda in esame, dove, come emerge dagli atti processuali, fu proprio la cliente a consegnare, infine, i documenti al consulente tecnico d'ufficio.

In tal modo, è stato violato il principio dispositivo che informa il regime delle prove nel processo civile, il quale ammette solo le deroghe ad esso positivamente stabilite.

L'art. 2711 c.c. prevede, infatti, che, al di fuori di peculiari controversie (scioglimento della società, comunione dei beni e successione per causa di morte), nelle quali può essere ordinata la "comunicazione integrale" (dei libri, delle scritture contabili e della corrispondenza della parte), il giudice può ordinare, anche d'ufficio, che si esibiscano i libri per estrarne le registrazioni concernenti la controversia in corso e può anche ordinare l'esibizione di singole scritture contabili, lettere, telegrammi o fatture concernenti la controversia.

Pertanto, la norma attribuisce un potere officioso al giudice, derogatorio dell'ordinario regime dispositivo proprio del processo



civile (art. 115, comma 1, c.p.c.), al ricorrere della condizione della natura imprenditoriale del soggetto onerato, parte in causa.

Questa Corte ha già chiarito che l'ordine di esibizione dei libri contabili è rimesso al potere discrezionale del giudice di merito e richiede, quale requisito di ammissibilità, che la prova del fatto che si intende dimostrare non sia acquisibile *aliunde*, non potendo avere finalità meramente esplorative o sostitutive dell'onere probatorio posto a carico della parte (Cass. 12 giugno 2012, n. 9522).

Ed invero, il principio va precisato nel senso che l'art. 2711, comma 2, c.c., dovendo coordinarsi con le regole ordinarie dell'onere di allegazione e di prova a carico della parte che intenda far valere un diritto, nonché con il principio dispositivo, per il quale la ricerca del materiale probatorio necessario per la decisione è riservata alle parti tra le quali si distribuisce in base all'onere della prova, è norma da intendere in senso restrittivo, onde esso presuppone che la parte non abbia la disponibilità o la possibilità di procurarsi, essa stessa, i documenti contabili, mediante il ricorso ad altro mezzo di prova, ivi compresa l'istanza di esibizione su iniziativa di parte, di cui all'art. 210 c.p.c.

Pertanto, la discrezionalità del potere officioso del giudice di ordinare, ai sensi dell'art. 2711 c.c., l'esibizione di «*singole scritture contabili, lettere, telegrammi o fatture concernenti la controversia*», presuppone pur sempre che in tal modo il giudice non miri a sopperire all'inerzia delle parti nel dedurre i mezzi istruttori.

Dunque, è vero che lo strumento in discorso si configura come mezzo integrativo di acquisizione documentale, ma esso opera pur sempre nel contesto del principio di disponibilità della prova ed ha funzione completiva della facoltà processuale della parte di produrre i

documenti che ritiene a sé favorevoli, ma di cui non abbia e non possa con l'ordinaria diligenza procurarsi il possesso.

L'intervento officioso nella formazione del materiale istruttorio, infatti, è di regola legittimo, solo ove non esercitato in soccorso della parte inerte nell'acquisire di propria iniziativa i documenti necessari alla sua difesa.

Per tali ragioni, è stato anche deciso che *«l'ordine di esibire documentazione può essere impartito ad uno dei contendenti con esclusivo riguardo ad atti «necessari al processo», ovvero «concernenti la controversia» (art. 210 c.p.c., e, per i libri d'impresa, art. 2711 c.c.), e, quindi solo per atti specificamente individuati od individuabili, dei quali sia noto od almeno assertivamente indicato un preciso contenuto, influente per la decisione della causa; pertanto, al fine della prova dell'eccepito soddisfacimento del credito cartolare di una banca, si deve negare che la suddetta esibizione possa essere sollecitata e disposta con generico riferimento alla contabilità della banca medesima, senza specificazione di quale partita o registrazione conterrebbe quella dimostrazione»* (Cass. 13 giugno 1991, n. 6707).

Più in generale, l'esercizio dei poteri istruttori officiosi è tale ~~che~~ – perfino in particolari processi caratterizzati da più marcati poteri di istruzione officiosa – da non potere mai sopperire alle carenze probatorie delle parti: così avviene in sede di determinazione dell'assegno di mantenimento nello scioglimento degli effetti civili del matrimonio (Cass. 20 febbraio 2017, n. 4292), dove l'esercizio del potere del giudice di disporre indagini patrimoniali avvalendosi della polizia tributaria non può sopperire alla carenza probatoria della parte onerata e non può essere attivato a fini meramente esplorativi; o nel processo del lavoro (Cass. 16 maggio 2016, n. 10016; Cass. 22 luglio 2009, n. 17102; Cass. 20 luglio 2011, n. 15899; Cass. 24

marzo 2004, n. 5908), in cui l'esercizio del potere istruttorio d'ufficio previsto dall'art. 421 c.p.c. e dall'art. 437, comma 2, c.p.c., giustifica l'ammissione d'ufficio di prove, a condizione che queste siano indispensabili per la dimostrazione o la negazione di fatti costitutivi dei diritti in contestazione, qualora tali fatti siano stati puntualmente allegati o contestati e sussistano altri mezzi istruttori, ritualmente dedotti e già acquisiti, meritevoli di approfondimento.

3.4. – Quanto alla consulenza tecnica d'ufficio, giova ricordare che essa possa bensì avere ad oggetto non solo l'incarico di valutare i fatti accertati (cosiddetto consulente deducente), ma anche di accertare i fatti stessi (cosiddetto consulente percipiente), tuttavia potendo ciò avvenire solo quando dati elementi oggettivi siano rilevabili esclusivamente con il concorso di cognizioni tecniche (Cass. 19 gennaio 2006, n. 1020; sino alle più recenti, quali Cass. 12 aprile 2019, n. 10373 e Cass. 15 dicembre 2017, n. 30218), non potendo in nessun caso la consulenza d'ufficio avere funzione sostitutiva dell'onere probatorio delle parti; e che, pur quando essa sia percipiente, l'ausiliario non può avvalersi, per la formazione del suo parere, di documenti non prodotti dalle parti nei tempi e modi permessi dalla scansione processuale, pena l'inutilizzabilità, per il giudice, delle conclusioni del consulente fondate sugli stessi (Cass. 26 settembre 2016, n. 18770; Cass. 10 settembre 2013, n. 20695).

3.5. – Giova precisare che, nel processo di appello del giudizio in questione, attesa la notifica dell'atto di citazione introduttivo del giudizio ordinario, da parte del cliente, il 10 maggio 1987 e delle citazioni in opposizione a decreto ingiuntivo nel corso del 1988, trovava applicazione – in quanto il processo è iniziato in primo grado in epoca anteriore al 30 aprile 1995 – l'art. 345 c.p.c. nella

formulazione precedente alle modifiche ad esso apportate dalle l. n. 353 del 1990 e n. 69 del 2009.

In tale formulazione, la norma prevedeva, al secondo comma: *«Le parti possono proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano per le spese del giudizio d'appello le disposizioni dell'articolo 92, salvo che si tratti del deferimento del giuramento decisorio».*

Dunque, le parti potevano proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, richiamando la norma la possibile influenza della tardiva produzione sul regolamento delle spese, disponendo essa che, se la deduzione poteva essere proposta in primo grado, si applicassero, per le spese del giudizio di appello, le disposizioni dell'art. 92 c.p.c. (cfr., al riguardo, Cass. 7 gennaio 2016, n. 120; Cass. 25 agosto 2006, n. 18488; Cass. 7 gennaio 2016, n. 120, fra le altre). Ma non è quanto, nella specie, avvenuto, non essendosi trattato di spontanea produzione documentale.

4. - In accoglimento del secondo e del terzo motivo, la sentenza impugnata va quindi cassata, con rinvio della causa al giudice di appello, in diversa composizione, affinché esamini il materiale probatorio in atti, valutando se fosse ammissibile la produzione in giudizio dei documenti nuovi nel corso del giudizio di appello, e provveda alla nuova decisione, sulla base della riconsiderazione dell'intero materiale probatorio legittimamente acquisito.

Alla corte del merito si demanda altresì la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.


P.Q.M.



La Corte accoglie il secondo ed il terzo motivo del ricorso, disatteso il primo; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa innanzi alla Corte di appello di Catanzaro, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 23 luglio 2020.

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Fabrizia BARONE



... CANCELLERIA



Il Presidente

(Francesco Antonio Genovese)

