



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Prima civile, composta dai Sigg.:

R. Gen. N. 1438/2018

Dott. Giuseppe Magnoli

Presidente

Dott. Maria Tulumello

Consigliere rel.

Dott. Vittoria Gabriele

Consigliere

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile n. 1438/2018 R.G. promossa con atto di citazione notificato in data 27 luglio 2018 e **posta in decisione all'udienza collegiale del 03/11/2021**

da

██████████ G ██████████ (C.F. ██████████), rappresentato e difeso dall'avv. ██████████ e dall'avv. ██████████

██████████, elettivamente domiciliato in ██████████

██████████ resso il difensore avv. ██████████, come da

procura in atti

**APPELLANTE**

OGGETTO: Bancario  
(deposito bancario,  
cassetta di sicurezza,  
apertura di credito  
bancario)



co n t r o

B [REDACTED] C [REDACTED] C [REDACTED] B [REDACTED] O [REDACTED]  
SOC. COOP. (C.F. [REDACTED]), rappresentato e difeso dall'avv. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED], elettivamente domiciliato in [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] come da procura in atti

**APPELLATO**

## CONCLUSIONI

### **Dell'appellante**

- Ogni contraria istanza eccezione e difesa disattesa;

In via istruttoria: sebbene la presente controversia sia di natura documentale, atteso che la convenuta non ha contestato la quantificazione degli illegittimi addebiti così come richiesti in restituzione dall'attrice nel presente giudizio, si insiste affinché venga disposta consulenza tecnica contabile d'ufficio sul rapporto di conto corrente n. 301908, al fine di confermare le risultanze di cui alla perizia allegata al doc. 2 – fasc. primo grado, ed in particolare:

a) Determinare, in assenza del contratto di apertura del conto corrente n. 301908 e, dunque, della pattuizione delle condizioni economiche applicate al rapporto suddetto, gli interessi dovuti dalla correntista nella misura legale, ovvero sia nella misura prevista dall'articolo 117 TUB vale a dire al tasso nominale minimo o quello massimo dei buoni ordinari indicati dal Ministero



del Tesoro emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive;

b) Determinare l'ammontare delle commissioni di massimo scoperto e delle spese di tenuta conto addebitate alla correntista durante la pendenza del rapporto di conto corrente, atteso che le stesse non sono dovute in mancanza di specifica pattuizione;

c) Determinare l'ammontare delle commissioni sul fido accordato ex. art. 117 bis TUB addebitate alla correntista durante la pendenza del rapporto di conto corrente per mancata pattuizione e, in ogni caso, indeterminatezza delle stesse, a decorrere dal III trimestre 2009 e sino alla estinzione del rapporto;

d) Determinare l'importo degli interessi addebitati sulle commissioni e spese di tenuta conto applicate ai fini dello storno dei medesimi non essendo prevista alcuna pattuizione, in merito alle commissioni di massimo scoperto e alle spese di tenuta conto;

e) Determinare l'illegittimo addebito della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi durante la pendenza del rapporto e sino alla conclusione dello stesso;

f) In ragione di quanto sopra, determinare il saldo finale del rapporto e la differenza rispetto al saldo Banca.

Nel merito: - in via principale: in accoglimento del presente appello, annullare e riformare la sentenza n. 250/2018 – Rep. 573/2018, emessa dal Tribunale di



Bergamo, in persona del G.I. dott. Tommaso Del Giudice, nel procedimento rubricato al n. R.G. 5401/2017, pubblicata in data 30.01.2018 e non notificata e, per l'effetto: a) accertare e dichiarare l'esistenza di un affidamento sul conto corrente n. 03-301908 concesso dalla banca convenuta al sig. [REDACTED] G [REDACTED] dell'importo di L. 200.000.000 sino al 31.12.2001 e di € 150.000,00 dall'01.01.2002 sino all'estinzione del rapporto senza la pattuizione delle condizioni applicabili alle predette linee di credito; b) Accertare e/o dichiarare che il rapporto di conto corrente n. 03-301908 intrattenuto tra il signor [REDACTED] G [REDACTED] in qualità di titolare e legale rappresentante della omonima impresa individuale e la banca convenuta è stato inficiato dallo illegittimo addebito al Correntista di importi a titolo di interessi, commissioni e spese per valori univocamente superiori a quelli effettivamente dovuti; c) per l'effetto, condannare la banca convenuta alla restituzione in favore dell'attore dell'importo di € 109.242,85, di cui € 87.800,86 a titolo di "delta interessi", € 16.369,29 a titolo di c.m.s. e commissioni di cui all'art. 117 bis TUB, € 4.593,44 a titolo di spese ed € 479,26 a titolo di interessi su commissioni e su spese, con interessi e rivalutazione monetaria su tutte le somme che verranno liquidate in favore dell'attore dal dovuto al saldo;

- in via subordinata, in accoglimento del presente appello, annullare e riformare la sentenza n. 250/2018 – Rep. 573/2018, emessa dal Tribunale di



Bergamo, in persona del G.I. dott. Tommaso Del Giudice, nel procedimento rubricato al n. R.G. 5401/2017, pubblicata in data 30.01.2018 e non notificata, condannare B [REDACTED] B [REDACTED] e O [REDACTED] al pagamento in favore dell'odierno attore dell'importo di € 143.380,73, o della maggiore o minore somma emergente in corso di causa, oltre interessi e rivalutazioni dal dovuto sino al saldo, a titolo di interessi anatocistici illegittimamente applicati nel periodo oggetto di indagine;

- in ogni caso: Con vittoria di spese e compensi professionali del giudizio di primo grado e del presente grado di giudizio.

### Dell'appellato

Nel merito: Respingere per tutti i motivi esposti l'appello formulato da G [REDACTED] [REDACTED] e per l'effetto confermare integralmente la sentenza n. 250 emessa inter partes dal Tribunale di Bergamo il 30 gennaio 2018, mandando B [REDACTED] C [REDACTED] C [REDACTED] B [REDACTED] e O [REDACTED] S.C. assolta da ogni domanda.

In via istruttoria: Rigettare le istanze istruttorie formulate ex adverso, ivi compresa quella di ammissione di una consulenza tecnica d'ufficio in quanto inammissibile per i motivi indicati nella comparsa di costituzione in appello.

In ogni caso Spese e competenze dell'intero giudizio integralmente rifuse.



**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con atto di citazione notificato in data 23/5/2017, G [REDACTED] [REDACTED] conveniva B [REDACTED] di c [REDACTED] c [REDACTED] B [REDACTED] O [REDACTED] soc coop. Esponeva che nel dicembre 1989 aveva stipulato rapporto di conto corrente ordinario n 03-301908 che era stato estinto nel 2013 e che contestualmente era stata concessa un'apertura di credito "di fatto" dell'importo di lire 200.000.000 appoggiata su tale conto, il quale al 31.12.1992 aveva un saldo debitore di lire 95.670.877, come risulta dal primo estratto conto disponibile del 1993; che in relazione a tale conto corrente aveva incaricato lo studio B [REDACTED] di verificare se i tassi applicati fossero inferiori al tasso usura, se fossero legittimi o meno gli interessi applicati alla luce della disciplina dell'anatocismo e dell'art 117 TUB nonché la legittima applicazione di tassi passivi e CMS; che lo studio B [REDACTED] aveva accertato che erano stati addebitati interessi passivi ed altri costi per complessivi € 109.242,85; che aveva quindi inviato alla Banca lettera di diffida per il rimborso delle somme indebite, senza ottenere alcun riscontro; che pertanto nella prospettiva dell'avvio della azione giudiziaria aveva inoltrato alla Banca la richiesta di copia del contratto di conto corrente senza tuttavia ottenerlo e quindi si era rivolto al legale che aveva reiterato la istanza, ricevendo in data 31 luglio 2015 dalla Banca risposta che il documento non era stato ancora reperito.

Chiedeva quindi l'accertamento della sussistenza di un fido di fatto tra le parti,



nonché delle nullità parziali del rapporto contrattuale intercorso tra le parti, per mancata pattuizione scritta relativamente agli interessi passivi, di cui chiedeva la sostituzione con quelle di cui all'art 117 TUB , e per CMS ed altre spese. Domandava quindi la condanna della Banca alla restituzione degli importi riscossi indebitamente ed analiticamente indicati nell'atto di citazione .

Si costituiva B [REDACTED] C [REDACTED] C [REDACTED] B [REDACTED] O [REDACTED] soc coop, eccependo in via preliminare la nullità dell'atto di citazione. Nel merito evidenziava che incombeva sull'attore, il quale aveva proposto azione di ripetizione dell'indebitato, l'onere di dimostrare che erano state applicate condizioni non concordate e quindi l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento, che assumeva non dovuta . Rilevava che tuttavia non era stata dimessa in atti la copia del contratto di conto corrente e neppure della apertura di credito asseritamente aperta in via unilaterale. Ricordava che nella missiva del 9 aprile 2015 la controparte aveva dichiarato che la copia, che gli era stata consegnata, non era più in suo possesso. Contestava che potesse essere imputata alla Banca la mancata consegna del contratto a distanza di quasi trenta anni. Negava poi la fondatezza dell'affermazione secondo cui la mancanza del contratto di conto corrente determinerebbe la nullità per difetto di forma e l'applicazione ex art 117 TUB . Escludeva in ogni caso che il contratto non fosse stato concluso per iscritto, pur



sottolineando che l'obbligo era stato introdotto con la L 154/92 e quindi in epoca successiva alla instaurazione del rapporto in oggetto. Chiedeva quindi il rigetto della domanda dal momento che parte attrice non aveva assolto all'onere probatorio. In ogni caso contestava i risultati della consulenza di parte prodotta dalla controparte, evidenziando che il calcolo era stato effettuato sulla base degli estratti conto scalari trimestrali che non permettevano di individuare le operazioni che avevano determinato le annotazioni degli interessi e di ricostruire esattamente i movimenti effettuati.

Con sentenza n 250/ 2018 pubblicata in data 30 gennaio 2018, il Tribunale di Bergamo respingeva le domande e condannava G [REDACTED] [REDACTED] a rifondere alla controparte le spese di lite.

Rilevava che l'attore aveva chiesto la rideterminazione del saldo in ragione di nullità di singole pattuizioni senza tuttavia produrre il contratto, che doveva ritenersi pacificamente redatto per iscritto alla stregua di quanto dichiarato dallo stesso [REDACTED] nel documento 5; pertanto ravvisava che quest' ultimo non avesse assolto all'onere probatorio gravante pacificamente sul correntista-attore. Reputava poi non pertinente il richiamo all'art. 119, comma 4, TUB considerato che l'attore stesso aveva indicato la genesi del rapporto nel 1988 mentre la prima richiesta di detto documento era del 9 aprile 2015, e quindi ben oltre il decorso del decennio. Escludeva poi che



potesse essere rilevante il riferimento al principio di buona fede, che non implicava comunque il superamento del decennio indicato ex art. 119, comma 4, TUB, nemmeno secondo la citata Cass., sent. n. 11004 del 2006. Osservava che, in ogni caso, l'omessa evasione di detta istanza da parte dell'istituto di credito non implicava l'inversione dell'onere probatorio.

Parimenti rilevava la irrilevanza del richiamo alla "consegna dell'esemplare" previsto all'art. 117, comma 1, c.c., dal momento che tale disposizione concerne la consegna di una copia al correntista in sede di stipula e che la richiesta di diversa copia in un momento successivo alla conclusione del contratto è disciplinata esclusivamente dall'art. 119, comma 4, TUB; e in ogni caso sottolineava che l'attore, nel proprio doc. 5, aveva dichiarato di non essere "più" in possesso del contratto, con ciò evidenziando che in passato lo era stato e che, dunque, aveva ricevuto copia di detta scrittura.

Per completezza, evidenziava che l'attore non aveva richiesto l'esibizione di detto contratto ex art. 210 c.p.c., istanza che, in ogni caso, laddove formulata sarebbe stata dichiarata inammissibile per molteplici ragioni di fatto e di diritto, essendo trascorso il decennio dalla stipula ed avendo la banca fatto presente di non essere in grado di reperirlo, per cui mancava la prova che il documento fosse nella disponibilità della convenuta, come richiesto dall'art 94 disp att. c.p.c.. In ogni caso escludeva che l'ordine di esibizione potesse essere emesso a superamento dell'onere probatorio, dato che il correntista ha



l'onere di conservare i contratti bancari e gli estratti conto, soprattutto se imprenditore. Richiamava inoltre numerosi precedenti della Suprema Corte che escludevano sotto vari profili l'ammissibilità dell'ordine ex art 210 c.p.c.. Parimenti, negava che il contratto potesse essere acquisito nell'ambito della CTU al fine di sopperire all'onere probatorio incombente sulla parte .

Respingeva parimenti la domanda di accertamento del “*fido di fatto*” e degli illegittimi addebiti asseritamente contrastanti con quanto pattuito per detto negozio. Ricordato che con l'espressione “*fido di fatto*” si intendeva l'apertura di credito senza la sottoscrizione di un relativo contratto, sottolineava che la conclusione di detto negozio per fatti concludenti era stata contestata dalla convenuta (pag. 3-5 della comparsa di costituzione e risposta).

Evidenziato che l'attore aveva dedotto che la banca “*concedeva una apertura di credito di fatto appoggiata sul conto corrente*” e “*contestualmente alla apertura del superiore conto*” pag. 2 della citazione), il Tribunale rilevava che l'insufficienza probatoria derivata dalla mancata produzione del contratto di conto corrente, a cui sarebbe stata appoggiata l'apertura di credito, determinava l'impossibilità di ricostruire il saldo e la natura indebita degli importi asseritamente pagati dal correntista, come pure di distinguere quali addebiti fossero derivati dal contratto di conto corrente e quali invece dall'apertura di credito. Aggiungeva che per assumere la sussistenza dell'indebito gravava sull'attore e correntista l'onere di provare quali



condizioni erano state originariamente pattuite e quali invece applicate di fatto, ma egli non aveva assolto all'onere probatorio. Reputava infine tali profili dirimenti, con conseguente assorbimento delle ulteriori questioni.

Proponeva appello G [REDACTED] [REDACTED] chiedendo, previa sospensione della provvisoria esecutorietà della sentenza, in riforma della medesima, l'accoglimento delle domande proposte in primo grado. In via istruttoria chiedeva CTU contabile sul rapporto di conto corrente n 301908 al fine di confermare le risultanze della perizia allegata .

Si costituiva B [REDACTED] C [REDACTED] C [REDACTED] B [REDACTED] C [REDACTED] scapa chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza.

Con provvedimento in data 12 dicembre 2018 la Corte dichiarava non luogo a provvedere sulla istanza di sospensiva , essendo stato dato atto che era stata data esecuzione alla sentenza.

Alla udienza del 3 novembre 2021, mediante scambio e deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni a sensi dell'art. 83 comma 7, lett. h) dl 17 marzo 2020, n. 18, convertito con legge 24 aprile 2020, n. 27, comparivano il procuratore della parte appellante che insisteva per l'ammissione della CTU ed in subordine concludeva come da foglio depositato in consolle; nonché il procuratore di parte appellata che concludeva come da foglio depositato in consolle. La causa veniva trattenuta



in decisione previa concessione di termini per conclusionali e repliche.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, l'appellante lamenta che il Tribunale ha valutato in modo errato le risultanze istruttorie in relazione alla esistenza ed alla produzione del titolo costitutivo del rapporto, avendo desunto dal documento n. 5, dimesso da parte attrice, la prova che il contratto era stato concluso per iscritto. Obietta che da tale comunicazione non era possibile evincere alcuna prova della pattuizione per iscritto, tanto che le successive richieste indirizzate al legale della banca non facevano in alcun modo riferimento alla stipulazione di un accordo in forma scritta. Sostiene quindi che il Tribunale avrebbe dovuto affermare che alla mancata evasione da parte della banca della richiesta di ottenere copia del contratto avanzata dall'attore conseguiva la declaratoria di nullità della pattuizione degli interessi ultra legali. Al contempo stigmatizza che il giudice di prime cure ha applicato in modo errato i principi in tema di onere della prova, poiché nell'ipotesi di azione di ripetizione da parte del correntista incombe sulla controparte fornire la prova del titolo. In secondo luogo censura la sentenza per avere affermato che l'attore non poteva chiedere il contratto alla banca ai sensi dell'art 119 TUB, essendo decorso più di un decennio dalla apertura del rapporto. Assume che il Tribunale ha operato una errata applicazione degli artt. 117 e 119 TUB, dal momento che questo ultimo si riferisce alle



sole comunicazioni periodiche aventi ad oggetto le “singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni” mentre il diritto del cliente ad ottenere il contratto si fonda sull’art 117 TUB, che impone la consegna di una copia del titolo al cliente non solo al momento in cui il contratto è concluso, ma tutte le volte che lo richieda per averlo smarrito o per non averlo mai ricevuto. Aggiunge che il fondamento di tale obbligo risiede nel principio di buona fede contrattuale. Richiama una pronuncia del Tribunale di Milano che afferma l’obbligo della banca di conservazione del contratto senza alcun limite temporale attesa la non applicabilità a tale documento dell’art 119 TUB ed il relativo limite temporale. Assume che in ragione della mancata consegna del contratto scritto, a prescindere o meno dalla esistenza del medesimo, la Banca non poteva applicare interessi ultralegali, anatocistici, commissioni e spese. Conclude quindi chiedendo che si accerti che il rapporto non è stato stipulato per iscritto in ragione della mancata evasione ad opera dell’appellata della richiesta di copia; rileva poi che essendo il contratto stato stipulato in epoca anteriore alla entrata in vigore della normativa che ha imposto la forma scritta *ad substantiam*, la produzione del documento contrattuale non era necessaria mentre era onere della Banca fornire la prova positiva del fatto contrario ovvero la sussistenza del titolo. Conseguentemente chiede che la domanda sia valutata nel merito e, nel caso in cui non venga disposta CTU, sia accolta sulla base delle risultanze in atti.



Infine denuncia che il Tribunale è incorso in vizio di ultrapetizione essendosi soffermato ad illustrare le ragioni dell'inammissibilità di una istanza di esibizione ex art 210 c.p.c. che non era mai stata formulata, con conseguente nullità della sentenza.

Con il secondo motivo censura la sentenza nella parte in cui non ha accolto la domanda diretta all'accertamento di un fido di fatto accordato per lire 200.000.000. Ricorda che il Tribunale sul punto ha dedotto che : *“in carenza di produzione del contratto scritto di conto corrente, non è possibile evincere nemmeno per presunzioni un compiuto regolamento negoziale dell'apertura di credito sul medesimo conto appoggiata:”* ed ha ritenuto che *“l'insufficienza probatoria derivata dalla mancata produzione del contratto di conto corrente cui asseritamente è stata appoggiata l'apertura di credito 1. determina l'impossibilità di ricostruire il saldo e dunque, a contrario, la natura indebita degli importi asseritamente pagati dal correntista in favore di quest'ultima parte; 2. determina l'impossibilità di distinguere quali addebiti – tra cui in primis, ma non esclusivamente, gli interessi - siano derivati dal contratto di conto corrente che il correntista non ha prodotto e che doveva produrre da quelli asseritamente ma indimostratamente derivati dall'apertura di credito; 3. si risolve in un'inosservanza dell'onere probatorio gravante sull'attore-correntista alla stregua dei principi della Suprema Corte..... A ciò deve essere aggiunto che l'omessa corrispondenza degli addebiti rispetto a quanto*



*pattuito (asseritamente non per iscritto e per fatti concludenti) per la sola apertura di credito in conto corrente coincide con la prova della natura indebita degli importi che l'attore intende ripetere. Infatti, per assumere la sussistenza dell'indebito grava sull'attore-correntista l'onere di provare quali condizioni erano state originariamente ed asseritamente de facto pattuite e, dunque, ricadono sull'attore correntista le conseguenze derivate dalla mancanza di prove circa le condizioni dell'apertura di credito asseritamente stipulata nel 1988 ed asseritamente non osservate dalla banca in fase di esecuzione del rapporto contrattuale”.*

Stigmatizza che la decisione del Tribunale si fonda sulla errata individuazione del soggetto su cui incombe l'onere probatorio; ribadisce che non solo il contratto di apertura di credito non è mai esistito ma che non incombeva sull'attore l'onere di produrlo, e che in ogni caso egli si era attivato antecedentemente alla causa per acquisirne una copia. Ricorda come il correntista possa provare con prove indirette la concessione del fido di fatto e che nello specifico dagli estratti conto dimessi erano stati annotati interessi passivi, cms per l'intera durata del rapporto e che tali elementi costituivano indizi sufficienti a dimostrare la concessione di un fido di fatto .

I motivi, di cui è opportuna la trattazione congiunta dal momento che entrambi implicano la individuazione del soggetto su cui incombe l'onere probatorio e l'accertamento delle condizioni contrattuali, non possono trovare



accoglimento.

Con l'atto di citazione di primo grado G [REDACTED] [REDACTED] allegava di avere stipulato nel dicembre del 1989 contratto di conto corrente ordinario n 03-301908, estinto del 2013, con la Banca convenuta che gli aveva concesso contestualmente un fido di fatto; deduceva inoltre di avere preso contezza da una relazione redatta da un consulente di parte che erano stati applicati interessi, commissioni di massimo scoperto e spese in misura superiore al dovuto e chiedeva quindi la condanna della B [REDACTED] di C [REDACTED] C [REDACTED] B [REDACTED] C [REDACTED] soc coop al pagamento delle somme indebitamente ricevute.

Osserva la Corte che dal momento che è stata denunciata l'applicazione di condizioni contrattuali in assenza di valide pattuizioni negoziali, va preliminarmente accertato il soggetto su cui grava il relativo onere probatorio. Come illustrato, la difesa dell'appellante censura, sotto plurimi aspetti, che il Tribunale sarebbe incorso in una errata interpretazione dei principi in tema di onere delle prova ed assume che in ragione dell'omessa consegna da parte della Banca del contratto deve dichiararsi la mancata pattuizione delle condizioni in forma scritta.

Tuttavia, va ricordato che la Suprema Corte, con un indirizzo che può ritenersi oramai consolidato, ha affermato che: *“Ora, in tema di ripetizione di indebito opera il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore*



*il quale, quindi, è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (Cass. 27 novembre 2018, n. 30713; con specifico riguardo alla ripetizione in materia di conto corrente bancario: Cass. 23 ottobre 2017, n. 24948). Il principio trova applicazione anche ove si faccia questione dell'obbligazione restitutoria dipendente dalla (asserita) nullità di singole clausole contrattuali: infatti, chi allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell'accipiens l'azione di indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta (Cass. 14 maggio 2012, n. 7501). Ciò implica che, assunta l'esistenza del contratto scritto di conto corrente, l'attore in ripetizione che allegghi, come nel caso in esame, la mancata valida pattuizione, in esso, dell'interesse debitore, sia onerato di dar prova dell'assenza della causa debendi attraverso la produzione in giudizio del documento contrattuale: è attraverso tale scritto, infatti, che il correntista dimostra la mancanza, nel contratto, della pattuizione degli interessi o la nullità di essa (nullità che, nel periodo anteriore all'entrata in vigore della l. n. 154/1992, può dipendere dalla non sicura determinabilità della prestazione di interessi alla stregua della genericità dell'elemento estrinseco cui fa rinvio l'accordo negoziale.) Erra dunque, la società attrice, allorquando riversa l'onere della prova relativa alla documentazione del contratto sulla banca tenuto conto che*



*tale principio non trova applicazione quando ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione” ( Cass. 13 dicembre 2019, n. 33009).*

Pertanto, in applicazione del menzionato indirizzo giurisprudenziale, l'appellante che ha proposto domanda di restituzione dell'indebitto è onerato non solo della produzione degli estratti conto, sulla base dei quali possa essere elaborata la ricostruzione, da integrarsi, eventualmente, con altri elementi probatori in caso di incompleta produzione, ma in primo luogo della dimostrazione delle condizioni economiche, in relazione alle quali ha dedotto l'illegittima applicazione degli interessi passivi e di altri voci.

Come ricordato dal Tribunale, è in atti la missiva del 9 aprile 2015 con cui G [redacted] chiedeva a B [redacted] C [redacted] B [redacted] O [redacted] copia del contratto stipulato in data 27 dicembre 1989 con numero di conto corrente n 301908 c/o filiale di Bariano (BG) intestata a [redacted] G [redacted] adducendo che “ non è più in mio possesso”.

Inoltre anche nelle successive note con cui l'avvocato [redacted] ha sollecitato l'intervento dell'avvocato [redacted] si faceva riferimento alla richiesta di consegna del contratto avanzata dal [redacted] senza alcun accenno all'ipotesi che sarebbe mancato invece un documento contrattuale.

Infine, ad una attenta analisi dell'atto di citazione di primo grado, si evince



che la difesa dell'attore non ha mai esplicitamente allegato che il contratto non fosse stato concluso per iscritto, nonostante risalisse al 1989 e quindi ad epoca precedente alla entrata in vigore della L 154/1992, ma ha di contro sostenuto la tesi che, non essendo stato dato riscontro alla propria richiesta di ottenere una copia, in mancanza di comprovata pattuizione scritta dovevano ritenersi indebitamente applicati tassi debitori in misura superiore a quello legale, le commissioni di massimo scoperto e gli altri costi.

Deve tuttavia rilevarsi che, non essendo stata mai neppure dedotta la mancanza originaria di un documento contrattuale, una siffatta equiparazione si scontra con gli evidenziati principi in tema di onere della prova. Né tali conclusioni possono ritenersi inficcate dal tenore della missiva del 31 luglio 2015, con cui l'avvocato [REDACTED], per conto della Banca, comunicava di “ *non avere ad oggi reperito il contratto richiesto dal sig R [REDACTED]* poiché in tale affermazione non è possibile rinvenire alcuna ammissione della inesistenza originaria del contratto.

Al contempo, va ricordato che la difesa ha correttamente escluso la rilevanza nello specifico dell'art 119 TUB, sul presupposto che tale norma disciplini il diritto del cliente ad ottenere “la documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni” e quindi non riguardi il titolo contrattuale.

Ma, non appare rilevante neppure il richiamo all'art 117 TUB per la



ragione che la norma è entrata in vigore in epoca successiva al dicembre 1989, in cui il contratto è stato concluso. Pur essendo tale aspetto dirimente, per completezza va poi sottolineato che l'argomentazione addotta dal  per ottenere copia del contratto (*“ non è più in mio possesso ”*) evoca inequivocabilmente che il documento gli era stato originariamente consegnato, per cui è contraddittoria la linea difensiva poi svolta in giudizio, in cui si afferma la mancanza del documento scritto.

Conclusivamente, non avendo l'appellante provato, né documentalmente né in altro modo, ai sensi dell'art 2725 c.c. sul presupposto dell'incolpevole smarrimento del contratto ovvero ai sensi dell'art 2729 c.c., il contenuto delle clausole contrattuali di cui ha dedotto la nullità, la richiesta CTU si profila come esplorativa, in quanto sarebbe diretta all'esame degli estratti conti (peraltro prodotti in modo non completo, essendo stati dimessi dal 31 dicembre 1992 (doc 3) sino al 31 12 2014 in massima parte scalari mentre gli estratti conto analitici non coprono continuativamente l'intero periodo) in assenza tuttavia del regolamento negoziale con cui confrontare gli addebiti.

Sarebbe peraltro precluso al CTU acquisire elementi diretti a provare le pattuizioni contrattuali come ulteriormente ribadito dalla Suprema Corte con una recente pronuncia, in cui, oltre ad affermare che la istanza ex art 210 c.p.c può esser proposta solo previa richiesta stragiudiziale prevista



dall'articolo 119, quarto comma, TUB, ha inoltre chiarito che “ *la stessa documentazione non può essere acquisita in sede di consulenza tecnica d'ufficio contabile, ove essa abbia ad oggetto fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse*». ( Cass 24641/2021).

Infine, deve rilevarsi che l'appellante difetta di interesse a denunciare la violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato con riguardo alle motivazioni svolte in sentenza in relazione all'art 210 c.p.c., dal momento che si tratta di una ampia ed articolata digressione che tuttavia non ha fondato l'accoglimento ovvero il rigetto della istanza di esibizione, che non era stata proposta.

Considerazioni analoghe vanno svolte in relazione al motivo con cui è stato censurato il mancato accoglimento della domanda di accertamento del fido di fatto e della connessa domanda di ripetizione delle somme che si assumono indebitamente addebitate. Infatti, come correttamente affermato dal Tribunale, solo attraverso il confronto con il regolamento contrattuale sarebbe possibile verificare se vi siano stati addebiti in difformità del medesimo, non desumibili sic et simpliciter dalla analisi degli estratti conti, ed a maggior ragione da quelli scalari, e se possano essere riferibili al dedotto *fido di fatto*.

Alla infondatezza dei motivi consegue il rigetto dell'appello.



Ai sensi dell'art 91 c.p.c. l'appellante va condannato alla rifusione delle spese del grado liquidate ai sensi del DM 55/2014 applicando lo scaglione entro cui è ricompreso il valore dichiarato della causa.

**P.Q.M.**

La Corte d'Appello di Brescia – Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando:

rigetta l'appello avverso la sentenza del Tribunale di Bergamo n 250/2018.

Condanna la parte appellante a rimborsare alla parte appellata le spese del grado, che si liquidano in euro 2800,00 per la “fase di studio”, euro 1800,00 per la “fase introduttiva” ed euro 4800,00 per la “fase decisoria”, oltre rimborso forfettario ed accessori di legge.

Sussistono i presupposti ai sensi dell'art 13 comma 1, quater del DPR 115/2002 del pagamento del doppio del contributo unificato a carico dell'appellante

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del 9 marzo 2022

**IL PRESIDENTE**

Giuseppe Magnoli

**IL CONSIGLIERE EST.**

Maria Tulumello

