

N. 076/14 Sent.
N. [redacted] Reg. Gen.
N. [redacted] Cron.
N. [redacted] Rep.

o febb. indebito
arricchimento
[signature]

TRIBUNALE DI ORISTANO
segue verbale dell'udienza del 04 dicembre 2014

IL GIUDICE

precisate le conclusioni, pronuncia sentenza ex art. 281 sexies c.p.c. dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, come di seguito trascritti.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI ORISTANO

Il Tribunale di Oristano, in persona del Giudice istruttore dott.ssa Enrica Marson, in funzione di Giudice unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA ex art. 281 sexies c.p.c.

nella causa iscritta al n. [redacted] del ruolo generale degli affari contenziosi civili per l'anno 2011, promossa da

[redacted]

[redacted]

[redacted]

difesi e rappresentati dagli avv.ti [redacted] ed elettivamente domiciliati presso il suo studio dell' [redacted] giusta mandato a margine dell'atto di citazione

attori

contro

BANCO DI SARDEGNA SPA, con sede in Sassari, difesa e rappresentata dall'Avv. Loredana Boi ed elettivamente domiciliata presso lo studio del suo difensore in Cagliari via Marini n.4, giusta mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta

convenuta

Oggetto: indebito arricchimento

DISPOSITIVO

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nella controversia, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione:

- dichiara l'estinzione del giudizio relativamente al rapporto fra società [redacted] e Banco di Sardegna Spa;

[signature]

- dichiara l'inammissibilità delle domande svolte nell'interesse di [REDACTED] e [REDACTED] relativamente alle domande di risoluzione contrattuale, di condanna al risarcimento dei danni e di ripetizione dell'indebito;
- rigetta le altre domande svolte nell'interesse di [REDACTED] e [REDACTED];
- compensa integralmente fra le parti le spese del giudizio

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

[REDACTED] (infra anche [REDACTED] e i suoi fideiussori [REDACTED] [REDACTED] hanno convenuto il Banco di Sardegna sul presupposto che [REDACTED] fosse titolare, dal 1997, di due rapporti di c/c (n. 33279 e 33371) sui quali sarebbero stati applicati interessi in misura ultralegale in assenza di specifica convenzione, operata la capitalizzazione trimestrale e aggiunta la commissione di massimo scoperto non pattuita.

Chiedeva, quindi, parte attrice, la risoluzione del contratto per inadempimento della Banca con condanna al risarcimento dei danni, la declaratoria di nullità della clausola riguardante la capitalizzazione degli interessi debitori, il ricalcolo del dovuto secondo il tasso legale di interesse e previa espunzione della commissione di massimo scoperto.

La Banca di Sardegna si è ritualmente costituita in giudizio chiedendo il rigetto delle domande azionate ed eccependo, in via preliminare, la prescrizione dell'azione.

In data 04 giugno 2012, stante l'intervenuta estinzione della società [REDACTED], il processo veniva interrotto.

In data 12 giugno 2012 [REDACTED] nella loro qualità di fideiussori, depositavano ricorso in riassunzione che notificavano esclusivamente nei confronti del Banco di Sardegna.

In data 03 maggio 2013 si costituiva in giudizio [REDACTED] in proprio e nella sua veste di ex socio accomandatario della società [REDACTED].

Con ordinanza 02 aprile 2014, ritenuta la causa matura per la decisione, veniva fissata l'udienza odierna per la precisazione delle conclusioni e la pronuncia della sentenza ex art. 281 sexies c.p.c.

* * * * *

Preliminarmente, va dichiarata l'estinzione parziale del giudizio relativamente al rapporto (ed alle relative domande) fra la società e la banca perché è mancata la



regolare riassunzione e/o prosecuzione nei confronti, o dai soci, superstiti della società estinta.

Occorre all'uopo precisare che la controversia vede agire, da un lato, la società in accomandita semplice e, dall'altro lato, i fideiussori.

Sono stati quindi dedotti nello stesso giudizio due distinti rapporti i cui soggetti attivi sono fra loro in regime di litisconsorzio facoltativo.

Ciò significa che la prosecuzione dell'intero giudizio (e dei due rapporti così come dedotti) richiedeva la riassunzione non solo nei confronti della Banca ma anche nei confronti dei superstiti della società estinta e/o la prosecuzione degli stessi soci nei termini normativamente previsti per l'utile prosecuzione del giudizio dopo la sua interruzione (ex plurimis, cfr. ad esempio Cass. civ. n. 6070/2013)

Ciò che qui non è avvenuto.

Non sana il vizio rilevato, né la prosecuzione da parte di [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED] (agendo gli stessi espressamente ed esclusivamente in qualità di fideiussori di Isema), né la costituzione dell'ex socio [REDACTED], in quanto tardivamente avvenuta oltre i termini di rito.

Va pertanto dichiarata l'estinzione in parte qua del giudizio con riguardo precipuo alla domanda svolta da [REDACTED] nei confronti del Banco di Sardegna.

Le domande dei fideiussori

Fermo l'interesse dei fideiussori all'accertamento del saldo per cui potrebbero essere chiamati a sostenere la garanzia fideiussoria (con esclusione quindi della domanda di risoluzione del contratto per inadempimento e per violazione del principio di correttezza e buona fede, di risarcimento del danno e/o di restituzione dell'indebito delle quali va dichiarata l'inammissibilità – Cfr. Cass. civ. n. 12225/2003; Trib. Cagliari 29.09.02014), l'azione attorea va rigettata sulla scorta delle considerazioni che seguono.

Nel caso concreto, e venendo al dunque, difetta la prova del contratto e/o delle pattuizioni contrattuali di cui si assume la nullità, nel mentre la documentazione in atti non consente, se non attraverso un'attività meramente esplorativa e dunque inammissibile, di riscontrare la domanda attorea e/o di ritenerla anche indiziariamente provata in fatto ai fini di ammettere la consulenza tecnica d'ufficio contabile richiesta.

Occorre premettere che trattasi di azione di accertamento e di restituzione di in-

Q

debito proposta, in allora, dal correntista e dal fideiussore sui quali, dunque, secondo l'uniforme e costante insegnamento giurisprudenziale condiviso da questo Giudice, grava l'onere di provare i fatti costitutivi del proprio diritto (Cfr. da ultimo Cass. civ. n. 23974/2010).

Va inoltre osservato che, pacificamente, soltanto la produzione della intera sequenza degli estratti conto consente di ricostruire in maniera puntuale il rapporto contrattuale intercorso tra le parti e quindi di verificare le pattuizioni sottostanti e la concreta applicazione di interessi, spese o altro.

Analogamente, solo avendo prova del rapporto contrattuale azionato può valutarsi la fondatezza della domanda attorea.

La produzione del contratto è necessaria per verificarne la stipulazione, la disciplina legislativa applicabile, per accertare e valutare le condizioni del rapporto bancario.

Nel caso concreto parte attrice non ha prodotto il titolo genetico, ovvero il contratto, posto a base della domanda, né ha allegato e provato, in mancanza di prova scritta, le relative pattuizioni contrattuali, né ha prodotto le scritture contabili di riferimento e dunque gli estratti conto relativi alla intera durata del rapporto, dall'apertura alla estinzione del conto.

Parte attrice ha chiesto in via istruttoria, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., l'emanazione dell'ordine giudiziale alla banca di esibizione della documentazione contabile mancante (i contratti e tutti gli estratti conto essendo versato in giudizio solo alcuni fogli contabili).

Trattasi di istanza astrattamente ammissibile nel caso in cui la parte avesse diligente assolto dell'onere probatorio su di essa gravante, tramite l'acquisizione stragiudiziale della documentazione necessaria ex art. 119 TUB.

Nel caso concreto, l'atto di citazione risulta redatto il 11 febbraio 2011 e notificato il 24 febbraio 2011 all'istituto Bancario.

Parte attrice (o meglio, la società ██████) ha documentato una prima richiesta alla Banca (avente peraltro ad oggetto solo i contratti e non anche gli estratti conto) datata 16 febbraio 2011, trasmessa via fax dallo studio dell'██████: a fronte della contestazione di parte convenuta di non aver mai ricevuto la richiesta, parte attrice non ha fornito elementi alcuni per riscontrare quella spedizione.

Non vengono neppure indicati gli estremi per verificare se quel numero cui è stato



trasmesso il fax, corrisponda effettivamente a quello della Banca.

In ogni caso, si ripete, la lettera in oggetto richiedeva solo i contratti e non anche gli estratti conto (necessari per la ricostruzione del rapporto) e peraltro perveniva dalla società e non dai fideiussori.

L'ulteriore comunicazione alla Banca è datata 01 aprile 2011 (lettera raccomandata peraltro senza prova della avvenuta ricezione) e, dunque, successivamente all'atto di citazione.

L'atto di citazione (promosso dalla società) per conseguire la documentazione in oggetto risulta notificato nel luglio 2011.

Era onere di parte attrice attivarsi tempestivamente per domandare alla banca l'acquisizione della documentazione contabile mancante, non potendo essere, l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., lo strumento per superare gli oneri di allegazione, probatori e di diligenza gravanti sul correntista che agisce.

Costituisce *ius receptum* il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui "non può essere ordinata, in relazione al disposto dell'art. 210 c.p.c., l'esibizione in giudizio di un documento di una parte o di un terzo, allorché l'interessato può di propria iniziativa acquisirne una copia e produrla in causa..."

(ex plurimis Cfr. Cass. civ. n. 19475/2005).

Cioè a dire, l'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. è uno strumento istruttorio ufficioso e residuale, utilizzabile soltanto quando l'iniziativa non presenti finalità meramente esplorative, vale a dire non sia diretta ad indagare se il documento contenga la prova stessa.

E proprio con specifico riguardo alla documentazione bancaria, sussiste il diritto del correntista, ex art. 119 comma 4 TUB, di ottenere la consegna della documentazione relativa a ciascuna operazione registrata sull'estratto conto nell'ultimo decennio, indipendentemente dall'adempimento del dovere di informazione da parte della banca e anche dopo lo scioglimento del rapporto; tale diritto si configura come un diritto sostanziale autonomo, la cui tutela è riconosciuta come situazione giuridica finale e non strumentale, ragione per cui, per il suo riconoscimento, non assume alcun rilievo l'utilizzazione che il cliente intende fare della documentazione una volta ottenuta (ex multis Cass. civ. n. 11004/2005).

Stante, quindi, il diritto sostanziale ex art. 119 Tub riconosciuto al correntista di chiedere e ottenere dalla banca tutta la documentazione contabile inerente al rap-



porto, nel caso in cui il correntista attore non produca i documenti necessari a sostenere la sua domanda, né dimostri di avere azionato in tempo utile lo strumento di cui al citato art. 119 tub, tale carenza probatoria non può essere colmata mediante l'ordine di esibizione ex art. 210 c.pc. rivolto alla banca ed avente ad oggetto la documentazione contabile inerente al rapporto bancario.

In altri termini, l'ordine di esibizione ex art. 210 cpc non può supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante: nel caso concreto, proprio ciò accadrebbe ove si ordinasse all'istituto, ex art. 210 c.p.c., di esibire la documentazione che parte attrice non ha mai diligentemente richiesto avendo avanzato la domanda ex art. 119 solo dopo aver iniziato la controversia.

Parte attrice, avendone la concreta possibilità, doveva richiedere copia della documentazione bancaria prima dell'instaurazione del giudizio, al fine di predisporre la prova dei fatti fondanti le proprie domande e, prima ancora, per dare corpo e consistenza alle allegazioni in fatto che è chiamata a svolgere in sede di citazione per la individuazione della controversia (cfr. Trib. Nocera Inferiore 29.01.2013).

In tale contesto, lo strumento istruttorio invocato ha una chiara finalità esplorativa, finalizzato ad indagare se la prova possa essere rinvenuta nei documenti di cui si chiede l'esibizione.

Per altro verso, si evidenzia come i documenti offerti dalla società attrice siano lacunosi ed insufficienti e non consentano di procedere alla corretta rideterminazione del saldo: mancano infatti intere annualità e molti riepiloghi.

Le generiche allegazioni attoree in punto determinazione del suo presunto credito, non consentono di derivare elementi utili per ricostruire e/o individuare le coordinate necessarie a verificare la domanda giudiziale come proposta.

Nel processo civile vige l'onere di allegazione, cioè di introduzione nel giudizio dei fatti (principali e secondari) sulla cui base si fonda la pretesa fatta valere. Peraltro, in un processo (come l'attuale) caratterizzato da rigide preclusioni, è essenziale che le allegazioni attoree abbiano ad oggetto sin da principio tutti i fatti costituenti la vicenda storica della causa e l'onere di allegazione si può pertanto considerare assolto solo con un'esposizione adeguatamente esaustiva della vicenda storica della causa; non può invece ritenersi assolto quando i fatti relativi siano indicati solo genericamente (Cfr. Cas. Civ. n. 7878/2000).

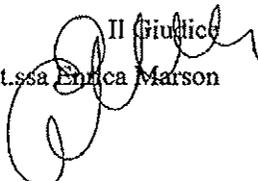
Conclusivamente, dunque, le domande svolte dai fideiussori vanno rigettate.

Q

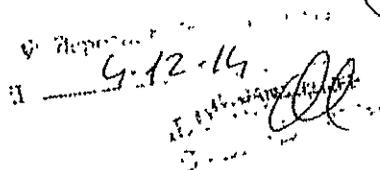
Considerata la pluralità e la particolarità delle questioni affrontate, alcune anche nuove, il composito panorama giurisprudenziale e l'evoluzione del processo unitamente al suo esito, questo Tribunale ritiene sussistenti le ragioni normativamente richieste per la compensazione integrale delle spese del giudizio fra le parti.

La sentenza, ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c., si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del presente verbale, che la contiene, ed è immediatamente depositata in cancelleria.

Il Giudice
Dott.ssa Enrica Marson



Il Tribunale
il 4-12-14.
E. Marson



IL CASO.it

IL CASO.it