

IL DECRETO INGIUNTIVO OTTENUTO DALL'ISTITUTO DI CREDITO E GIUDIZIO DI OPPOSIZIONE: PECULIARITÀ E QUESTIONI CONTROVERSE

PROF. AVV. VINCENZO FARINA

Università del Salento

Già Consigliere presso la Corte di Appello di Lecce

1. Il giudizio di opposizione: provvisoria esecuzione o sospensione della medesima. 2. Verifica della sussistenza dei requisiti per l'emanazione del d.i. opposto. 3. L'efficacia probatoria dell'estratto conto nel giudizio di opposizione. 4. La ignorata rilevanza del documento di sintesi e della documentazione del valido esercizio dello ius variandi. 5. L'accesso ai documenti contabili: ordine di esibizione; diritto di accesso; acquisizione da parte del CTU.

1. A seguito della notifica del decreto ingiuntivo, il cliente può instaurare il giudizio di opposizione. Tale giudizio, con riferimento alle controversie tra banca e cliente, non pare presentare singolari peculiarità che lo possano in qualche maniera distinguere dagli altri giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo.

Di notevole interesse per le parti in causa appare invece la decisione (come del resto anche nelle altre opposizioni a decreto) in ordine alla richiesta formulata dalla banca di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, ove la provvisoria esecutività la banca non l'abbia prima - ipotesi oramai sempre più frequente - ai sensi del secondo comma del novellato art. 642 cpc. Tale importanza riviene dalla circostanza che l'ordinanza in parola, come è noto, presenta il carattere della non impugnabilità ex art. 648 c.p.c., e, conseguentemente, della non revocabilità e della non modificabilità¹. L'ordinanza con cui si concede o si nega la

¹ La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata in riferimento agli artt. 3 e 24 cost. la questione di costituzionalità dell'art. 648 c.p.c. nella parte in cui prevede la non impugnabilità, e conseguentemente, la non revocabilità e la non modificabilità dell'ordinanza che concede la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto (Corte cost., 8 marzo 1996, n. 65, in *Giust. civ.* 1996, I, p. 1226; in *Foro it.*, 1996, I, c. 2338, con nota di G. SCARSELLI, *In difesa dell'art. 648*,

provvisoria esecuzione non ha poi contenuto decisorio attesa la sua inidoneità ad interferire sulla definizione della causa, essendo i suoi effetti destinati ad esaurirsi con la sentenza che pronuncia sull'opposizione².

La concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto presuppone una disamina, sia pur sommaria, del carattere della incontrovertibilità del credito su cui poggiano le pretese del ricorrente³ e, più specificatamente, della legittimità dell'emissione dell'ingiunzione⁴.

Oramai più frequente è nella prassi l'ipotesi inversa e cioè quella in cui è il cliente opponente a richiedere la sospensione della provvisoria esecuzione ex art. 649 c.p.c. In questa prospettiva attenta giurisprudenza di merito ha avuto modo, nell'ambito della valutazione dei <<gravi motivi>> di cui all'art. 649 cpc da un canto di valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge ed in particolare ai sensi dall'art. 50, D.Lgs. n. 385/1993 se nel caso concreto la documentazione qualificata in ricorso come «estratto conto» - ne abbia effettivamente i requisiti intrinseci⁵. D'altro canto il giudice deve prendere in considerazione la eventuale obbiettiva incertezza dell'ammontare del credito riveniente da conteggi operati in via *unilaterale ed* in tale ottica si è correttamente affermato: << Deve sospendersi, per obbiettiva incertezza dell'ammontare del credito, la provvisoria esecuzione di un decreto ingiuntivo emesso a favore della banca che abbia proceduto in via unilaterale al ricalcolo degli interessi sulla base di un anatocismo semestrale in luogo di quello applicato durante il rapporto a cadenza trimestrale>>⁶.

¹ *o comma, c.p.c.*; più di recente in senso conforme Corte cost. (Ord.), 18 ottobre 2002, n.428, in *Giur. costit.*, 2002, p. 3227.

² Cfr. Cass., 4 maggio 1982, n. 2743, in *Foro it.*, 1982, I c. 1256; Cass., 13 marzo 1996, n. 2109, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Ingiunzione (Procedimento)*, c. 1148, n. 89 che ribadiscono su tali presupposti l'inoppugnabilità dell'ordinanza di concessione.

³ Cfr. sul punto Trib. Milano, 20 luglio 1995, in *Giur. merito*, 1996, p. 3, con nota di S. RICCARDI, *Sui provvedimenti anticipatori nella riforma del processo civile (artt. 186 bis e ter c.p.c.)*. In dottrina A. ATTARDI, *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione secondo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 1. ss.; G. OLIVIERI, *Le ordinanze anticipatorie nei giudizi davanti al pretore*, in *Dir. giur.*, 1991, p. 288 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *Legge 26 novembre 1990, n. 353, commento agli artt. 20 (ordinanza per il pagamento di somme non contestate) e 21 (istanza di ingiunzione)*, in *Nuove leggi civ.*, 1992, p. 102 ss.

⁴ "Nell'ordinario giudizio di cognizione, che s'instaura con l'opposizione ad ingiunzione, va accertata la fondatezza della pretesa fatta valere con il decreto ingiuntivo, anche tenendo conto delle eventuali cause estintive del credito con esso azionato; mentre la legittimità dell'emissione dell'ingiunzione va stabilita solo ai fini dell'esecuzione provvisoria e dell'incidenza delle spese della fase monitoria" (Cass., 14 settembre 1993, n. 9512, in *Banca borsa titoli cred.*, 1994, II, p. 373 ss.).

⁵ Cfr. Trib. (Ord.) Rovigo, 30 aprile 2004, in *Dir. fall.*, 2005, 2, 526, con nota di S. LA ROCCA

⁶ Cfr. Trib. (Ord.) Ferrara, 09 agosto 2004 in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 2, 527, con nota di S. LA ROCCA.

La problematica non è di poco momento sol che si consideri che la banca a fronte di rapporti di conto corrente di lunga durata, agendo in giudizio per la richiesta del pagamento dell'ultimo saldo con ricorso per d.i., si trova di fronte alla imbarazzante scelta se addurre gli estratti conto come comunicati nel tempo al cliente e quindi affetti per la parte del conteggio operata antecedente al febbraio 2000, dal computo anatocistico ovvero se operare, *motu proprio* ed al di fuori di qualsivoglia controllo, un ricalcolo del saldo apparente, depurandolo dalla capitalizzazione trimestrale sui conti debitori o computando una capitalizzazione annuale indistinta tra conti debitori o creditori. Ineludibile appare il quesito nella seconda ipotesi se possa considerarsi <<prova scritta>> ai sensi dell'art. 634 cpc il documento con cui la banca opera il ricalcolo degli interessi senza che al relativo procedimento partecipi in qualche maniera, anche postuma, il debitore e senza che tale nuovo conteggio rientri, in qualche modo, nel novero delle scritture contabili di cui agli artt. 2214 ss. c.c. di cui all'art. 634 cpc.

Ci pare potersi fondatamente sostenere che l'unica prova scritta, ai sensi degli artt. 50 T.U 2709 segg. c.c. e 634 c.p.c. sia soltanto l'estratto analitico dei conti dall'apertura della linea di credito alla attuale pretesa da parte della banca. Sovente di contro si assiste invece nella prassi ad una sostanziale e talvolta inconsapevole inversione dell'onere della prova. Il giudice, del tutto dimentico che nella fase dell'opposizione è il creditore a dover addurre la prova del proprio diritto, ex. 2697 c.c., pretende dall'opponente la prova scritta (o di facile e pronta soluzione) secondo i dettami dell'art. 648, cpc, senza tenere nel dovuto conto che, ancor prima, è il creditore ricorrente a dover dar prova (scritta) della reale fondatezza della sua pretesa e che tale prova con riguardo specifico all'ammontare del credito non può ritenersi integrata da un prospetto calcolo di ignota origine e fonte sicuramente unilaterale, non avvalorato da quella presunzione di veridicità di conformità alle scritture contabili della banca.

2. L'art. 102 del r.d.l. 12 marzo 1936 n. 375, convertito in legge 7 marzo 1938 n. 141⁷ (la vecchia legge bancaria) consentiva solo ad alcune

⁷ In dottrina per un approfondito commento sotto il vigore della vecchia legge bancaria cfr. F. DI SABATO, *Sull'efficacia probatoria dei certificati di saldaconto di cui all'art. 102 l.b.*, in *Dir. giur.*, 1967, p. 247; R. FOGLIA V. SPARANO, *Alcuni rilievi sull'art. 102 della legge bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1970, I, p. 161 ss.; G. CABRAS, *Efficacia probatoria dell'estratto dei saldaconti bancari e fallimento del cliente*, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 588; A. NIGRO, *Sull'efficacia probatoria degli estratti di saldaconti bancari*, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 354; F. RIOLO, *Commento all'art. 102 l. banc., 1936-1938*, in *Codice commentato della banca*, a cura di Capriglione

banche (Banca d'Italia, istituti di credito di diritto pubblico, banche d'interesse nazionale, casse di risparmio dotate di una certa consistenza patrimoniale) il privilegio di ricorrere alla procedura monitoria sulla base di proprie documentazioni. In particolare la richiesta di decreto ingiuntivo poteva essere fondata sugli estratti dei loro saldaconti certificati conformi alle scritture da un dirigente, il quale attestasse altresì che il credito in questione fosse certo e liquido⁸.

Attualmente, come è noto, l'art. 50 t.u. richiede l'allegazione dell'estratto conto certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca, il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido. La previsione ha comportato un indubbio vantaggio in termini di trasparenza per la clientela, in quanto è ora possibile per il destinatario verificare il procedimento di calcolo in base al quale, a seguito della registrazione delle varie partite in dare ed in avere, la banca giunge alla determinazione del saldo. In tal guisa non solo risulta di sicuro facilitato il compito dell'opponente nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo nel contestare le risultanze documentali, ma il giudice in sede di emanazione del decreto ha la possibilità (ed il dovere) anch'egli di verificare le modalità di calcolo, senza emettere un provvedimento che, sino a qualche tempo addietro, finiva con il rappresentare un vero e proprio atto di fede nell'operato della banca richiedente. Nella relazione illustrativa del nuovo t.u. viene posto in luce la necessità che nell'estratto conto vengano indicate: "tutte le voci a credito e a debito ricadenti nell'arco di tempo considerato, ivi compresi i diritti di commissione, le spese, le ritenute fiscali e gli interessi passivi maturati, con l'indicazione del saldo attivo o passivo che costituirà la prima posta della successiva fase di conto"⁹.

Mezzacapo, Milano, 1990, I, p. 1192; R. CASUCCI, *Efficacia probatoria degli estratti conto bancari*, in *Fallimento*, 1997, p. 734.

⁸ Pacifica la giurisprudenza sul punto: Cass., 12 aprile 1980 n. 2336, in *Banca borsa tit. cred.*, 1981, II, p. 129; Cass. sez. un., 18 luglio 1994, n. 6707, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2439; Trib. Napoli, 10 luglio 1995, in *Banca borsa tit. cred.*, 1996, II, p. 567.

⁹ Definizione dell'estratto conto c.d. di chiusura già da tempo acquisita dalla stessa giurisprudenza di legittimità: « L'estratto conto previsto dall'art. 1832 comma 2 c.c., non è soltanto quello che esprime la situazione finale del rapporto, al momento in cui esso ha termine, ma anche quello che rappresenta il risultato di tutte le operazioni verificatesi fino ad una certa data, e la contabilizzazione delle medesime con l'indicazione di un saldo attivo e passivo, comprensivo di ogni ragione di dare ed avere, e, quindi, tale da costituire la prima parte della successiva fase del conto», Cass., 12 aprile 1980 n. 2336, *o. c.* In senso conforme: Cass. sez. un., 10 ottobre 1977, n. 4310, in *Banca borsa tit. cred.*, 1977, II, p. 390; Cass., 11 febbraio 1984, n. 1112, *ivi*, 1985, II, p. 313. Più di recente la S.C. tenendo conto delle innovazioni di cui al TUB ha così definito In tema di operazioni bancarie in conto corrente, le comunicazioni al cliente sulla situazione finale del conto, inviate dalla banca allo scioglimento del rapporto ovvero alle scadenze periodiche contrattualmente previste, sono

L'art. 50 t.u non specifica l'arco di tempo che deve essere preso in considerazione dall'estratto allegato al ricorso e posto a base dell'emanazione del decreto ingiuntivo. Mentre per il saldaconto, in considerazione appunto della sua funzione ricognitiva del saldo, era da ritenersi pacificamente sufficiente l'allegazione dell'ultimo << estratto dei saldaconti >> precedente alla proposizione del ricorso, non così può dirsi per l'estratto conto.

Ciò avverrà in particolare ove si intenda ricavare la nozione di estratto richiesta a tal fine attraverso un'interpretazione sistematica del dato normativo nel suo complesso, che tenga nella dovuta considerazione, tra l'altro, la *ratio* della tutela della trasparenza del costo del credito sottesa alle recenti innovazioni legislative e pure presente nella fase della sua esazione.

La banca dovrà allegare al ricorso quindi un estratto che contempli un arco di tempo che va dalla data dell'ultima operazione indicata nell'ultimo estratto conto ricevuto dal cliente alla data di redazione dell'estratto conto da esibire in giudizio ai sensi dell'art. 50 t.u. nonché la prova documentale (solitamente avviso di ricevimento) dell'intervenuta ricezione da parte del cliente dell'estratto conto relativo al periodo in cui dovrà essere individuato il *dies a quo*¹⁰.

Del resto una diversa conclusione più favorevole alla banca è esclusa dall'imprescindibile obbligo posto a carico della stessa di invio dell'estratto

qualificabili come "estratti conto di chiusura", ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1832, comma 2, c.c., ove non si limitino a contenere l'indicazione del saldo, con il calcolo delle spese e degli interessi, ma portino anche un preciso riferimento alle partite di dare ed avere che hanno condotto a quel risultato. Tale riproduzione di tutte le partite contabili non è, tuttavia, necessaria, ai fini indicati, quando l'estratto conto finale faccia seguito e richiami espressamente precedenti estratti parziali, inviati al cliente con l'indicazione di tutte le operazioni afferenti il relativo periodo (in quanto, in detta situazione, viene ugualmente soddisfatta l'esigenza di porre il cliente medesimo in condizione di riscontrare ogni eventuale vizio incidente sul saldo finale), essendo, in tal caso, sufficiente, affinché decorra il termine semestrale di decadenza di cui all'art. 2832 c.c., che l'estratto conto relativo alla liquidazione di chiusura dia al correntista la comunicazione del saldo definitivo riflettente il periodo considerato, comprensivo delle spese e degli interessi. (Cass., 6 luglio 2000, n.9008, in *Infoutet* 2007). In dottrina tra gli altri cfr. V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1992, p. 207; F. MAIMERI A. NIGRO V.SANTORO, *Contratti bancari. 1. Le operazioni bancarie in conto corrente*, Milano, 1991, p. 353 ss.; M. CONDEMI, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 1994, *sub* art. 50, p. 258, che sottolinea come l'art. 50 del t.u. non possa considerarsi norma posta ad esclusiva tutela delle banche.

¹⁰ E' di questa opinione M. VALIGNANI, *L'efficacia probatoria dell'estratto conto secondo l'art. 50 della legge bancaria*, in *Dir. banca mercato finanziario*, 1994, p. 58 ss. Negli stessi termini G. TARZIA, *ivi*, 1995, p. 495, che ritiene indispensabile ai fini della determinazione del contenuto dell'estratto richiesto dall'art. 50 prendere le mosse dall'approvazione espressa o tacita del conto. Lo stesso autore riconosce nel contempo la necessità che la banca fornisca la prova, in caso di contestazione nel successivo giudizio di opposizione, dell'intervenuto invio dell'ultimo estratto conto, espressamente o tacitamente approvato.

conto al cliente (almeno con cadenza annuale), al pari di qualsivoglia altra comunicazione periodica alla clientela, che si svolga nell'ambito di un contratto di durata (arg. ex art. 119 t.u., comma primo e secondo), nonché dal perfezionarsi della tacita approvazione solo una volta decorsi sessanta giorni dalla ricezione dell'estratto da parte del cliente. Qualora si voglia appunto rispettare l'esigenza di trasparenza posta a base del citato art. 119 t.u., non si può consentire alla banca, che non provi l'invio e la ricezione dell'estratto conto e, per tale via, l'approvazione da parte del cliente, di ottenere l'emanazione in suo favore di un decreto ingiuntivo in forza della procedura monitoria agevolata di cui all'art. 50 t.u.¹¹. Tale convincimento risulta ora significativamente rafforzato dalla nuova disciplina apprestata allo *ius variandi*¹² dal decreto cd. Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248). Una grossa novità consiste nel fatto che non è più permessa la comunicazione impersonale alla clientela mediante la pubblicazione di un avviso sulla Gazzetta Ufficiale, contrariamente a quanto stabiliva la delibera del C.I.C.R. richiamata dal vecchio testo dell'art. 118 t.u. bancario¹³. E' stata in buona sostanza estesa a tutti i clienti della banca una regola che, in precedenza, era applicabile soltanto ai consumatori, secondo quanto previsto dal 3° e 4° comma dell'art. 33 del codice del consumo. Conseguentemente l'efficacia della *variazione in peius* è condizionata dalla prova dell'intervenuta comunicazione individuale in forma scritta o su altro supporto durevole, preventivamente accettato dal cliente. Tale comunicazione deve specificare il motivo che giustifica l'esercizio del *ius variandi* da parte della banca.

¹¹ Del resto tale esigenza probatoria era già in parte avvertita dalla giurisprudenza in epoca antecedente all'entrata in vigore del testo unico: "Con riferimento al contratto di conto corrente bancario la presunzione legale contenuta nel comma 1° dell'art. 1832 c.c. dell'approvazione del conto in caso di mancata contestazione dello stesso da parte del correntista presuppone che la banca abbia trasmesso l'estratto del conto al cliente e che questi l'abbia ricevuto, ma non richiede che la dimostrazione di tale trasmissione per raccomandata sia data attraverso la produzione in giudizio della ricevuta di ritorno della raccomandata stessa contenente l'estratto del conto, potendo tale dimostrazione essere data anche altrimenti, con ogni mezzo ammesso dalla legge e, quindi, pure a mezzo di presunzioni." (Cass. 13 gennaio 1988, n. 178, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Contratti Bancari*, c. 583, n. 57. In termini v. pure: Cass., 15 marzo 1986, n. 1770, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, II, p. 582; App. Perugia, 30 maggio 1977, *ivi*, 1978, II, p. 54.

¹² Sul *ius variandi* in materia bancaria v. tra gli altri: M. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1994, p. 478 ss.; F. BRIOLINI, *Osservazioni in tema di modifiche unilaterali nella disciplina dei contratti bancari*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 292 ss.; E. CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, a cura di Comporti e Monticelli, Napoli, 2005, p. 292 s., nonché diffusamente P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, *passim*.

¹³ In argomento v. P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *WWW. Juidicium.it*.

Alla luce di tale innovazione appare doveroso da parte del giudice un comportamento più attento in sede di valutazione di estratti conto, che a maggior ragione devono coprire *ratione temporis* tutta la durata del rapporto, al fine di consentire al giudice di prendere contezza dell'eventuale esercizio di tale diritto potestativo da parte della banca, la quale nel giudizio di opposizione dovrà allegare la prova dell'intervenuta comunicazione. Ovviamente in caso di esercizio dello *ius variandi* non documentato dal rispetto della citata normativa il giudice non potrà concedere la provvisoria esecuzione del d.i. opposto, non essendo opponibile in ipotesi quel saldo all'ignaro cliente.

Sarà comunque indispensabile che la banca depositi, unitamente al ricorso per decreto ingiuntivo, tutti gli estratti conto a far data da quello di cui riesca a provare per iscritto l'intervenuta comunicazione al cliente. Nel caso in cui però la banca non possa provare l'avvenuto invio di alcun estratto conto, dovrà allegare tutti gli estratti relativi al rapporto intrattenuto con il cliente sin dal suo sorgere¹⁴. Solo così il giudice ed il debitore avranno la possibilità di prendere contezza delle poste e della causali che hanno portato alla richiesta di pagamento del saldo formulata con il ricorso¹⁵. Il ricorrente

¹⁴ Siffatta tesi trova un'ulteriore conferma ove la richiesta di decreto ingiuntivo si fonda su di un contratto di apertura di credito in conto corrente, della cui unitarietà come rapporto non si dubita e per il quale il termine di prescrizione dell'azione decorre non dalla data di compimento delle singole operazioni, bensì dalla data di chiusura del rapporto. Sul punto in giurisprudenza si ha avuto modo di ribadire che il momento iniziale del termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme indebitamente trattenute dalla banca a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente (nella specie, perché calcolati in misura superiore a quella legale senza pattuizione scritta), decorre dalla chiusura definitiva del rapporto trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro (Cfr. Cass., 9 aprile 1984, n. 2262, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratti Bancari*, c. 605, n. 23). Sulla unitarietà del rapporto di conto corrente cfr., sia pur incidentalmente, App. Roma, Sez. II, 22 marzo 2007, in *Infoutet*, 2007; Cass., 19 gennaio 2006, n. 1060, in *Infoutet*, 2007. Sulla natura giuridica del contratto di apertura di credito ed in particolare degli atti di utilizzazione cfr. S. FIORENTINO, voce *Apertura di credito bancario*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 1957, p. 676; M. SPINELLI G. GENTILE, *Diritto Bancario*, Padova, 1984, p. 188; SERRA, voce *Apertura di credito*, in *Dig Disc. Priv.*, Torino, 1987, p. 156 e s.; G. MOLLE L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e della intermediazione finanziaria*, Milano, 1997, p. 151 e ss..

¹⁵ In senso contrario App. Cagliari, 20 luglio 1998, *ined.*, ove si evidenzia l'impossibilità per il giudice della fase monitoria di controllare "tutta la movimentazione di un conto corrente durato magari 15 anni" e la "veridicità dei dati contabili riportati in questo complesso estratto conto in quanto nessuna norma impone alla banca di esibire anche tutte le "pezze" giustificative della movimentazione in questione, né ancor prima, di stabilire se per caso l'istituto creditore non abbia tralasciato di produrre gli atti afferenti a parte della movimentazione relativa al rapporto". Va in contrario rilevato che la documentazione richiesta non contempla affatto le "pezze" giustificative delle appostazioni contabili dell'estratto conto, ma si riduce solo a quest'ultimo, che ben può essere redatto su base annuale (art. 119 t.u.). Il giudice della fase monitoria, in concreto, deve solo

dovrà altresì produrre il contratto di apertura di credito redatto in forma scritta, prevista a pena di nullità dall'art. 117, comma primo, t.u. L'allegazione è resa necessaria al fine di verificare la data di inizio del rapporto e per questa via la completezza dell'estratto conto allegato nonché l'eventuale diversa modalità di comunicazione dello *ius variandi* accettato dal cliente ai sensi dell'art. 118 comma secondo t.u.

Non si ritiene che il ricorrente debba provare in sede di proposizione del ricorso l'intervenuta consegna della copia al cliente, atteso che tale obbligo, pur essendo *ex lege* previsto (art. 117, comma primo, t.u.), può legittimare al più in via diretta o riconvenzionale (nel successivo giudizio di opposizione) un'azione del cliente volta a conseguire una pronuncia dichiarativa di nullità del contratto per difetto di forma o di risoluzione per inadempimento e comunque di risarcimento del danno nei confronti della banca.

Dal punto di vista soggettivo la procedura agevolata di cui all'art. 50 t.u. riguarda esclusivamente "le banche" e precisamente quelle iscritte all'albo di cui all'art. 13 t.u., quindi anche le succursali di banche comunitarie stabilite nel territorio della Repubblica nonché di quelle succursali di banche extra-comunitarie all'uopo autorizzate (art. 13 ult. cpv.). Risultano escluse non solo le banche di fatto (come è ovvio), ma anche gli altri intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 t.u., i quali sono autorizzati anch'essi, tra l'altro, come le banche alla « concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, alla prestazione di servizi di pagamento ». Indubbiamente la circostanza che detti enti sono tenuti al rispetto della normativa dettata dal testo unico in tema di trasparenza (art. 115 t.u.) unitamente al fatto che annoverano tra le loro modalità operative necessariamente svariate operazioni in conto corrente, potrebbe indurre l'interprete a propendere per un'interpretazione estensiva della disposizione di cui all'art. 50 t.u. Quest'ultima risulta però irrimediabilmente esclusa, non solo dal tenore letterale della disposizione, ma anche dalla eccezionalità della norma in questione, che per quel che si è visto, costituisce un privilegio solo per determinati imprenditori commerciali (le banche). La giustificazione di questa, solo apparente, discriminazione è stata esattamente rinvenuta

verificare, quantomeno, la continuità del risultato contabile, quale facilmente si evince dai rispettivi saldi iniziali e finali, a cui pervengono nel tempo i vari estratti conto allegati, a far data dall'ultimo inviato al cliente. Diversamente opinando ci si dovrebbe chiedere che senso ha, con riguardo alla *ratio* delle recenti innovazioni legislative, ritenere sufficiente, pure in mancanza di prova di invio al cliente di alcuna comunicazione esplicativa dei risultati del conto, l'allegazione dell'ultimo estratto, se mai trimestrale, il quale, ove il conto medesimo, come sovente accade, sia stato da tempo chiuso, non si differenzierà molto dal vecchio "saldoconto".

nell'esigenza primaria per l'intero sistema economico di un paese di salvaguardare la consistenza patrimoniale esclusivamente delle banche, in quanto sono gli unici soggetti autorizzati ad esercitare in maniera congiunta e collegata la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito¹⁶.

E' d'uopo poi rammentare, che, in assenza di una distinzione operata dal legislatore, si deve riconoscere la possibilità del ricorso alla procedura monitoria a tutti i rapporti regolati in conto corrente, sia che essi accedano ad attività bancaria vera e propria, sia che riguardino attività finanziarie ai sensi dell'art. 10 t.u.. Non pare invece possibile estendere l'applicazione dell'art. 50 t.u. a tutte le ipotesi in cui risulta applicabile il primo comma dell'art. 119 t.u.. La "comunicazione periodica alla clientela", pur assolvendo il medesimo obbligo di rendere trasparenti i rapporti tra banca e cliente, non può essere equiparata in toto all'estratto conto che presuppone un *quid pluris* nel rapporto di durata che pure l'origina: il conto corrente appunto¹⁷.

Va infine posto in luce come l'art. 50 t.u. richieda, ricalcando la previsione sul punto già operata dall'art. 102 l.b., la certificazione di conformità dell'estratto alle scritture contabili nonché l'attestazione da parte dello stesso che il credito è vero e liquido¹⁸. Tale onere di forma è imposto in considerazione del fatto che l'estratto conto è un documento contabile formato unicamente dalla banca, al quale viene riconosciuta in buona sostanza fede privilegiata nei confronti dei soggetti (siano o no imprenditori) titolari del conto. L'apparente rigore di una siffatta formale garanzia non sembra però idoneo a garantire la genuinità del contenuto del documento. La previsione aveva un qualche senso allorché, sotto il vigore dell'art. 102 l.b., la bontà della certificazione era in un certo qual maniera garantita dalla struttura (pubblica o di rilevanza nazionale) dell'istituto bancario certificante, ai cui funzionari da certa giurisprudenza veniva riconosciuta la qualifica e le conseguenti responsabilità di incaricati di pubblico servizio. Attualmente la sua incisività risulta notevolmente pregiudicata dalla conclamata natura

¹⁶ Così F. PARRELLA, *A proposito dell'art. 102 l. banc. e dell'art. 50 t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia...*, in *Dir. Banca e Mercato Fin.*, 1994, I, p. 192.

¹⁷ Per l'estensione della portata applicativa dell'art. 50 in forza di una lettura coordinata con l'art. 119, comma primo: F. PARRELLA, *o. c.*, p. 194 s.; G. TARZIA, *o. c.*, p. 495, limitatamente però ai contratti di durata non regolati in conto corrente.

¹⁸ Sul punto sotto il vigore dell'art. 102 l.b. mentre la giurisprudenza ha ritenuto la dichiarazione in parola indispensabile al fine di integrare la prova scritta richiesta dalla legge, la dottrina ha considerata quest'ultima un pleonastico formalismo: App. Bologna, 2 dicembre 1968, in *Banca borsa tit. cred.*, 1970, II, p. 533, con nota critica di R. FOGLIA V. SPARANO, *Forma e formalismo dell'estratto di saldaconto*. Attualmente alla luce del dettato normativo di cui all'art. 50 t.u. non si dubita dell'indispensabilità dell'attestazione: M. VALIGNANI, *o. c.*, p. 61 s.

privatistica degli enti a cui appartengono i dirigenti¹⁹ (non meglio specificati) addetti alla certificazione ed alla attestazione. La sua violazione risulta invero, al più, sanzionabile con uno strumento di dubbia efficacia, qual è certamente quello offerto dall'art. 485 c.p. (falso in scrittura privata)²⁰.

3. Nelle pagine che precedono si è accennato alla distinzione tra il saldaconto previsto dall'art. 102 della vecchia legge bancaria e l'estratto conto di cui all'art. 50 del vigente t.u., entrambi richiesti dalle disposizioni citate ai fini dell'individuazione dei requisiti per l'emanazione del decreto ingiuntivo.

Diversa è l'efficacia dei documenti in questione nel successivo giudizio di opposizione.

Il valore probatorio dell'«estratto dei saldaconti» era limitato al procedimento monitorio nella misura e nei termini sopra esposti, non estendendosi al susseguente procedimento di opposizione nel corso del quale il documento in questione poteva assumere rilievo solo come elemento indiziario²¹, liberamente apprezzabile dal giudice, unitamente ad altri elementi ugualmente significativi²².

¹⁹ Ritieni che chi esercita l'attività certificativa di cui all'art. 50 t.u. può anche essere un dipendente della banca, preposto ad un determinato stabilimento o a un determinato settore, pur non rivestendo la qualifica di dirigente ai sensi del contratto collettivo: M. VALIGNANI, *o. c.*, p. 62 s..

²⁰ Così F. PARRELLA, *o. c.*, p. 195, n. 41.

²¹ Nel vigore dell'art. 102, l.b., orientamenti diversi e, a volte, contrastanti si sono manifestati in giurisprudenza e dottrina circa il valore probatorio da assegnare al certificato di saldaconto a seguito dell'instaurazione del giudizio di opposizione avverso il decreto ingiuntivo. La tesi del mantenimento di una sua specifica idoneità probatoria anche in tale fase del giudizio è stata sostenuta da: App. Roma, 21 settembre 1959, in *Banca borsa tit. cred.*, 1960, II, p. 388; Trib. Imperia, 30 giugno 1961, *ivi*, II, p. 411; Trib. Napoli, 30 ottobre 1965, in *Dir. e giur.*, 1967, p. 848 con nota critica di F. DI SABATO; Cass., 29 gennaio 1982, n. 575, in *Banca borsa tit. cred.*, 1983, II, p. 151; Cass., 1 agosto 1987, n. 6656, *ivi*, p. 145 con nota di A. DOLMETTA; Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, *ivi*, 1989, II, p. 537; Trib. Milano, 16 settembre 1991, *ivi.*, 1992, II, p. 583; Trib. Milano, 19 novembre 1992, *ivi*, 1994, II, p. 76. Inizialmente era prevalsa la tesi rigorosamente negativa, nel senso che l'estratto di saldaconto non poteva costituire prova del credito nel giudizio ordinario di cognizione: cfr. Cass., 9 giugno 1956, n. 2001, in *Banca borsa tit. cred.*, 1957, II, p. 189; Trib. Firenze, 17 dicembre 1962, *ivi*, 1963, II, p. 252; App. Venezia, 26 novembre 1963, *ivi*, 1964, II, p. 57; Trib. Firenze, 11 marzo 1964, *ivi*, con nota adesiva di F. FRAGALI, *La prova dell'ammontare del debito del fideiussore*; Cass., 5 novembre 1979, n. 5729, *ivi*, 1980, II, p. 147. In dottrina, per la tesi negativa tra gli altri R. FOGLIA V. SPARANO, *Alcuni rilievi sull'art. 102 l. b., o.c.*, p. 176; F. MARTORANO, *Il valore probatorio dell'estratto conto e dell'estratto di saldaconto, o.c.*, p. 837 s.; M. BUSSOLETTI, *Obblighi e modalità di tenuta delle scritture contabili con particolare riferimento alle imprese bancarie*, in *Banche e banchieri*, 1980, p. 822. Sostengono invece la tesi affermativa:

Con riferimento all'estratto conto va rilevato che il legislatore non ha fornito, né nel testo unico né *aliunde*, una definizione di tale documentazione contabile, pur avendo alla stessa fatto esplicito riferimento agli artt. 50 e 119 t.u. e, ancor prima, nell'art. 1832 c.c., richiamato per il conto corrente bancario dall'art. 1857 c.c.. Non vi è dubbio che la nozione non possa che essere unitaria, dovendosi escludere, in mancanza di diversa indicazione a proposito, che il legislatore abbia inteso far riferimento a due distinti documenti contabili.

Ciò premesso l'individuazione del contenuto del documento in questione, da cui poi discende la specificazione dei termini dell'efficacia dello stesso, deve necessariamente tenere presente le diverse esigenze che sono sottese alle varie disposizioni di legge che a diverso titolo lo contemplano. A tal fine non appare risolutiva del problema la pur corretta affermazione secondo cui l'estratto conto, non esprima soltanto la situazione finale del rapporto al momento in cui esso ha termine, ma rappresenti anche il risultato di tutte le operazioni verificatesi fino ad una certa data e la contabilizzazione delle medesime con l'indicazione di un saldo attivo e passivo, comprensivo di ogni ragione di dare ed avere, e, quindi, tale da costituire la prima parte della successiva fase del conto²³. Una volta riconosciuta l'esistenza di un obbligo a carico delle banche di fornire al cliente "una comunicazione chiara e completa in merito allo svolgimento del rapporto" (art. 119 t.u., comma primo), dettato dall'esigenza di garantire al massimo il diritto di informazione e, a fortiori, il diritto di difesa del cliente,

R. NIGRO, *Sull'efficacia probatoria dei saldaconti bancari*, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 355 s., F. RIOLO, *Commento all'art. 102, o.c.*, I, p. 1196 ss..

²² Sul punto in questi senso cfr. Cass. sez. un., 18 luglio 1994, n. 6707 in *Foro it.*, 1994, I, c. 2681, ed in *Arch. civ.*, 1994, p. 1001; Cass., 17 aprile 1996, n. 3630, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Prova civile in genere*, c. 1611, n. 19.

²³ Per la definizione in questi termini dell'estratto conto, in contrapposizione con il saldaconto, cfr. Cass., 12 aprile 1980, n. 2336, in *Banca borsa tit. cred.*, 1981, II, p. 129. Sulla definizione di estratto conto in genere in giurisprudenza cfr. anche: Cass., 8 gennaio 1968., n. 26, *ivi*, 1968, II, p. 328 ss., con nota di G. MOLLE, *Ancora in tema di conto corrente bancario*; Cass., 11 maggio 1977, n. 1812, in questa *Rivista*, 1978, II, p. 10 ss., con nota di M. BOUCHÈ, *In tema di estratto conto*; per l'equiparabilità della copia di scheda contabile esistente presso la banca all'estratto conto cfr. Cass., 2 aprile 1985, n. 2249, *ivi*, 1986, II, p. 276. Sulla nozione di estratto conto in dottrina, cfr. A. CALTABIANO, *Il conto corrente bancario*, Padova, 1967, p. 160; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXXV, 4° ed., Milano, 1981, p. 553; ID., *Ancora in tema di conto corrente bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1968, II, p. 330; CAVALLI, voce *Conto corrente*. 1) *Contratto di conto corrente*, in *Enc. Giur.*, VII, Roma, 1988, p. 7; SANTORO, *Conto corrente bancario, o.c.*, p. 207.

appare più che giustificato porre a carico della banca l'ulteriore obbligo di indicare le causali delle singole operazioni²⁴.

L'art. 119, comma secondo, innovando rispetto a quanto in precedenza previsto dall'art. 8 l. n. 154/92, stabilisce poi una periodicità minima, quella annuale, per l'invio degli estratti conto nei rapporti regolati in conto corrente, facendo salva l'unilaterale manifestazione di volontà del cliente di richiedere l'invio dell'estratto conto a cadenze semestrali, trimestrali o mensili. Il terzo comma dell'art. 119, riproponendo la formulazione a suo tempo adottata dall'art. 8 della legge 154/92, ha previsto, in linea peraltro con l'analoga disposizione dettata dall'art. 1832 c.c.²⁵ per il conto corrente in generale, una procedura di silenzio-assenso per l'approvazione dell'estratto conto. In mancanza di opposizione scritta difatti da parte del cliente nel termine di sessanta giorni dal ricevimento, l'estratto conto si intende approvato. Questa disciplina risulta sicuramente più favorevole per la clientela rispetto a quanto in precedenza convenzionalmente previsto dall'art. 8 delle n.b.u.²⁶, in tema di conti correnti di corrispondenza che faceva decorrere il termine per l'approvazione tacita dell'estratto conto dalla data di invio anziché di ricevimento, ponendo così a carico del correntista il rischio di un cattivo funzionamento del servizio postale.

L'impugnazione deve essere operata in modo dettagliato e specifico, cioè con riferimento ad una o più annotazioni sul conto medesimo²⁷. Qualora invece il cliente si limiti ad una generica contestazione, senza muovere addebiti precisi e circostanziati sulle singole poste dalle quali deriva il saldo, la giurisprudenza ha individuato in tale comportamento il significato di una tacita approvazione ed accettazione di tutte le operazioni annotate²⁸.

²⁴ Così F. PARRELLA, *o.c.*, p. 194. Ritiene che il principio della « completezza » e della « chiarezza » costituiscono una vera e propria obbligazione di risultato CARRIERO, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* a cura di Capriglione, *cit.*, p. 605. Sulla vecchia formulazione della disposizione (art. 8 l. n. 154/1992) v. tra gli altri: MAIMERI, *La legge sulla trasparenza delle operazioni bancarie*, in *Bancaria*, 1992, p. 57 ss..

²⁵ L'approvazione tacita del conto in mancanza di contestazione espressa da parte del cliente dell'estratto conto a lui inviato era già prevista dall'art. 32, lett. g, della vecchia legge bancaria, poi ribadita ed integrata dagli artt. 7 e 8 delle n.b.u. nella vecchia formulazione. Sul punto per una disamina storica v. , SANTORO, *Il Conto corrente*, *cit.*, p. 210 ss..

²⁶ La dottrina aveva sul punto rilevato come, la previsione contrattuale introducesse un elemento di incertezza sotto il profilo temporale. In termini SALANITRO, *Conto corrente bancario*, in *Dir. banc.*, 1988, I, p. 439 ss..

²⁷ Cass., 19 luglio 1980, n. 4378, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Conto corrente*, c. 559, n. 3; Tribunale Piacenza, 29 ottobre 1981, in questa *Rivista.*, 1981, II, p. 464.; Cass. 28 luglio 2006, n.17242, in *Impresa*, 2007, I, p. 129

²⁸ In questi termini cfr. Tribunale Milano, 15 maggio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I,1, c. 671; Cass., 11 marzo 1996, n. 1978, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Contratti Bancari*, c. 734, n. 30. La S.C. con

La mancata proposizione nel termine previsto dell'impugnazione comporta anch'essa un'approvazione tacita del conto.

Notevole è stato il dibattito in dottrina in ordine alla portata ed all'efficacia di siffatta approvazione tacita, strettamente connessa alla natura dell'estratto conto bancario. Esattamente il medesimo è stato considerato mero documento contabile, precisando che le relative operazioni bancarie in esso riassunte e menzionate (prelevamenti e versamenti), a differenza del conto corrente ordinario, non danno luogo alla costituzione di autonomi rapporti di credito o debito reciproci tra il cliente e la banca, ma rappresentano l'esecuzione di un unico negozio da cui deriva il credito ed il debito della banca verso il cliente²⁹. Conseguentemente la mancata tempestiva contestazione dell'estratto conto trasmesso da una banca al cliente rende inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti solo sotto il profilo meramente contabile, ma non sotto quelli della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori dai quali le partite inserite nel conto derivano³⁰. Giova sul punto all'uopo rammentare che siffatto orientamento risulta avvalorato dall'ulteriore

riguardo specifico alla produzione in giudizio in sede di opposizione ha però affermato: <<Se il documento prodotto in giudizio dalla banca non contiene l'indicazione delle singole partite che hanno concorso a formare il saldo, il correntista non può ritenersi onerato, nel momento in cui il documento viene portato a sua conoscenza, di provvedere, al fine di superarne l'efficacia probatoria, alla sua contestazione, con la conseguenza che a detto documento, anche se il correntista si sia limitato a una generica affermazione di nulla dovere, non potrà essere attribuita dal giudice, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, efficacia probatoria del credito>> (Cass., 5 aprile 2005, n.7087, in *Guida dir.*, 2005, 20, p. 45)

²⁹ La giurisprudenza prevalente riconosce oramai da tempo l'unitarietà del pur complesso rapporto di conto corrente cfr. Cass., 19 gennaio 2006, n.1060, in *Fallimento*, 2006, 7, p. 847; Cass., 7 settembre 1984, n. 4788, in *Giur. it.*, 1985, I,1, c. 1090, con nota di B. INZITARI, *Gli effetti dell'approvazione del conto corrente bancario*; Cass., 24 maggio 1991, n. 5876, *ivi*, 1992, II, p. 293, e in *Foro it.*, 1992, I, c. 2201; Cass., 29 novembre 1994, n. 10185, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1882; Cass., 10 aprile 1995, n. 4140, in *Informazioni legali*, 1995, 9, p. 8; p. 123; Trib. Napoli, 22 aprile 1994, in *Gius*, 1995, p. 174;. In dottrina tra gli altri cfr. M. FOSCHINI, *La compensazione ed i rapporti bancari in conto corrente*, in questa *Rivista.*, 1964, p. 158 ss.; F. MARTORANO, *Il valore probatorio dell'estratto conto e dell'estratto di saldaconto*, *cit.*, p. 1822; M. PORZIO, *Il conto corrente bancario, il deposito e la concessione di credito*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da Rescigno, 12, Torino, 1985, p. 878 s.; G. CAVALLI, voce *Conto corrente*. 1) *Contratto di conto corrente, o.c.*, p. 5; O. SCOZZAFAVA G. GRISI, voce *Conto corrente*, *Digesto IV ed. Disc. priv. Sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 6; V. SANTORO, *Conto corrente bancario, o.c.*, p. 219; G. MOLLE L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario, cit.*, p. 181, s..

³⁰ Orientamento oramai stratificato in giurisprudenza cfr. Cass., 7 settembre 1984, n. 4788, *o.c.*; Cass., 11 marzo 1996, n. 1978, *o.c.*; Cass., 24 maggio 2006, n.12372 in *CED Cassazione*, 2006; Cass., 19 marzo 2007, n. 6514 in *CED Cassazione*, 2007 che afferma: << In tema di conto corrente, la mancata tempestiva contestazione dell'estratto conto da parte del correntista nel termine previsto dall'art. 1832 cod. civ. rende inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti solo sotto il profilo meramente contabile, e non preclude pertanto la contestazione della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori da cui essi derivano>>.

considerazione che nel caso di conto corrente bancario, a differenza dal conto corrente ordinario, alla sua formazione provvede unilateralmente la banca. La sua spedizione, anch'essa operata esclusivamente dalla banca, non ha la funzione di rendere esigibili le somme risultanti dal saldo, avendo il cliente la possibilità di disporre delle somme risultanti a suo credito in qualsiasi momento (art. 1852 c.c.), bensì solo quella di informare il cliente in ordine allo svolgimento del rapporto, con conseguente limitazione, decorso il termine previsto, della possibilità di impugnativa del conto. L'inquadramento della trasmissione dell'estratto conto nell'ambito di un obbligo a carico della banca di informazione, già sostenuta da tempo dalla più attenta dottrina³¹, può ritenersi oramai un dato pacificamente acquisito alla luce delle normative sulla trasparenza³². Tale obbligo viene specificamente previsto nell'ambito delle comunicazioni periodiche alla clientela (art. 119 t.u.), dettate appunto per garantire la trasparenza nel rapporto banca - cliente.

Concludendo sul punto può oramai pacificamente sostenersi che l'approvazione, sia pur tacita, dell'estratto conto, ai sensi del primo comma dell'art. 1832 c.c., se da un lato non pregiudica l'impugnazione in ordine alla validità e all'efficacia dei rapporti obbligatori da cui derivano gli accrediti e gli addebiti (e, quindi, i titoli contrattuali che sono alla loro base e che rimangono regolati dalle norme generali sui contratti), dall'altro preclude, invece, qualunque altra contestazione ed, in particolare, quelle concernenti la conformità delle singole, concrete operazioni sottostanti ai predetti rapporti ed in tal senso, la loro legittimità sostanziale (salvo soltanto, per effetto del comma 2° del citato art. 1832 c.c., l'impugnabilità per errori, omissioni o duplicazioni di carattere meramente formale)³³.

4. Resta con riguardo all'accertamento del credito bancario in conto corrente da chiedersi quale sia il ruolo che siano destinate a svolgere le comunicazioni periodiche alla clientela diverse dall'invio del mero estratto conto.

Come è noto dopo un lungo periodo di attesa, la delega operata nel 1993 dal legislatore del t.u. in materia bancaria e creditizia agli artt. 116,

³¹ Cfr. B. INZITARI, *Gli effetti dell'approvazione del conto corrente*, cit., c.1093; V. SANTORO, *Il conto corrente, o.c.*, p. 208 s..

³² Cfr. V. SANTORO, *o. u. c.*, p. 208 s.; A. TALIERCIO, in *La nuova legge bancaria. Il T.U. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione. Commentario* a cura di Ferro – Luzzi e Castaldi, Milano, 1996, p. 1851; CARRIERO, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, o.c.*, p. 604 ss.

³³ Cfr. Cass., 15 giugno 1995, n. 6736, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Conto Corrente*, c. 770, n. 1.

comma 3, lett. a-b-c-d, in tema di pubblicità, 117, comma 8, in tema di contratti, 118, comma 1 in tema di modifica delle condizioni contrattuali e 119, comma 1 in tema di comunicazioni periodiche alla clientela ha avuto da parte del CICR e della Banca d'Italia finalmente esecuzione con la deliberazione del CICR del 4 marzo 2003, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 72 del 27 marzo 2003, a cui ha fatto seguito con riguardo alle banche, l'aggiornamento del 25 luglio 2003 alla circolare n. 229 del 21 aprile 1999 contenente Istruzioni di vigilanza per le banche con riguardo appunto alla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari. L'insieme della normativa ora indicata è entrato in vigore il 1° ottobre 2003³⁴. La delibera del CICR in parola abroga le disposizioni della legge n. 154\1992, ancora rimaste in vigore in virtù della previsione di cui all'art. 161 t.u. bancario.

A tale innovativa delibera ha fatto seguito l'avvento del d.l. n. 223\2006, di cui si è detto che ha nuovamente mutato il quadro normativo di riferimento incidendo direttamente sull'art. 118 t.u..

Trattandosi in ipotesi di conto corrente di contratto ad esecuzione continuata, il giudice a cui verrà sottoposto un rapporto bancario che si è protratto per un periodo che comprende il succedersi delle due diverse normative, non potrà non tenere conto delle (diversa) incidenza di entrambe.

Con riguardo al periodo che va dal 27 marzo 2003, data di pubblicazione della delibera CIC del 4 marzo 2003R nella Gazzetta Ufficiale o se si preferisce dal 25 luglio 2003 data di emissione della circolare n. 229\1999 della B.I., all'entrata in vigore del d.l. n. 223\2006 le banche erano tenute ad utilizzare il documento di sintesi come mezzo per informare il cliente delle variazioni unilaterali, sfavorevoli al cliente stesso, apportate alle clausole del contratto (art. 11 della delibera CICR 4 marzo 2003 e par. 2 del tit. X, cap. I, sez. IV delle Istruzioni della Banca d'Italia). In tal caso il documento di sintesi, datato e progressivamente numerato, rappresenta l'aggiornamento di quello unito al contratto e deve porre chiaramente in

³⁴ Per un primo commento alla nuova disciplina cfr. G. CARRIERO, *La disciplina delle obbligazioni nel nuovo diritto societario: prime valutazioni*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2003, p. 511 ss.; G. ALPA, *La trasparenza bancaria*, Bari, 2003, p. 201 ss., V. FARINA, *Brevi flessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contratto impr.*, 2004, p. 842. La delibera CICR segue in ordine di tempo altri provvedimenti, tra i quali è d'uopo richiamare: la delibera CICR del 9 febbraio 2000, che ha dettato disposizioni in materia di capitalizzazione degli interessi e di estinzione anticipata dei crediti fondiari; il decreto legislativo n. 253 del luglio 2000, con riguardo ai bonifici transfrontalieri con il quale sono stati sanciti specifici obblighi informativi in capo agli intermediari e procedure per la composizione stragiudiziale delle controversie. La delibera del CICR in parola abroga le disposizioni della legge n. 154\1992, ancora rimaste in vigore in virtù della previsione di cui all'art. 161 t.u. bancario.

evidenza, anche mediante opportuni accorgimenti grafici, le variazioni intervenute nelle singole condizioni economiche e/o contrattuali. Esso deve contenere l'avvertenza che la comunicazione è effettuata ai sensi dell'art. 118 del t.u. e l'indicazione del termine per l'esercizio del recesso (par. 3 del tit. X, cap. I, sez. IV delle Istruzioni). Il documento di sintesi, infine, integra la comunicazione periodica che, nei contratti di durata- come quello di conto corrente - , le banche devono fornire ai clienti. E' previsto pertanto che lo stesso debba essere unito al rendiconto che, per i rapporti regolati in conto corrente, è rappresentato appunto dall'estratto conto (par. 3 del tit. X, cap. I, sez. IV delle Istruzioni). Ne consegue che ad ogni estratto conto deve essere allegato anche il documento di sintesi. Anche il documento di sintesi unito al rendiconto, o estratto conto che dir si voglia, deve essere datato e progressivamente numerato ed aggiorna quello unito al contratto. Esso deve, perciò, riportare tutte le condizioni in vigore, altresì nel caso in cui non siano variate rispetto alla comunicazione precedente ovvero siano state modificate in senso favorevole al cliente e, pertanto, non abbiano formato oggetto dell'apposita comunicazione di cui si è detto in precedenza. Il documento di sintesi assume dunque un particolare rilievo con riguardo all'opponibilità al cliente delle variazioni unilaterali sfavorevoli le quali non possono avere effetto anteriore a quello della loro comunicazione al medesimo ovvero per quelle generalizzate dalla loro pubblicazione.

Con riferimento invece al periodo successivo all'entrata in vigore del n. 223\2006, valgono le nuove disposizioni di cui all'art. 118 commi secondo e terzo, per cui, in aggiunta al documento di sintesi, la cui obbligatorietà, che non risulta abrogata alla luce delle nuove disposizioni, le banche sono tenute a documentare l'intervenuto invio della <<Proposta di modifica unilaterale del contratto>> al cliente, nonché al rispetto del termine di preavviso minimo di trenta giorni. Affinché la modifica delle condizioni contrattuali si possa ritenere approvata dal cliente ed a lui opponibile dovrà essere decorso l'ulteriore termine di giorni sessanta, a computarsi dalla scadenza del primo.

Alla luce di queste rigorose previsioni non appare fuor di luogo chiedersi quale incidenza abbia nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo la mancata allegazione di documento di sintesi contenente le variazioni sfavorevoli al cliente all'estratto ovvero la mancata comunicazione di cui al comma secondo del nuovo testo dell'art. 118 t.u.

Non pare potersi revocare in dubbio che in tal caso compete alla banca l'onere *ex art. 2697 c.c* di provare come nel corso del rapporto in contestazione, che ha portato alla richiesta di pagamento del saldo, non si siano verificate variazioni sfavorevoli al cliente o, ove ciò sia intervenuto, la

banca abbia rispettato le previsioni di legge succedutesi nel tempo. In difetto, il decreto ingiuntivo opposto va revocato in quanto la somma oggetto di ingiunzione non corrisponde a quella effettivamente dovuta, dovendo computarsi in detrazione quanto eventualmente conteggiato successivamente al verificarsi della modificazione *in peius* delle condizioni contrattuali.

5. Sovente nell'ambito dei giudizi di opposizione l'opponente formula domanda riconvenzionale diretta a conseguire l'accertamento di un suo controcredito nei confronti della banca. In forza di detto controcredito l'ingiunto invoca la condanna della banca alla restituzione delle somme che, nell'ambito del rapporto di conto corrente dedotto in giudizio, siano state indebitamente conteggiate dalla medesima a debito³⁵, e di frequente chiede *ex art. 210 c.p.c.* che il giudice ordini alla banca opposta l'esibizione degli estratti conto e dei connessi scalari relativi al rapporto *ab origine*.

Al riguardo occorre precisare che la giurisprudenza di merito ha avuto più volte modo di pronunciarsi³⁶ in cause di accertamento negativo promosse dal correntista, il quale, non essendo in possesso dell'intera documentazione contabile dall'insorgere del rapporto in contestazione, ha chiesto al giudice di ordinare alla banca l'esibizione della medesima.

Sul punto sembra prevalente la tesi negativa³⁷ all'accoglimento della richiesta. In particolare si sostiene che l'ordine di esibizione di documenti previsto dall'art. 210 cod. proc. civ., deve riguardare <<documenti che siano specificamente indicati dalla parte che ne abbia fatto istanza, dei quali sia noto, o almeno assertivamente indicato, un preciso contenuto, influente per la decisione della causa, che come tali risultino indispensabili al fine della prova dei fatti controversi, che concernano fatti o elementi la cui prova non sia acquisibile *aliunde*>>³⁸. La richiesta deve indicare in modo specifico le

³⁵ Ciò potrà intervenire ad esempio con riferimento agli addebiti per anatocismo, commissione di massimo scoperto, giorni valuta interessi di uso piazza e interessi usurari.

³⁶ Cfr. Trib. Pescara, 4 ottobre 2007, n. 1288, in *Il Caso.it*.

³⁷ In giurisprudenza cfr. Cass., 8 settembre 2003, in *Foro it. Mass.*, 2003, voce *Esibizione delle prove*; Cass., 11 luglio 2003, n. 10916, in *Foro it. Mass.*, 2003, voce *Esibizione delle prove*; Trib. Verona, 11 luglio 2003, in *Giur. merito*, 2004, 6. In dottrina, per un recente contributo, cfr. A. SCARPA, *La nullità dei contratti bancari*, in *Banche e clienti – questioni attuali*, suppl. al n.5/05 di *Giur merito*, 2006, p. 46.

³⁸ Cfr. Cass., sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10043, in *Foro it. Mass.*, 2004, voce *Esibizione delle prove*, n. 7; Cass., sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5908, in *Foro it. Mass.*, 2004, voce *Esibizione delle prove*, n. 8; Cass., 8 settembre 2003, n. 13072, in *Foro it. Mass.*, 2003, voce *Esibizione delle prove*, n. 4; Cass., sez. lav., 2 settembre 2003, n. 12782, in *Foro it. Mass.*, 2003, voce *Esibizione delle prove*, n. 13; Cass., 11 luglio 2003, n. 10916, in *Foro it. Mass.*, 2003, voce *Esibizione delle prove*,

partite rilevanti ai fini della controversia³⁹ e deve contenere <<comunque un'indicazione sufficientemente specifica del documento da esibire – ai sensi e per gli effetti dell'art.94 disp. att. c.p.c. – e dei contenuti rilevanti ai fini della decisione>>⁴⁰.

Invero non può non riconoscersi che la richiesta in forza dell'art. 210 cpc abbia talvolta carattere esplorativo. Tale strumento istruttorio ufficioso e "residuale" non può essere richiesto ed ammesso al solo scopo di indagare se detta prova possa essere rinvenuta nei documenti stessi, altrimenti lo stesso servirebbe a supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante⁴¹. L'esibizione a norma dell'art. 210 cpc. non può quindi in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante. Ne consegue che <<l'esibizione a norma dell'art. 210 cod. proc. civ. non può essere ordinata allorché l'istante avrebbe potuto di propria iniziativa acquisire la documentazione in questione, acquisendone copia e producendola in causa>>⁴². Ciò come è noto può accadere in forza della previsione di cui all'art. 117 del D.lgs. n. 385/1993, ove è sancito al comma quarto che <<Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni>>. Correttamente tale diritto del cliente viene qualificato come diritto sostanziale <<la cui tutela è riconosciuta come situazione giuridica "finale" e non strumentale>> e sussiste indipendentemente dall'adempimento del dovere di informazione da parte della banca e anche dopo lo scioglimento del rapporto, quindi prescindendo dall'attualità del rapporto a cui la documentazione richiesta si riferisce⁴³. Alla

n.5; Cass., 10 gennaio 2003, n. 149, in *Foro it. Mass.*, 2003, voce *Esibizione delle prove*, n. 3; Cass., 16 maggio 1997, n. 4363, in *Foro it. Mass.*, 1997, voce *Esibizione delle prove*, n. 2; Cass., 10 agosto 1988, n. 4907, *Foro it. Mass.*, 1997, voce *Esibizione delle prove*, n.5.

³⁹ V. Cass., 8 settembre 2003, n. 13072, in *Infoutet*, 2003.

⁴⁰ Così R. LEONETTI, *Il punto su alcune questioni in materia bancaria*, in *Le Corti Pugliesi*, 2006, p. 573 s.

⁴¹ Cfr. da ultimo Cass. 8 agosto 2006 n. 17948, in *Infoutet*, 2006 ; Cass. 25 maggio 2004, n. 10043 in *Infoutet*, 2006; Cass., 4 settembre 1990, n. 9126, in *Foro it. Mass.*, 1990, voce *Esibizione delle prove*, n. 2.

⁴² Cfr. Cass., sez. III, 06 ottobre 2005, n. 19475, in *Foro it. Mass.*, 2005, voce *Esibizione delle prove*, n. 1; Cass., 10 gennaio 2003, n. 149, *cit.*: fattispecie in cui la Cassazione ha ritenuto non censurabile poi il mancato accoglimento dell'istanza attrice di esibizione da rivolgersi agli istituti di credito interessati).

⁴³ Cfr. R. LEONETTI, *Il punto su alcune questioni in materia bancaria, o.c.*, p. 573; Cass., 27 settembre 2001, n. 12093, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2322. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la configurabilità di un diritto alle copie dei documenti inerenti il rapporto una volta ricevute dalla banca le comunicazioni periodiche di cui all'art. 119 t.u. e

luce di tali considerazioni corretta appare la eventuale decisione di inammissibilità della richiesta formulata dal cliente attore nell'ambito di un giudizio di accertamento negativo del credito bancario.

A diverse conclusioni si può invece giungere con riguardo alla situazione in cui il cliente riveste i panni sostanziali di convenuto nel giudizio di opposizione ed in quella sede decida di eccepire in compensazione il controcredito da lui vantato nei confronti della banca o di chiedere in restituzione l'eventuale esubero. In questo caso non può fondatamente sostenersi che quel <<diritto sostanziale>> il cliente avrebbe potuto azionare prima in diversa sede, dovendo di contro riconoscersi che l'effetto sorpresa riveniente dall'azione promossa dalla banca rendono proponibile in sede di giudizio di opposizione la richiesta di esibizione, dotata della necessaria specificità nell'indicazione dei documenti, da porre a base della formulata eccezione e domanda riconvenzionale. Diversamente opinando, si corre il rischio di precludere in concreto l'esercizio di diritto di difesa, violando altresì il noto principio di economia dei mezzi giuridici in sede processuale.

Giova di contro far presente che secondo alcuni invero mentre di regola la mancata esibizione, proprio perché assistita da sufficiente specificità, può portare a ritenere provato - ex art.116 co.2 c.p.c. - il fatto che si intendeva dimostrare attraverso l'acquisizione al giudizio del documento, in materia di anatocismo in particolare e di rapporto di conto corrente in generale <<l'inosservanza dell'ordine ostensivo non comporterebbe conseguenze sul piano probatorio, giacché nessun argomento di prova potrebbe supplire alla mancanza oggettiva dei dati numerici riportati sugli estratti conto mancanti cosicché, ritenendo ammissibile in tale materia il ricorso all'art. 210 c.p.c., si perverrebbe alla conclusione incongrua di configurare un ordine giudiziale privo di sanzioni per il caso di inosservanza ed il cui adempimento, quindi, sarebbe sostanzialmente rimesso all'arbitrio del destinatario>>⁴⁴. La tesi, ove accolta, potrebbe di fatto far considerare sempre improponibile la richiesta di esibizione formulata ex art. 210 da parte del cliente convenuto nei confronti della banca ricorrente, ben potendo quest'ultima opporre il suo diniego all'esibizione alla luce della non coercibilità del relativo obbligo.

decidendo nel merito ha ordinato agli istituti di credito la consegna alla curatela del fallimento degli estratti conto degli ultimi due anni; Cass., 12 maggio 2006, n. 11004, in *Foro it. Mass.*, 2006, voce *Contratti bancari*, n. 12; Cass. 19 ottobre 1999, n. 11733, in *Fallimento*, 2000, p. 1328; Cass., 22 maggio 1997, n. 4598, in *Foro it.*, 1997, I, 1732; cfr. anche il provvedimento del 7.12.2006 del Garante per la protezione dei dati personali).

⁴⁴ R. LEONETTI, *Il punto su alcune questioni in materia bancaria, o.c.*, p. 573.

L'argomento prova troppo. Non riteniamo invero che possa escludersi rilievo processuale alla mancata ottemperanza da parte della banca all'ordine di esibizione. Ciò per un duplice ordine di ragioni: la prima è di natura sostanziale alla luce del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.), di cui l'art. 119, comma 4, d.lgs. n. 385 del 1993 costituisce una sicura esplicazione, principio che non pare patisca attenuazioni in considerazioni della promozione dell'azione da parte della banca per la riscossione di un presunto credito; la seconda è di natura processuale, integrando l'inosservanza dell'ordine di esibizione di documenti un comportamento dal quale il giudice può, nell'esercizio di poteri discrezionali, desumere argomenti di prova a norma dell'art. 116 c.p.c., comma⁴⁵. Una soluzione potrebbe essere rinvenuta, su istanza di parte, nel ricorso alla liquidazione del danno ex art. 96 cpc in via equitativa: invero non può dubitarsi che il cliente istante, proprio formulando correttamente la richiesta ex art. 210 cpc, abbia assolto l'onere di allegare gli elementi di fatto, necessari ad identificare concretamente l'esistenza di siffatta responsabilità ed idonei a consentire al giudice la relativa liquidazione in via equitativa.

In tali casi, peraltro, non pare potersi escludere il ricorso al meccanismo delle presunzioni per procedere sia alla prova dell'*an debeatur* che alla liquidazione del *quantum*. Una volta accertata la prassi anatocistica e il computo del tasso <<uso piazza >> da parte della banca, non è difficile pervenire ad una liquidazione del danno che tenga conto, ponendo a base del calcolo, ad esempio il *prime rate* di riferimento per quel determinato periodo e la giacenza media sul conto desunta per estrapolazione dai dati in possesso, di quanto la banca si sia appropriata illegittimamente dal cliente per il periodo in relazione la quale non ha ritenuto di <<esibire>> la documentazione richiesta dal giudice.

Ulteriore problema che nella pratica sovente si pone con riguardo all'acquisizione della documentazione contabile e se ciò possa avvenire in via officiosa – in sede di operazioni peritali – a mezzo dello stesso ctu nominato dal giudice. Riteniamo di non potere condividere l'opinione di chi risponde in termini negativi al quesito prendendo spunto dal principio dispositivo e dal rigido atteggiarsi delle preclusioni istruttorie nel nuovo rito civile. Tutto ciò porterebbe a ritenere che <<neppure con il consenso delle parti il giudice – e per lui il consulente d'ufficio – possa esaminare la documentazione prodotta dopo il maturare delle preclusioni istruttorie, e del pari a ritenere vietata la consegna al ctu o l'acquisizione da parte di

⁴⁵ Cass. civ., Sez. lavoro, 7 giugno 2002, n.8310, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 423.

quest'ultimo di siffatta documentazione>>⁴⁶, salve eccezionali ipotesi di rimessione in termini ai sensi dell'art. 184 bis c.p.c.. Condivisibile invece appare l'opinione di chi, sul presupposto che <<la consulenza tecnica non è soltanto strumento di valutazione tecnica, ma anche di accertamento o di ricostruzione storica dei fatti prospettati dalle parti secondo il prudente criterio valutativo del giudice del merito e senza che costituisca un mezzo sostitutivo dell' *onus probandi* su di esse incombente>>, ritiene che sia consentito <<nei limiti del principio dispositivo all'ausiliare del giudice di assumere, di sua iniziativa, notizie non rilevabili dagli atti processuali e accertare fatti che siano intimamente collegati con quelli acquisiti attraverso il meccanismo delle prove>>. Il consulente d'ufficio, pertanto, può svolgere tali indagini anche oltre i termini di cui allo sbarramento posto dall'articolo 184 del c.p.c.⁴⁷.

⁴⁶ In tal senso Trib. Pescara, 7 giugno 2005, *cit.*; R. LEONETTI, *Il punto su alcune questioni in materia bancaria, o.l.u.c.*

⁴⁷ Trib. Parma, 3 maggio 2005, in *Guida dir.*, 2005, p. 83; Trib. Bari, 1 gennaio 2007, in *Infoute*, 2007 : resta da chiedersi se la disciplina speciale prevista dall'articolo 198 del c.p.c., che fa divieto al consulente di esaminare (senza il consenso espresso di tutte le parti) documenti non formalmente acquisiti al giudizio, non è applicabile al di fuori delle consulenze contabili (in argomento v. Cass., , 17 dicembre 2004, n. 23470, in *Foro it. Mass.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 287).