

Onere della prova del credito della banca nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e facoltà dei garanti a poter sollevare eccezioni di nullità

di AVV. LORENZO BULDRINI

Sentenza commentata: **Corte di Appello di Bologna, 10 febbraio 2023, n. 290, Pres. De Cristofaro, Rel. Santilli***

La Corte d'Appello di Bologna, con sentenza n. 290 pubblicata il 10.02.2023 ha ribadito un concetto fondamentale in materia di onere della prova a carico della Banca nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, ovvero che l'Istituto di credito, in qualità di attore sostanziale, ha l'onere di provare il proprio credito tramite la produzione integrale degli estratti conto, in mancanza il credito non può ritenersi provato ed il decreto ingiuntivo deve essere revocato.

A tal proposito, si ricorda che, nei giudizi promossi dalla banca, la giurisprudenza di legittimità può dirsi oramai sufficientemente consolidata con riferimento agli oneri probatori gravanti sulla banca prima in sede monitoria e poi nel successivo giudizio di opposizione.

Infatti, se l'art. 50 T.U.B. prevede per tutti gli istituti di credito un particolare privilegio probatorio per cui accanto al titolo negoziale, da cui origina il rapporto, è sufficiente la produzione dell'estratto conto certificato conforme alle scritture contabili da uno dei dirigenti, nella successiva fase d'opposizione a decreto ingiuntivo, a fronte delle eccezioni di nullità sollevate dall'opponente, è la banca opposta/convenuta formale ma attrice in senso sostanziale a dover provare tutti gli elementi costitutivi della pretesa creditoria sia nell'*an* che nel *quantum* tramite l'integrale produzione degli

Note:

* Sentenza disponibile sul sito internet di Centro Anomalie Bancarie all'indirizzo: <https://centroanomaliebancarie.it/2023/02/27/corte-di-appello-di-bologna-10-febbraio-2023-n-290-pres-de-cristofaro-rel-santilli/>

estratti conto a partire dalla data di apertura del conto corrente al fine di effettuare l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate.

Il suddetto principio, accolto dalla Giurisprudenza di legittimità maggioritaria (Cass. n. 9365/2018, Cass. n. 11543/2019 e Cass. n. 2435/2020) nonché da precedenti della stessa III Sez. della Corte d'Appello di Bologna (sentenza del 13.07.2021 e n. 1067 del 09/03/2018) opera una volta che sia stata accertata la nullità di alcune clausole contrattuali e sia stata contestata la mancata produzione di tutti gli estratti conto probanti il credito azionato.

Vi è da dire che la Corte d'Appello di Bologna si è spinta oltre, ovvero ha affermato come le eccezioni dell'opponente debbano essere prese in considerazione una volta effettivamente provato il credito della banca convenuta/opposta tramite la produzione della serie completa degli estratti conto: *“ In sostanza, l'onere della prova dei fatti costitutivi del diritto di credito è compiutamente assolto, qualora gli estratti conto siano contestati, solo con la loro completa produzione: dunque il decreto ingiuntivo, pur legittimamente concesso in base alla dichiarazione ex art. 50 TUB, deve essere revocato (...omissis..). In conclusione, la mancanza di tutti gli estratti conto necessari all'accertamento dell'esistenza del rapporto di conto corrente e della validità di tutte le relative pattuizioni, impedisce di ritenere provato il credito di cui al decreto ingiuntivo perché, nel successivo giudizio di opposizione, l'opposta, attrice sostanziale, non ha fornito la piena prova del suo diritto”*.

Inoltre la Corte d'Appello di Bologna, ha riaffermato un altro importante principio ovvero che la conservazione degli estratti conto da parte della Banca non può limitarsi a dieci anni ai sensi dell'art. 119 TUB (come aveva affermato il

Giudice di primo grado) poiché tale facoltà non può comportare una deroga all'onere di provare il fatto costitutivo del diritto di credito vantato e non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito.

Nel caso sottoposto alla decisione della Corte d'Appello di Bologna, la banca, a fronte di un rapporto di conto corrente acceso nel 1987 e chiuso per revoca degli affidamenti nel 2014 si era limitata a produrre gli estratti conto a partire dal 2001 omettendo la produzione dei primi 15 anni del rapporto.

Il sottoscritto difensore, nell'atto introduttivo del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, proposto innanzi al Tribunale di Ferrara, aveva eccepito la nullità di clausole contrattuali per illegittima applicazione d'interessi anatocistici, ultra-legali (uso piazza) e cms indeterminate, oltre ad aver contestato la sussistenza della prova del credito per mancata produzione della serie completa degli estratti conto.

Il Giudice di prime cure, dopo aver concesso, nel corso della prima udienza, la sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, aver accertato l'accensione del rapporto nel 1987 invece del 2005 (come sostenuto dalla banca nel ricorso per ingiunzione di pagamento), nonché la fondatezza delle eccezioni di nullità sollevate dagli attori/opponenti ha rigettato l'opposizione per difetto di prova ritenendo che:

“Parte opposta ha prodotto detti estratti conto a partire dal 2001. Orbene a fronte di una simile ampia produzione documentale, ben avrebbe potuto parte opponente svolgere compiutamente le proprie difese, indicando gli specifici addebiti che la banca avrebbe compiuto illegittimamente. L'opponente si limita, invece a contestazioni che rimangono ancorate ad astratte affermazioni di principio e come tali inidonee a paralizzare la pretesa creditoria. Parte opponente ha omissis”

di allegare quali importi siano stati addebitati a titolo d'interessi e di specificare per quali importi detti interessi siano risultati superiori al tasso legale, senza previa pattuizione scritta ed in violazione, quindi, dell'art. 1284 c.c.

Né ha specificato quali importi siano stati applicati a titolo di commissioni asseritamente non dovute purché non ritualmente pattuite. Parte convenuta, da parte sua, ha documentato il pluriennale andamento del rapporto e prodotto prova di numerosi affidamenti. Non è dato, è vero, di conoscere quale fosse l'andamento del rapporto negli anni precedenti al primo estratto conto prodotto dalla banca, ma tale carenza non può di per sé ripercuotersi a carico della banca, che è non tenuta a conservare documentazione contrattuale per oltre 10 anni ai sensi dell'art. 119 TUB. L'opposizione va quindi respinta. La natura interpretativa delle questioni affrontate impone di compensare le spese di lite”.

A sommosso parere del sottoscritto difensore, il Giudice del Tribunale di Ferrara, considerato che il saldo del primo estratto conto prodotto riportava un saldo a debito del correntista, avrebbe, tutt'al più potuto dare ingresso ad una CTU per procedere al ricalcolo del saldo dare-avere mediante l'applicazione del cd “saldo zero” come ritenuto, in questi casi, da una parte della giurisprudenza anche di legittimità (V. Cass. n. 13258/2017; 11543/2019; 2435/2020, 23852/2020).

Vi è da dire però che, nel nostro caso, considerato che la mancanza degli estratti conto non si limitava ad un breve periodo bensì a 15 anni di rapporto, sarebbe stato più corretto seguire l'orientamento espresso dalla sentenza della Suprema Corte n. 11543/2019, la quale ha ritenuto illegittima l'applicazione del saldo zero poiché avrebbe concesso un “vantaggio” ingiusto alla banca convenuta opposta.

Nella fattispecie non può infatti escludersi come il saldo attestato dal primo degli estratti conto acquisiti al giudizio fosse di segno negativo proprio in ragione di pregressi addebiti

di importi non dovuti e che esso avrebbe potuto risultare di segno positivo ove fosse stato depurato dalle illegittime apposizioni in considerazione della enorme quantità di estratti conto mancati (*ante* delibera CICR del 09.02.2000).

Sicuramente il credito azionato in via monitoria dalla Banca, una volta accertate le nullità di alcune clausole non doveva essere confermato dal Giudice di primo grado in quanto la carenza documentale (assenza di estratti conto dal 1987 al 2001) non poteva integrare la prova di tutti i fatti costitutivi di quel saldo e quindi del credito oggetto d'ingiunzione. Così come sarebbe stato oltremodo difficile, da parte dell'opponente, indicare in maniera specifica gli importi ritenuti illegittimi, come ritenuto in sentenza dal Giudice di prime cure, sia perché una perizia di parte non avrebbe avuto alcun valore probatorio, sia perché sarebbe risultata impossibile l'eventuale ricostruzione del credito effettivo mediante una perizia in assenza di dati contabili certi dovuti alla mancanza della serie completa degli estratti conto.

Inoltre, se è vero che il convenuto/opponente è gravato dall'onere di contestazione specifica dei fatti posti dall'attore/opposto a fondamento della domanda, resta fermo che questo onere si coordina con quello di allegazione che incombe sui fatti di causa, sicché la mancata allegazione puntuale dei fatti costitutivi, modificativi o estintivi rispetto ai quali opera il principio di non contestazione esonera il convenuto, che abbia genericamente negato il fatto altrettanto genericamente allegato, dall'onere di compiere una contestazione circostanziata (Cass. n. 36908/2020). Nel caso in esame, vi è da dire come parte opponente non si era semplicemente limitata ad eccepire la mancata prova del credito ma aveva, preliminarmente, eccepito la nullità di alcune clausole contrattuali (nullità oltretutto accertate dal Tribunale di Ferrara).

Infine è da considerare del tutto infondata

L'affermazione del Giudice di prime cure quando ha giustificato la parziale produzione degli estratti conto con la seguente motivazione : *“Non è dato, è vero, di conoscere quale fosse l'andamento del rapporto negli anni precedenti al primo estratto conto prodotto dalla banca, ma tale carenza non può di per sè ripercuotersi a carico della banca, che non è tenuta a conservare la documentazione contrattuale per oltre 10 anni ai sensi dell'art. 119 4 co. T.U.B.”*

La suddetta motivazione è priva di fondamento poiché contrasta con l'orientamento consolidato in giurisprudenza. Sul punto la Suprema Corte, infatti, ha da sempre affermato, nella situazione in cui viene accertata la nullità delle clausole contrattuali per illegittima applicazione di interessi anatocistici ed ultralegali che *“... la banca ha l'onere di produrre gli estratti conto a partire dall'apertura del conto; né essa banca può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre 10 anni, perché non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito* (Cass. Civ. n. 371/2018; in senso conforme Cass. Civ. n. 23974/2010; Cass. Civ. n. 7972/2016; Cass. Civ. n. 19696/2014; Cass. Civ. n. 1842/2011; Cass. Civ. n. 10692/2007).

La Corte d'appello di Bologna ha pertanto voluto ribadire il principio già espresso in precedenti pronunce ovvero, che in giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, è la banca attrice/sostanziale a dover innanzitutto provare il proprio credito mediante la produzione completa di tutti gli estratti conto la quale non può trincerarsi dietro l'onere di tenuta delle scritture contabili previsto dall'art 119 TUB che non opera in caso di onere della prova del credito.

Quanto sancito dalla Corte d'appello di Bologna d'altronde è stato confermato anche dalla Suprema Corte con la recente Ordinanza n. 1892 del 23.01.2023 per la quale *“ In sede di opposizione a decreto ingiuntivo,*

trovano applicazione le consuete regole di ripartizione dell'onere della prova, con la conseguenza che l'opposto, pur assumendo formalmente la posizione di convenuto, riveste la qualità di attore in senso sostanziale, sicché spetta a lui provare nel merito i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Ne consegue che, nel caso in cui l'opposizione all'ingiunzione di pagamento del saldo passivo del conto corrente sia stata fondata su motivi non formali, quali la inutilizzabilità dell'estratto conto certificato ma anche sostanziale, quali la contestazione dell'importo a debito, risultante dall'applicazione di tassi d'interesse ultralegali e di interessi anatocistici vietati, nel giudizio a cognizione piena, spetta alla banca produrre il contratto su cui si fonda il rapporto, documentare l'andamento di quest'ultimo e fornire così la piena prova della propria pretesa ...”

Infine la pronuncia in esame ha confermato un orientamento oramai consolidato in punto alla possibilità del garante autonomo di poter sollevare le eccezioni di nullità relative non solo all'illegittima applicazione di interessi ultralegali ma anche in relazione agli interessi anatocistici illegittimi, aspetto evidenziato anche dal Giudice di prime cure e confermato dalla più recente giurisprudenza di legittimità. Sul punto la Suprema Corte con sentenza n. 24011 del 16.03.2021: *“...il garante è legittimato a sollevare nei confronti della banca l'eccezione di nullità della clausola anatocistica atteso che, ove non ricorrano le particolari condizioni legittimanti previste dall'art. 1283 cod. civ (Cass. S.U. n. 21095/2004), la capitalizzazione, fondandosi su un uso negoziale, anziché normativo (il solo che ammette la deroga dell'art. 1293 cod. civ.) deve ritenersi vietata per violazione di una norma cogente, dettata a tutela di un interesse pubblico”* (conforme Cass. Civ. n. 3873/2021 del 16/02/2021).