

Corso P.24063 “Contratti bancari e finanziari”

Scuola Superiore della Magistratura
Banca d'Italia
Roma 11-12 novembre 2024

- Carlo De Chiara -

Altre questioni di attualità nella giurisprudenza della Suprema Corte

SOMMARIO: Premessa. – 1. Mutuo solutorio. – 2. Anatocismo e delibera CICR 9 febbraio 2000. – 3. Usura sopravvenuta. – 4. Conto corrente. – 4.1. Mancanza o incompletezza degli estratti conto, onere della prova e “saldo zero”. – 4.2. Ripetizione di indebitato e conto “aperto”. – 4.3. Imputazione delle rimesse (solutorie e ripristinatorie) e art. 1194 cc. – 4.4. Individuazione delle rimesse solutorie: “saldo banca” e saldo rettificato. – 5. CTU contabile: acquisizione documentale del consulente e consenso delle parti.

Premessa

Nella più recente giurisprudenza di legittimità in materia di contratti bancari è dato rinvenire, da un lato, la formale riapertura, per effetto di ordinanze interlocutorie di rimessione alle Sezioni unite o alla pubblica udienza, di questioni la cui soluzione sembrava ormai acquisita, e dall'altro il maturare di orientamenti che contribuiscono a fare chiarezza su questioni aperte.

Esempi del primo tipo sono le questioni del c.d. mutuo solutorio (rimessa alle Sezioni unite con ordinanza del 10 luglio 2024) e delle modalità di adeguamento delle clausole anatocistiche ai sensi della nota delibera CICR 9 febbraio 2000 (oggetto di rinvio alla pubblica udienza con ordinanze del 2 aprile e 14 maggio 2024). Su altre questioni, poste soprattutto nell'ambito del rapporto di conto corrente, si va registrando un progressivo assestamento della giurisprudenza, non sempre, ovviamente, con esiti definitivi.

Le pagine che seguono sono dedicate a un inventario ragionato di tali questioni, senza alcuna pretesa di completezza, ma cercando di mettere a disposizione i riferimenti giurisprudenziali utili per ulteriori approfondimenti da parte del lettore.

1. Mutuo solutorio

Si suole definire “mutuo solutorio”, nella prassi, il mutuo che viene concesso dal creditore, generalmente una banca, al proprio debitore – che generalmente rilascia una garanzia, di solito ipotecaria – per estinguere, con la relativa provvista, il precedente debito.

Problemi di nullità – questo è ormai pacifico – non se ne pongono, perché nessuna norma imperativa vieta un’operazione del genere, né sono ipotizzabili criticità quanto alla causa o alla meritevolezza ai sensi dell’art. 1322, secondo comma, cc, considerato anche che il mutuo è contratto tipico e nominato. Nella giurisprudenza di legittimità, quindi, non si dubita della legittimità di una siffatta operazione, ferma restando, ovviamente, la eventuale revocabilità, ai sensi de gli artt. 2901 cc o degli artt. 66 o 67 della legge fallimentare del 1942 (oggi sostituiti dagli artt. 165 e 166 del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza approvato con d.lgs.12 gennaio 2019, n. 14), della garanzia concessa dal debitore ove si realizzi indirettamente, in concreto, il risultato dell’attribuzione di essa in favore del creditore mutuante e in frode agli altri creditori.

Peraltro, in epoca non recentissima, due isolati precedenti della Corte di cassazione – l’ordinanza 5 agosto 2019, n. 20896 e la sentenza 25 gennaio 2021, n. 1517, entrambe della Prima Sezione civile – hanno riproposto la questione del mutuo solutorio sotto una diversa angolazione, quella cioè della qualificazione giuridica della fattispecie. Hanno infatti affermato che non sarebbe configurabile un contratto di mutuo, mancando un effettivo trasferimento di danaro dal mutuante al mutuatario, dato che la somma mutuata e destinata al ripianamento del precedente debito rimane sempre nella disponibilità della banca mutuante, sicché la vicenda nel suo complesso andrebbe qualificata come *pactum de non petendo*

ad tempus, ossia, in definitiva, quale mera concessione di una dilazione del pagamento del debito originario, solitamente a fronte della concessione di una garanzia in favore del creditore.

Tale tesi, rimasta in verità senza ulteriore seguito nella giurisprudenza di legittimità e nettamente smentita dalla successiva sentenza della Terza Sezione 25 luglio 2022, n. 23149, è poi ritornata di attualità grazie alla recente ordinanza interlocutoria 10 luglio 2024, n. 18903 della Seconda Sezione, che ha chiesto investirsi le Sezioni unite della questione di qualificazione del mutuo solutorio, a suo giudizio oggetto di un contrasto nella giurisprudenza della Corte originato dai due isolati precedenti di cui si è detto, o comunque integrante questione di massima di particolare importanza.

In proposito, a mio parere, centrale è anzitutto la volontà delle parti, come osservato anche dalla richiamata sentenza della Terza Sezione. A tale riguardo, mi sembra si possa dire che le parti non hanno voluto una semplice dilazione, bensì hanno voluto estinguere il precedente debito e crearne uno nuovo: questo è il contenuto dell'accordo, l'effetto giuridico voluto negozialmente dalle parti. Ben avrebbero potuto, le parti, pattuire una semplice dilazione, con la eventuale contropartita del rilascio di una garanzia, ma non lo hanno fatto; e questa volontà delle parti va rispettata, non essendo contraria alla legge.

Da ciò deriva, direi allora, la risposta anche al quesito circa la disponibilità della somma in capo al mutuatario, non dubitandosi, peraltro, neppure dalle due ordinanze in rassegna della Prima Sezione, che la *traditio* della somma mutuata consiste non già necessariamente nella materiale consegna del contante, bensì normalmente nella messa a disposizione del mutuatario affinché ne disponga, appunto, nel proprio interesse. La disponibilità da parte del mutuatario mi pare che sussista senza dubbio, dato che è proprio in forza del consenso del mutuatario che il mutuante destina la somma mutuata a ripianamento della precedente esposizione. Il mutuante, cioè, all'atto della stipula dell'accordo, riceve dal mutuatario mandato a destinare la provvista del mutuo appunto ad estinzione della pregressa passività. Con tale mandato il mutuatario dispone appunto della somma

mutuata, che senza il concorso della sua volontà non potrebbe ricevere quella destinazione. Non si tratta perciò di una mera operazione contabile, come viceversa sostenuto nelle due citate ordinanze del 2019 e del 2021: i movimenti contabili sono la risultante di precisi accordi negoziali delle parti, che producono trasferimenti effettivi di diritti patrimoniali, e specificamente della disponibilità di una somma di denaro in funzione del risultato giuridico voluto dalle parti, che – si ripete – è l'estinzione di un precedente debito e la costituzione di un nuovo debito, solitamente con diversa scadenza e assistito da garanzia.

Se così è, del tutto fuori luogo sembra rivelarsi l'argomento, utilizzato dalle ordinanze predette, secondo cui il mutuo solutorio non produrrebbe alcuna novazione del precedente vincolo obbligatorio in quanto, ai sensi dell'art. 1231 cc, non costituiscono novazione le modificazioni accessorie dell'obbligazione. Qui, invero, la novazione non viene neppure in considerazione, perché l'estinzione della precedente obbligazione avviene, sulla base della volontà delle parti, mediante il pagamento, mentre la novazione, com'è noto, è un mezzo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento.

A questo punto può forse provarsi a dare risposta anche agli interrogativi che si sono posti, su questione affine, a seguito di un'altra sentenza della Terza Sezione, la sentenza 3 maggio 2024, n. 12007 – menzionata nell'ordinanza interlocutoria 18903/2024, cit. – che ha disconosciuto la qualifica di titolo esecutivo (art. 474 cpc) al contratto di mutuo con cui la banca eroghi la somma in favore del mutuatario, ma convenendo che essa sia immediatamente depositata in un conto di deposito presso la stessa banca mutuante vincolato all'ordine di quest'ultima, con l'intesa che sarà svincolata a favore del mutuatario al verificarsi di determinate condizioni (generalmente il consolidamento dell'ipoteca rilasciata a garanzia). La ragione per cui è stata esclusa la qualifica di titolo esecutivo per il mutuo consiste non già nel mancato perfezionamento del mutuo stesso, dato che viene ammessa la effettiva erogazione; si aggiunge, però, che la successiva restituzione alla banca mediante l'accensione del deposito – che è deposito irregolare – comporta il ritorno della somma nella disponibilità della banca stessa,

mentre l'assunzione della definitiva disponibilità in capo al mutuatario si verifica soltanto a seguito dello svincolo operato dalla banca; con la conseguenza che anche il negozio di svincolo, in quanto va a perfezionare la *datio* della somma mutuata, deve risultare da atto pubblico ai sensi dell'art. 474 cpc.

Se è esatto quanto sopra osservato, e cioè che decisivo ai fini della verifica della effettiva disponibilità della somma mutuata, da parte del mutuante, è che la destinazione della somma stessa sia disposta dalla sua volontà, sembra difficile negare che il mutuatario abbia appunto disposto della somma mutuata – pacificamente versatagli dalla banca mutuante – con il vincolarla a garanzia del consolidamento dell'ipoteca che assiste il mutuo: di quella somma, perciò, ha disposto già prima dello svincolo da parte della banca, che dunque è estraneo, in quanto successivo, al perfezionarsi della dazione avvenuta invece con la originaria consegna (messa a disposizione) della somma.

2. Anatocismo e delibera CICR 9 febbraio 2000

In tema di anatocismo bancario, due ordinanze interlocutorie della Prima Sezione – le ordinanze 2 aprile 2024, n. 8639 e 14 maggio 2024, n. 13167 – hanno rimesso alla pubblica udienza la questione delle modalità di adeguamento dei contratti di conto corrente stipulati in epoca anteriore alla entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000 alle previsioni in tema di anatocismo contenute nella medesima delibera, in particolare quanto alla possibilità, prevista dall'art. 7, comma 2, di provvedere all'adeguamento del contratto a quanto stabilito dalla delibera stessa mediante atto unilaterale della banca, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale e comunicato ai singoli clienti, nell'ipotesi di nuove condizioni contrattuali non peggiorative, per il cliente, di quelle precedenti.

È noto che, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che andava consolidandosi a partire dalla sentenza 19 maggio 2020, n. 9140, «in ragione della pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 25, comma 3, d.lgs. n. 342 del 1999, le clausole anatocistiche inserite in contratti di conto corrente conclusi prima dell'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000 sono radicalmente nulle,

con conseguente impraticabilità del giudizio di comparazione previsto dal comma 2 dell'art. 7 della delibera del CICR teso a verificare se le nuove pattuizioni abbiano o meno comportato un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, sicché in tali contratti perché sia introdotta validamente una nuova clausola di capitalizzazione degli interessi, è necessaria una espressa pattuizione formulata nel rispetto dell'art. 2 della predetta delibera.»¹ Sennonché più di recente la stessa Prima Sezione, con due ordinanze pubblicate il 26 febbraio 2024, la n. 5054 e la n. 5064, ha mostrato di dare per scontato che invece la comparazione tra le nuove condizioni anatocistiche e quelle già in vigore tra le parti possa essere effettuata, puntualizzando soltanto che il primo termine della comparazione (le condizioni già in vigore) deve essere individuato nelle condizioni effettivamente praticate al cliente, ancorché nulle per effetto della declaratoria di incostituzionalità di cui si è detto.

Ciò ha dato luogo alla rimessione della questione alla pubblica udienza, affiorando un contrasto tra le due ordinanze appena menzionate e l'orientamento della Sezione che andava consolidandosi.² Il contrasto è stato poi composto dalla recente sentenza 4 novembre 2024, n. 28215³, che ha confermato l'orientamento che andava consolidandosi, quello cioè della impraticabilità della comparazione, cui in effetti le due ordinanze dissonanti non avevano contrapposto argomenti critici.

Inutile aggiungere, infine, che la questione è destinata ad esaurirsi nella pratica in quanto, com'è noto, la previsione dell'inserimento di clausole anatocistiche nei contratti credito è stata radicalmente soppressa anche per il futuro, a decorrere dal 1° gennaio 2014, a seguito della riscrittura dell'art. 120, comma 2, TUB con l'art. 1, comma 629, l. 27 dicembre 2013, n. 147.

¹ Massima ufficiale. Tale orientamento è stato poi ribadito da Cass., Sez. I, Ord. 12 marzo 2020, n. 7105; 10 maggio 2020, n. 3861; Sent. 10 settembre 2020, n. 23852; 5 maggio 2021, n. 23489; Ord. 1° marzo 2023, n. 19396; 18 ottobre 2023, n. 35210.

² La rimessione alla pubblica udienza si deve a due ordinanze interlocutorie della Prima Sezione, la n. 8639 del 2 aprile 2024 e la n. 13167 del 14 maggio 2024.

³ Pronunciata a seguito dell'ordinanza interlocutoria n. 13167 del 2024, cit.

3. Usura sopravvenuta

Un tema sul quale è dato registrare, nella giurisprudenza di legittimità, sia coerenti sviluppi del precedente orientamento come definito dalle Sezioni unite, sia nuove incertezze, è quello della c.d. usura sopravvenuta.

Per un verso, infatti, varie decisioni hanno spiegato con molta chiarezza che i principi affermati dalle Sezioni unite quanto alla non configurabilità di una usura sopravvenuta alla pattuizione del tasso di interesse, nella sentenza 19 ottobre 2017, n. 24675, pronunciata in materia di mutuo, valgono anche per qualsiasi altro tipo di rapporto di credito, e in particolare per il conto corrente⁴, data l'ampiezza della formulazione della norma d'interpretazione autentica di cui all'art. 1, comma 1, d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, conv. in l. 28 febbraio 1001, n. 24, che ne implica l'estensione, conformemente del resto alla *ratio legis*, a tutti i contratti di credito. Si è inoltre opportunamente chiarito⁵ che l'esercizio, da parte della banca finanziatrice, dello *ius variandi*, di cui all'art. 118 TUB, quanto al tasso di interesse, configura nuova pattuizione – costituita dalla manifestazione di volontà espressa della banca e dalla manifestazione tacita per fatto concludente legalmente tipizzato del cliente, che non si avvale della facoltà di recesso – alla quale dunque si applica il rigore della disciplina dell'usura presunta ove il tasso così variato superi la soglia di legge valevole per il periodo in cui è stato appunto esercitato lo *ius variandi*.

Fonte, invece, di nuova e forse evitabile incertezza è l'ordinanza della Terza Sezione 28 settembre 2023, n. 2745, che, pur dichiarando di uniformarsi ai principi enunciati dalle Sezioni unite nel 2017, rimette però in discussione l'affermazione secondo cui non dà luogo a nullità o inefficacia la pretesa della banca di riscuotere interessi che superano il tasso soglia del periodo in cui vengono riscossi, pur non avendo superato a suo tempo quello del periodo in cui erano stati concordati. Essa

⁴ Cfr., in tema di conto corrente, Cass., Sez. I, Ord. 22 dicembre 2023, n. 35902; 11 aprile 2024, n. 9792; 1° luglio 2024, n. 18013; 3 luglio 2024, n. 18227; 8 luglio 2024, n. 18499; in tema di factoring, Cass., Sez. III, Ord. 23 novembre 2023, n. 32538.

⁵ V. Cass. 18227/2024, 9792/2024, 35902/2023, citt.

enuncia infatti il seguente principio di diritto: «I saggi di interesse usurari – che non siano stati pattuiti originariamente, ma siano sopraggiunti in corso di causa – costituiscono in ogni caso importi indebiti. Il creditore che voglia interessi divenuti nel corso del rapporto in misura ultralegale pretenderebbe per ciò stesso l'esecuzione di una prestazione oggettivamente sproporzionata: il suo comportamento sarebbe contrario al generale principio di buona fede contrattuale, che impone alle parti comportamenti collaborativi, anche in sede di esecuzione del contratto»; e conclude quindi negando il diritto della banca a riscuotere gli interessi maturati, per la parte eccedente il tasso soglia sopraggiunto.

Il contrasto di tali affermazioni con i principi enunciati dalle Sezioni unite nel 2017 sembra per la verità evidente, sia perché viene predicata una forma di inefficacia – che le Sezioni unite avevano invece nettamente escluso – della pattuizione degli interessi, nella parte eccedente il tasso soglia sopraggiunto, per usurarietà sopravvenuta; sia perché si qualifica come contraria a buona fede la mera pretesa del creditore di riscuotere tali interessi, senza alcuna ulteriore connotazione negativa di tale comportamento sotto il profilo delle particolari circostanze e modalità di esercizio del diritto di riscuotere gli interessi nella misura validamente concordata: circostanze e modalità ritenute invece imprescindibili dalle Sezioni unite.

Lo scostamento dalle Sezioni unite del 2017 sembra essere giustificato, nell'ordinanza in rassegna, con il richiamo della successiva sentenza delle stesse Sezioni unite n. 19597 del 18 settembre 2020 in tema di usurarietà degli interessi moratori. Viene riportato, in particolare, il passaggio della motivazione in cui – nel riconoscere la sussistenza dell'interesse del debitore ad agire, per la declaratoria di usurarietà del tasso moratorio, sia prima che dopo il verificarsi della mora – si afferma che «mentre nel primo caso si deve avere riguardo al tasso soglia applicabile al momento dell'accordo, nel secondo la valutazione di usurarietà riguarderà *l'interesse concretamente praticato* dopo l'inadempimento». L'ordinanza non chiarisce, in verità, in qual modo e perché questo passaggio della sentenza delle Sezioni unite del 2020 modifichi o superi gli enunciati della

precedente sentenza del 2017. Sembra di capire che, nella lettura delle Sezioni unite 2020 data dall'ordinanza in rassegna, il riferimento all'interesse concretamente praticato valga a privare di qualsiasi rilevanza la pattuizione dello stesso alla data della stipula del contratto. Se così è, però, si tratta di una lettura chiaramente smentita dal contenuto complessivo della sentenza del 2020, la quale invece si allinea espressamente e chiaramente al precedente del 2017. Com'è già stato rilevato in dottrina⁶, il richiamo all' "interesse concretamente praticato" va, in realtà, letto in connessione con il precedente rilievo della medesima sentenza, secondo cui «sovente il contratto prevede un tasso degli interessi moratori, sebbene, poi, al momento dell'inadempimento, la banca applichi, a tale titolo, un tasso di misura inferiore»: sicché con tale richiamo le Sezioni unite hanno inteso semplicemente specificare che il tasso da confrontare con il tasso soglia (quale risultante alla data della stipula del contratto) non è il tasso pattuito, bensì quello in concreto poi applicato, benché inferiore al primo.

4. Conto corrente

4.1. Mancanza o incompletezza degli estratti conto, onere della prova e “saldo zero”

Nelle controversie tra banca e cliente si pone sovente l'esigenza di rettificare il saldo del conto corrente, come risultante in base all'estratto conto della banca, a causa dell'accertata illegittimità di addebiti – anche per effetto della nullità di clausole contrattuali (il più delle volte riguardanti il computo di interessi, spese e commissioni) – a carico del correntista. L'operazione non presenta particolari difficoltà o incertezze allorché il giudice dispone della serie completa degli estratti conto redatti dalla banca; laddove, invece, la serie degli estratti prodotti in giudizio non è completa, sorgono difficoltà che hanno dato luogo a incertezze, se non proprio contrasti, anche nella giurisprudenza di legittimità. Incertezze si sono registrate, in particolare, a proposito della applicabilità e dei

⁶ ROMANO C., *Usura sopravvenuta: non è come sembra*, in *Foro it.* 2023, I, 3476, nota a Cass. Sez. III, Ord. 28 settembre 2023, n. 27545.

limiti di utilizzo del criterio del c.d. azzeramento del saldo del conto costituente la posta iniziale della serie – incompleta – degli estratti acquisiti in giudizio.

L'estratto conto costituisce il principale mezzo di prova delle operazioni annotate nel conto. Fa piena prova nei confronti della banca, essendone essa l'autrice, ma in mancanza di specifiche contestazioni da parte del correntista vale come prova anche nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 1832 cc, richiamato dall'art. 1857.⁷ La giurisprudenza di legittimità è inoltre ferma⁸ nel ritenere che l'estratto conto, pur essendo lo strumento principale, non costituisce tuttavia l'unico mezzo di prova delle reciproche pretese delle parti del rapporto di conto corrente: ad esso infatti ben possono affiancarsi, integrandolo ove necessario, tutte le altre fonti di prova previste o ammesse dall'ordinamento; e dunque, in particolare, contabili bancarie riferite alle singole operazioni, altri documenti in generale, incluse le scritture contabili delle parti, ammissioni di queste ultime, comportamento delle stesse in giudizio, argomenti di prova ex art. 116, secondo comma, cc in genere, ecc. Altrettanto pacifico è però che, ciò nonostante, ben può verificarsi – e normalmente si verifica – che, difettando qualsiasi mezzo di prova integrativo, l'entità del saldo iniziale della serie incompleta degli estratti resti obiettivamente indimostrata. È appunto in tali casi che si è fatto ricorso al criterio dell'azzeramento del saldo iniziale: al cospetto, cioè, di estratti conto che coprono l'andamento del rapporto non dal suo inizio, ma soltanto da una certa data in poi, si azzerava il saldo costituente la prima posta del primo estratto della serie prodotta in giudizio e su tale base si calcola il saldo finale rettificando le risultanze – complete – degli estratti successivi. Una variante di tale fattispecie è quella della mancanza di uno o più estratti conto relativi a periodi intermedi del rapporto.

⁷ Giurisprudenza costante. Cfr., tra le più recenti, Cass., Sez. I, Ord. 23 dicembre 2020, n. 29415; Sent. 28 luglio 2006, n. 17242; 25 settembre 2003, n. 14234; Sez. III, Sent. 2 maggio 2002, n. 6258 e, tra le più risalenti, Sez. I, Sent. 19 luglio 1980, n. 4738; 11 giugno 1971, n. 1760; 20 luglio 1962, n. 1979.

⁸ Cfr., tra le più recenti, Cass., Sez. I, Ord. 27 dicembre 2022, n. 37800; 16 marzo 2023, n. 7697; 12 maggio 2023, n. 12993.

Un importante contributo al superamento delle incertezze relative alla legittimità del criterio dell'azzeramento del saldo è venuto dalla sentenza della Prima Sezione civile della Cassazione 17 gennaio 2024, n. 1763, secondo la quale, nell'incertezza dell'effettivo saldo posto dalla banca all'inizio della serie degli estratti conto acquisiti in giudizio (incertezza che presuppone, evidentemente, l'insussistenza di altre prove idonee a dimostrare la effettiva consistenza di quel saldo), il criterio dell'azzeramento del medesimo è quello che meglio risponde alla regola di riparto dell'onere della prova posta dall'art. 2697 cc⁹. E ciò – sembra in definitiva di poter dire – sia che attore in giudizio sia il correntista, sia che attrice sia la banca, sia che ci si trovi in presenza di domande incrociate dell'una e

⁹ La sentenza è stata così massimata dall'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione: «In tema di rapporti bancari regolati in conto corrente, ove la banca agisca in giudizio per il pagamento dell'importo risultante a saldo passivo ed il correntista chieda, a sua volta, la rideterminazione del saldo, concludendo per la condanna dell'istituto di credito a pagare la differenza in proprio favore o per l'accoglimento della domanda principale in misura inferiore, l'eventuale carenza di alcuni estratti conto o, comunque di altra documentazione che consenta l'integrale ricostruzione dell'andamento del rapporto, comporta che: a) per quanto riguarda la banca, il calcolo del dovuto potrà farsi: a.1) nell'ipotesi in cui non ci sia in atti documentazione che risalga all'inizio del rapporto azzerando il saldo di partenza del primo estratto conto disponibile (ove quest'ultimo non coincida, appunto, con il primo estratto del rapporto) e procedendo, poi, alla rideterminazione del saldo finale utilizzando la completa documentazione relativa al periodo successivo fino alla chiusura del conto o alla data della domanda; a.2) laddove manchi documentazione riguardante uno o più periodi intermedi, azzerando i soli saldi intermedi, intendendosi con tale espressione che non si dovrà tenere conto di quanto eventualmente accumulatosi nel periodo non coperto da documentazione, sicché si dovrà ripartire, nella prosecuzione del ricalcolo, dalla somma che risultava a chiusura dell'ultimo estratto conto disponibile; b) per quanto riguarda, invece, il correntista che lamenti l'illegittimo addebito di importi non dovuti a vario titolo e ne chieda la restituzione, il calcolo del dovuto potrà farsi tenendo conto che: b.1) nell'ipotesi in cui non ci sia in atti documentazione che risalga all'inizio del rapporto, egli o dimostra l'eventuale vantata esistenza di un saldo positivo in suo favore, o di un minore saldo negativo a suo carico o beneficia comunque dell'azzeramento del saldo di partenza del primo estratto conto disponibile (ove quest'ultimo non coincida, appunto, con il primo estratto del rapporto) e della successiva rideterminazione del saldo finale avvenuta utilizzando la completa documentazione relativa al periodo successivo fino alla chiusura o alla data della domanda; b.2) laddove manchi documentazione riguardante uno o più periodi intermedi, anche in tal caso, egli, se sostiene che in quei periodi si è accumulata una somma a suo credito o un minore importo a suo debito per effetto di interessi o commissioni non dovute, lo deve provare, producendo la corrispondente documentazione che, in tal caso, però, nuovamente sarà utilizzabile anche per la controparte, secondo il meccanismo di acquisizione processuale; in caso contrario, lo stesso beneficerà del meccanismo di azzeramento del o dei saldi intermedi, con il risultato che la banca, per quel o quei periodi, non ottiene niente ed il correntista, per lo stesso o gli stessi periodi, nulla recupera; così da prevenire, in definitiva, il rischio di due saldi difforni per la banca o il correntista all'esito del ricalcolo.»

dell'altra parte, essendo l'accertamento del saldo «il sostrato comune delle opposte istanze» (pag. 38 della sentenza in rassegna).

In genere, infatti, i giudizi di cui trattasi presentano una struttura la cui scomposizione rivela la presenza, indefettibilmente, della pretesa di una parte che sia accertato un determinato saldo a sé favorevole e della contrapposta pretesa dell'altra parte che si accerti un saldo favorevole invece a lei, o comunque un saldo meno sfavorevole di quanto preteso dalla controparte. Conseguenti all'accertamento del saldo sono poi le eventuali pretese di pagamento dell'una o dell'altra parte o di entrambe. Funzionali, inoltre, all'accertamento del saldo effettivo sono le domande o eccezioni – ancora una volta dell'una o dell'altra parte – riferite alle singole poste del conto oggetto di contestazione: dunque le domande o eccezioni di nullità, annullamento o inefficacia contrattuale, anche parziale, solitamente svolte dal correntista e le contrapposte pretese di adempimento contrattuale articolate dalla banca.

Ognuna di tali domande o eccezioni ha, evidentemente, dei presupposti fattuali che è onere della parte interessata dedurre e provare in giudizio. La determinazione del saldo, quindi, richiede la sussistenza della prova di tali fatti; in mancanza di questa, trova applicazione la regola di giudizio basata appunto sull'onere della prova, a tenore della quale la mancata dimostrazione dei presupposti di fatto della domanda o dell'eccezione comporta il rigetto della stessa e la soccombenza, sul punto, della parte interessata, che l'ha dedotta in giudizio.

Il criterio dell'azzeramento del saldo iniziale della serie incompleta degli estratti conto acquisiti al giudizio (non importa per iniziativa di quale delle due parti: principio di acquisizione probatoria) sembra rispondere pienamente a tale regola. L'affermazione, infatti, dell'esistenza di un determinato saldo iniziale, comporta l'onere della parte che lo afferma di dimostrare che tale saldo corrisponda alla realtà dell'andamento del rapporto di conto corrente, ossia di dimostrare i fatti che ne avrebbero determinato il formarsi; in mancanza di tale prova, non può accertarsi che la parte interessata sia effettivamente titolare del credito, o del minor debito (rispetto alla pretesa di controparte), indicato in quel

saldo. Ciò non significa, però, che le operazioni successive, documentate dagli estratti conto quali fonti di crediti e debiti reciproci delle parti, non siano sussistenti, talché debba escludersi qualsiasi credito o debito delle parti rigettandone la domanda di accertamento del saldo effettivo; significa soltanto che, non essendo provato il credito o debito di partenza della serie degli estratti conto disponibili, non può dirsi che lo stesso fosse sussistente: il che trova idonea rappresentazione contabile appunto azzerando quel saldo. Saldo zero, infatti, vuol dire che non esisteva – perché non è stato dimostrato – un credito o debito delle parti in causa alla data considerata.

È evidente, poi, che analogo discorso può ripetersi per il caso in cui manchino estratti conto di periodi intermedi. In tal caso, come condivisibilmente affermato dalla sentenza in rassegna, deve ritenersi insussistente, perché non provata, la modificazione del saldo finale dell'ultimo estratto conto precedente l'interruzione della serie – modificazione quale risultante dal saldo iniziale del primo degli estratti successivi all'interruzione – e dunque sostituire tale saldo con quello di cui si ha invece sicura contezza, ossia il saldo finale della serie precedente l'interruzione.

4.2. Ripetizione di indebito e conto “aperto”.

Nella giurisprudenza di merito ricorre spesso l'affermazione che in costanza di rapporto di conto corrente, ossia in presenza di un conto ancora aperto, l'azione di ripetizione dell'indebito proposta dal correntista sarebbe “inammissibile”, nel senso che egli non potrebbe vantare alcuna pretesa restitutoria – intesa come pretesa di condanna della banca al pagamento di una somma – bensì soltanto la pretesa di rettifica del saldo.

In proposito hanno cercato di fare chiarezza, in particolare, due ordinanze della Prima Sezione della Corte di cassazione, le ordinanze 15 febbraio 2024, n. 4214 e 16 maggio 2024, n. 13586, il cui contenuto può essere sintetizzato come segue.

Va preliminarmente sgomberato il campo, però, dall'improprio uso del concetto di "inammissibilità", che è nozione di diritto processuale, mentre la questione, per come viene posta, riguarda il diritto sostanziale, e cioè se possa essere accolta, in quanto fondata, la pretesa del correntista di ottenere in costanza di rapporto – prima cioè della chiusura definitiva del conto – il rimborso, a titolo di indebito ex art. 2033 cc, delle somme illegittimamente addebitate dalla banca (solitamente, com'è noto, per interessi, commissioni e spese non spettanti, spesso a causa di accertate nullità di contratti o di singole clausole), con conseguente condanna della banca al pagamento immediato delle somme stesse.

La risposta che hanno dato le ordinanze della Prima Sezione, in applicazione e ulteriore sviluppo dei principi enunciati dalla Sezioni unite nella fondamentale sentenza 2 ottobre 2010, n. 24418, è che:

- intanto può parlarsi di pagamento ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2033 cc, in quanto vi sia stata rimessa del correntista di carattere solutorio (e dunque affluita su conto scoperto perché non assistito da apertura di credito o con limite della stessa superato); in presenza di rimesse meramente ripristinatorie, invece, non è configurabile alcuna azione di ripetizione ai sensi dell'art. 2033, ancorché residui, ovviamente, in favore del correntista l'azione di rettifica del saldo del conto a seguito dell'espunzione degli addebiti di cui sia accertata, per qualsiasi ragione, l'illegittimità;¹⁰

- sia che venga correttamente esperita un'azione di ripetizione di indebito ex art. 2033 cc, sia che venga esperita una semplice azione di rettifica del saldo, finché è in corso il rapporto di conto corrente il cliente non ha diritto a pretendere dalla banca altro pagamento che quello del saldo (attivo) del conto, come rettificato a seguito del vittorioso esperimento delle azioni di nullità o comunque di accertamento dell'illegittimità di addebiti, oppure della vera e propria azione di ripetizione ex art. 2033 cc: anche il credito ex art. 2033 cc, infatti, in pendenza del

¹⁰ Ovviamente, mentre l'azione di ripetizione dell'indebito è soggetta a prescrizione, quella di rettifica del saldo non lo è, come chiarito dalle Sezioni unite nella sentenza richiamata nel testo. V. anche Cass., Sez. I, Ord. 15 febbraio 2021, n. 3858.

rapporto di conto corrente è soggetto alla regola della inesigibilità dei singoli crediti rientranti nel conto (art. 1823, primo comma, cc), residuando invece a favore del correntista il – diverso – diritto al saldo del conto (per lui immediatamente esigibile ai sensi dell'art. 1852 cc);

- soltanto a seguito della chiusura del conto con il pagamento del saldo, venuta meno la regola della inesigibilità di cui all'art. 1823, primo comma, cc, il correntista può esperire l'azione di ripetizione dell'indebito, ex art. 2033 cc, chiedendo anche la condanna della banca al pagamento della relativa somma e non la sola rettifica del saldo.

Con la sentenza 14 giugno 2024, n. 16602, infine, la Prima Sezione ha chiarito anche che l'azione di pagamento del saldo in favore del correntista può essere esperita anche prima della chiusura del rapporto di conto corrente, ma deve avere ad oggetto non già un saldo intermedio (il cui mero accertamento pure può essere utilmente richiesto in giudizio), bensì il saldo attuale alla data della decisione, con onere della relativa prova incombente sul correntista attore.

Aggiungerei, in proposito, che tale prova il correntista può ben fornire – mi parrebbe – mediante la prova di un saldo più o meno recente, che spetterebbe a questo punto alla banca mettere in crisi provando la sussistenza di operazioni successive che lo ridimensionino o elidano.

4.3. Imputazione delle rimesse (solutorie e ripristinatorie) e art. 1194 cc.

La giurisprudenza di legittimità è sinora ferma nel ritenere che la regola dell'imputazione del pagamento prima agli interessi e poi al capitale, contenuta nell'art. 1194, secondo comma, cc, trova applicazione per le sole rimesse di conto corrente aventi carattere solutorio, in quanto – in buona sostanza – solo esse integrano, secondo l'insegnamento delle Sezioni unite (sentenza 24418/2010, cit.), un vero e proprio pagamento; le rimesse aventi carattere meramente ripristinatorio della provvista di apertura di credito, invece, non integrando pagamenti in senso tecnico, sono sottratte a tale regola. In tal senso si sono pronunciate Cass., Sez. I, 26 maggio 2016, n. 10941; 27 settembre 2017, n. 22604; 24 agosto 2018, n. 21171;

9 marzo 2021, n. 6478; 15 febbraio 2021, n. 3858; 20 giugno 2022, n. 19812. Non risultano precedenti difformi. Cass. 19812/2022, cit., ha inoltre precisato che, come da regola generale, l'onere di provare i presupposti del carattere meramente ripristinatorio della rimessa, ossia in primo luogo la presenza di un'apertura di credito, grava sul correntista, che ha interesse a dedurre tale carattere.

Potrebbe, peraltro, dubitarsi forse che tale orientamento sia del tutto appagante. Escludere, infatti, le rimesse non solutorie dall'applicazione della regola di cui all'art. 1194, secondo comma, cc, sembra lasciare del tutto aperto il problema dell'imputazione di tali rimesse, posto che normalmente il correntista non indica, nell'effettuare le sue rimesse, come esse debbano essere imputate ove il conto rechi un saldo per lui negativo. La mancanza di una disciplina nella legge, allora, potrebbe aprire le porte all'applicazione analogica della regola di cui all'art. 1194, secondo comma, cit., considerata la *eadem ratio*. Se è vero, infatti, che le rimesse ripristinatorie non integrano pagamenti in senso tecnico, è pur vero che esse, affluendo su un conto che reca un saldo comunque a debito del correntista, hanno l'effetto di estinguere in tutto o in parte tale passività, analogamente a quanto avviene per il pagamento vero e proprio.

4.4. Individuazione delle rimesse solutorie: “saldo banca” e saldo rettificato.

Per stabilire se una rimessa del correntista abbia carattere solutorio o meramente ripristinatorio è necessario, com'è noto, stabilire se il saldo del conto, su cui affluisce, è “scoperto” o semplicemente passivo. Il passivo è scoperto se il conto non è affidato ovvero è stato superato, alla data della rimessa, il limite massimo del fido (intendendosi qui per fido, beninteso, una apertura di credito in senso tecnico). Ma qual è il saldo che va preso in considerazione, quello elaborato dalla banca e risultante dagli estratti conto, o il saldo rettificato mediante l'esclusione degli addebiti illegittimi?

La giurisprudenza di legittimità opta senz'altro per quest'ultima soluzione,¹¹ sul rilievo che soltanto il saldo elaborato conformemente a legge – dal quale quello elaborato nei fatti dalla banca può invece discostarsi per effetto della accertata illegittimità di clausole contrattuali o addebiti – può costituire la base per l'accertamento dei diritti in contestazione.

A tale corretta affermazione di principio può forse aggiungersi, in questa sede, una ulteriore puntualizzazione riguardo agli effetti della prescrizione dell'azione di ripetizione, fatti salvi dall'art. 1422, ult. parte, cc, cui si fa spesso riferimento dai sostenitori della tesi del “saldo banca”. Potrebbe, cioè, osservarsi che, dovendo la rettifica del saldo essere effettuata secondo diritto, occorrerà tenere conto anche della prescrizione di eventuali azioni di ripetizione di rimesse solutorie risalenti oltre il decennio, perché la prescrizione del diritto del correntista alla ripetizione del relativo pagamento consolida il pagamento stesso e sana gli effetti dell'illegittimità dei corrispondenti addebiti in conto corrente. Ciò non vuol dire, però, che si debba seguire il saldo, alla data delle rimesse ultradecennali, come risultante dall'estratto conto elaborato dalla banca: quel saldo va comunque corretto, anche se risalente a oltre il decennio, per la parte in cui risulta – già *ex se* – viziato dalla mancata considerazione di rimesse *non* solutorie ultradecennali, nonché, in ogni caso, di tutte le rimesse, anche solutorie, effettuate successivamente nel decennio e dunque non prescritte (*rectius*, integranti pagamenti indebiti per i quali non è prescritta l'azione di ripetizione).

5. CTU contabile: acquisizione documentale del consulente e consenso delle parti

Con la sentenza 1° febbraio 2022, n. 3086 le Sezioni unite hanno fornito una serie di chiarimenti in tema di consulenza tecnica d'ufficio, e in particolare in tema di esame contabile, ammettendo che il CTU acquisisca d'ufficio documenti, anche inerenti a fatti principali, fuori dei termini stabiliti per le preclusioni

¹¹ Cfr. le ordinanze della Prima Sezione 19 maggio 2020, n. 9141; 15 febbraio 2021, n. 3858; 16 marzo 2023, n. 7721.

istruttorie dall'art. 183 cpc, facendo applicazione dell'art. 198, secondo comma, cpc.¹²

Successivamente Cass., Sez. I, Sent. 17 gennaio 2024, n. 1763, cit., ha chiarito ciò che era implicito, ancorché inespresso, nella sentenza delle Sezioni unite, e cioè che tale potere di acquisizione documentale del CTU è pur sempre condizionato al consenso di tutte le parti, come espressamente previsto dall'art. 198, secondo comma, cit. Ha inoltre puntualizzato che tale consenso non può essere espresso dal consulente tecnico di parte, il quale ha veste di ausiliario della parte stessa chiamato ad esprimere manifestazioni di scienza, e non di volontà, limitatamente al profilo tecnico, e non è dunque abilitato al compimento di attività tipiche del difensore.

¹² Questo il principio di diritto enunciato dalla Sezioni unite: «In materia di esame contabile ai sensi dell'art. 198 cod. proc. civ. il consulente nominato dal giudice, nei limiti delle indagini commessegli e nell'osservanza della disciplina del contraddittorio delle parti ivi prevista, può acquisire, anche prescindendo dall'attività di allegazione delle parti, tutti i documenti che si rende necessario acquisire al fine di rispondere ai quesiti sottopostigli, anche se essi siano diretti a provare i fatti principali posti dalle parti a fondamento della domanda e delle eccezioni».