

PRIME IMPRESSIONI E RIFLESSIONI AVV. ROLI SU CASS. SEZ. UN 15985 DEL 13 GIUGNO 2019

LE SEZIONI UNITE ERANO A CHIAMATE A COMPORRE IL CONTRASTO TRA LE SEZIONI SEMPLICI IN ORDINE ALL'ONERE DI ALLEGAZIONE E PROVA GRAVANTE SULLA BANCA CHE ECCEPISCA L'AVVENUTA PRESCRIZIONE DECENNALE DECORRENTE DALLA DATA DI OGNI SINGOLA RIMESSA AVENTE CARATTERE SOLUTORIO (COSTITUENTE PAGAMENTO-SPOSTAMENTO PATRIMONIALE) ANZICHE' DALLA CHIUSURA DEL CONTO.

L'HANNO RISOLTA AFFERMANDO CHE LA BANCA E' TENUTA AD ALLEGARE SOLO L'INERZIA DEL CLIENTE SENZA DOVER INDICARE LE SINGOLE RIMESSE SOLUTORIE.

PARALLELAMENTE, BENCHE' NON RICHIESTE, E NON ENUNCIATO NEL PRINCIPIO DI DIRITTO HANNO STABILITO CHE IL RICORRENTE NON E' TENUTO A PROVARE I SINGOLI PAGAMENTI COSTITUENTI UN INDEBITO MA GLI BASTA ALLEGARE I FATTI O LE CLAUSOLE CONTRATTUALI CHE DETERMINANO L'ELISIONE DEGLI ADDEBITI IN CONTO ILLEGITTIMI AI FINI DEL RICALCOLO DEL SALDO.

MI PERMETTO DI RITENERE INAPPAGANTE LA MOTIVAZIONE IN QUANTO L'ECCEZIONE DI PRESCRIZIONE DELLE RIMESSE SOLUTORIE NON SI SOSTANZIA SOLAMENTE NELL'INVOCARE L'INERZIA DECENNALE DEL CREDITORE, DOVENDO LA BANCA NON SOLO ALLEGARE IL CORSO DEL TEMPO, CHE COSTITUISCE IL PRESUPPOSTO MINIMO DELL'ECCEZIONE", MA ANCHE I FATTI COSTITUTIVI DEI VERSAMENTI SOLUTORI COSTITUENTI PAGAMENTI (NECESSARI AL FINE DI DELINEARE IL TEMA PROBANDUM O DECIDENDUM) ED I RELATIVI CRITERI IDENTIFICATIVI E DISTINTIVI PER DIFFERENZIALI DAI VERSAMENTI RIPRISTINATORI E PROVARE TALE FATTO. DOVREBBE POI PROVARE TALI FATTI .

IN MANCAZA ED IN PRESENZA DELLA SOLA ALLEGAZIONE GENERICA NON E' AFFATTO CONDIVISIBILE L'AFFERMAZIONE DELLA CORTE SECONDO LA QUALE IL GIUDICE, "POTREBBE" SUPPLIRE AL DIFETTO DI ALLEGAZIONE E PROVA DEI VERSAMENTI SOLUTORI, NOMINANDO UN CTU PERCIPIENTE AL FINE DI INDIVIDUAR LE RIMESSE SOLUTORIE.

SCORRENDO LA MOTIVAZIONE CI SI AVVEDE COME IL CUORE DEL PROBLEMA NON SIA STATO CENTRATO (ONERE DELLA BANCA DI ALLEGARE IL FATTO DELLE RIMESSE SOLUTORIE E DEI CRITERI DISTINTIVI DAI RIPRISTINATORI) SIA STATO ADDIRITTURA DEFINITO ESTRANEO AL GIUDIZIO.

L'ALTRA IMPRESSIONE E' CHE LA CASSAZIONE ABBAIA DI NUOVO PERSEGUITO LO SCOPO NON DI INTERPRETARE LA LEGGE, MA DI CONTEMPERARE GLI OPPOSTI INTERESSI LASCIANDO PERO' IN MANO AL GIUDICE IL POTERE DISCRZIONALE DI DISPORRE UNA CTU PERCIPIENTE, ANCHE IN DIFETTO DELLA ALLEGAZIONE ED INDICAZIONE DEI FATTI DEI VERSAMENTI COSTITUENTE PAGAMENTI-SPOSTAMENTO PATRIMONIALE.

Seguiro' nella breve esposizione il sillogismo della Corte riportato in corsivo:

Parte rilevante motiva

5. Per la composizione del contrasto, il Collegio ritiene opportuno ricordare che, in generale, la nozione di allegazione "in senso proprio", che è quella che qui rileva, si identifica con l'affermazione dei fatti processualmente rilevanti, posti a base dell'azione o dell'eccezione: essa individua i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi dei diritti fatti valere in giudizio, sinteticamente definiti come fatti principali (per distinguerli dai c.d. fatti secondari, dedotti in funzione di prova di quelli principali). E', poi, necessario precisare che non rientra nell'ambito dell'onere di allegazione la qualificazione dei fatti allegati, che costituisce, invece, attività riservata al giudice, che, nel provvedere al riguardo, non è vincolato da quella eventualmente offerta dalle parti.

5.1. L'art. 163 c.p.c., n. 4, impone all'attore l'allegazione dei fatti costituenti le ragioni della domanda, e ne sanziona con la nullità, ex art. 164 c.p.c., comma 4, l'omessa esposizione. Secondo la giurisprudenza di questa Corte, la relativa indagine va compiuta caso per caso, tenuto conto che l'adempimento dell'onere di allegazione può mutare in relazione alle caratteristiche degli elementi costitutivi della domanda (cfr. SU n. 26242 del 2014 in tema di diritti autodeterminati ed eterodeterminati), e che l'incertezza dei fatti costitutivi della domanda deve essere vagliata in coerenza con la ragione ispiratrice della norma, che risiede, principalmente, nell'esigenza di porre immediatamente il convenuto nelle condizioni di apprestare adeguate

Red.
sub
B2017
28872

e puntuali difese, oltre che di offrire al giudice l'immediata contezza del thema decidendum (Cass. n. 11751 del 2013; n. 29241 del 2008). La giurisprudenza, sopra menzionata, in tema di allegazioni dovute dal correntista, che agisca in ripetizione di versamenti asseritamente indebiti, costituisce specifica applicazione di tale principio.

5.2. L'onere di allegazione del convenuto va distinto a seconda che si sia in presenza di eccezioni in senso stretto, o eccezioni in senso lato: nel primo caso, i fatti estintivi, modificativi o impeditivi, possono esser introdotti nel processo solo dalla parte, mentre nel secondo sussiste il potere-dovere di rilievo da parte dell'Ufficio. Tale distinzione è stata posta in evidenza da queste Sezioni Unite, con la sentenza n. 1099 del 1998 (successivamente seguita dalla giurisprudenza di legittimità), che, nell'ambito della contestazione del convenuto, ha, appunto, differenziato il potere di allegazione da quello di rilevazione, nel senso che il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (soggiacendo, pertanto, alle relative preclusioni e decadenze), mentre il secondo compete alla parte (e soggiace perciò alle preclusioni previste per le attività di parte) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte, dovendosi, in ogni altro caso ritenere la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo e provati alla stregua della specifica disciplina processuale in concreto applicabile.

5.3. E', quindi, necessario rimarcare che, pur nella loro indiscutibile connessione, l'onere di allegazione è concettualmente distinto dall'onere della prova, attenendo il primo alla delimitazione del thema decidendum mentre il secondo, attenendo alla verifica della fondatezza della domanda o dell'eccezione, costituisce per il giudice regola di definizione del processo. **Non è ozioso, infatti, rilevare che l'aver assolto all'onere di allegazione non significa avere proposto una domanda o un'eccezione fondata, in quanto l'allegazione deve, poi, esser provata dalla parte cui, per legge, incombe il relativo onere,** e le risultanze probatorie devono, infine, esser valutate, in fatto e in diritto, dal giudice.

6. Nello specifico tema della prescrizione estintiva, oggetto della presente disamina, queste Sezioni Unite, con la sentenza n. 10955 del 2002 - anch'essa menzionata nell'ordinanza interlocutoria - hanno chiarito che il relativo elemento costitutivo è rappresentato dall'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio, mentre la **determinazione della durata di detta inerzia, necessaria per il verificarsi dell'effetto estintivo, si configura come una quaestio iuris concernente l'identificazione del diritto e del regime prescrizione per esso previsto dalla legge.** Ne consegue che la riserva alla parte del potere di sollevare l'eccezione - che, com'è noto, costituisce una tipica eccezione in senso stretto - implica che ad essa sia fatto onere soltanto di allegare il menzionato elemento costitutivo e di manifestare la volontà di profittare di quell'effetto, e **non anche di indicare direttamente o indirettamente (cioè attraverso specifica menzione della durata dell'inerzia) le norme applicabili al caso di specie,** l'identificazione delle quali spetta al giudice, che - previa attivazione del contraddittorio sulla relativa questione - potrà applicare una norma di previsione di un termine diverso.

In particolare, analizzando la struttura nella fattispecie estintiva delineata dall'art. 2934 c.c., secondo cui "ogni diritto si estingue quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge", la sentenza n. 10955 in esame, chiamata a dirimere il contrasto esistente circa la necessità che la parte che formuli tale eccezione debba o meno specificare il lasso di tempo a ciò necessario, è pervenuta alla esposta conclusione, evidenziando che l'identificazione della fattispecie estintiva cui corrisponde l'eccezione di prescrizione, va correttamente compiuta alla stregua del "fatto principale" e che tale fatto va individuato nell'inerzia del titolare; **laddove il tempo è configurato soltanto come la dimensione del fatto principale,** una circostanza ad esso inerente, che non ha valore costitutivo di un corrispondente tipo di prescrizione. Si è, pertanto, precisato che non esistono tanti tipi di prescrizione in relazione al tempo del suo maturarsi, e correlativamente, con l'indicazione di un termine o di un altro non si formula una nuova eccezione "fermo restando, in ogni caso, che l'eccezione stessa è correttamente formulata anche quando la parte si sia limitata ad invocare l'effetto estintivo dell'inerzia del titolare, senza alcuna indicazione espressa della durata a tal fine sufficiente".

(CHE CENTRA LA INSUSSITENZA DELL'OBBLIGO DI INDICARE LA DURATA DEL TEMPO DELL'INERZIA CON LA SPECIFICITA' DELL'ECCEZIONE IN QUESTIONE COSTITUITO DALL'OBBLIGO DI SPECIFICARE QUALI SIANO LE RIMESSE SOLUTORIE???: NON E' CERTAMENTE IL TEMPO CHE DISCRIMINA TRA I VERSAMENTI SOLUTORI E QUELLI RIPRISITNATORI.

IL TEMPO E' IL PRESUPPOSTO MINIMO PER LA PROPONIBILITA' DELL'ECCEZIONE DI PRESCRIZIONE DECENNALE DECORRENTE DALLE SINGOLE RIMESSE SOLUTORIE E NON DALLA

CHIUSURA DEL CONTO, MENTRE IL SUO CONTENUTO E' COSTITUITO DALLA PROVA DELLO SPOSTAMENTO PATRIMONIALE CHE HANNO I SOLUTORI, RISPETTO AI RIPRISTINATORI.

DI TALE SPECIFICO ARGOMENTO LA CORTE NON PARLA MAI.

IL CHE, A MIO PARERE, NE INFCIA LA DECISIVITA'.

7. In linea con gli esposti principi in tema di onere di allegazione, in generale, e di onere di allegazione riferito alla specifica eccezione di prescrizione, la soluzione del contrasto va, dunque, risolta nel senso della non necessarietà dell'indicazione, da parte della banca, del dies a quo (??????) del decorso della prescrizione, secondo la giurisprudenza indicata al p. 4.2.

Deve, infatti, ribadirsi che l'elemento qualificante dell'eccezione di prescrizione è l'allegazione dell'inerzia del titolare del diritto, che costituisce, appunto, il fatto principale, nei sensi di cui si è detto, al quale la legge riconnette l'invocato effetto estintivo. Se ciò è vero, pare al Collegio che richiedere al convenuto, ai fini della valutazione di ammissibilità dell'eccezione, che tale inerzia sia "particolarmente connotata" in riferimento al termine iniziale della stessa (in tesi individuando e specificando diverse rimesse solutorie) comporti l'introduzione, sia pur indiretta, di una nuova tipizzazione delle diverse forme di prescrizione, che queste Sezioni Unite, nella condivisa pronuncia n. 10955 del 2002, hanno voluto espressamente escludere (?????? Altra argomentazione inconferente). Del resto, la giurisprudenza, che ha ritenuto necessaria l'indicazione delle rimesse solutorie, fa leva su di un argomento - e cioè la presunta natura ripristinatoria dei versamenti, secondo un andamento fisiologico del rapporto - che, riferendosi allo schema delle presunzioni, attiene al profilo probatorio (art. 2727 c.c. e segg.), che, come si è detto, va distinto dal profilo allegatorio, che è, appunto, quello rilevante ai fini dell'ammissibilità dell'eccezione.

QUESTA FRASE EVIDENZIATA IN GIALLO DIMOSTRA LA TOTALE "OPACITA'" DELL'ARGOMENTAZIONE E LA SUA IRRILEVANZA SULLA QUESTIONE DI FONDO DIRETTA ALLA ALLEGAZIONE E PROVA **DEL CRITERIO DISTINTIVO** DELLA DIFFERENZA TRA LE RIMESSE SOLUTORIE (DETERMINANTI LO SPOSTAMENTO PATRIMONIALE E, QUINDI, COSTITUENTI LA PROVA DEL PAGAMENTO E QUELLE RIPRISTINATORIE (PRESUNTIVAMENTE DESTINATE ALLA REINTEGRAZIONE DELLA PROVVISTA).

IL DECORSO DEL TEMPO E L'INDIVIDUAZIONE DA PARTE DEL GIUDICE DEL DIES A QUO, (DATA DELLA NOTIFICA DELLA CITAZIONE O DI ALTRO ATTO INTERRUPTIVO) COSTUISCONO IL PRESUPPOSTO LOGICO E LA CONSEGUENZA DELL'ECCEZIONE, MA NON SONO ANCORA LA PROVA DEL FATTO DELLO SPOSTAMENTO PATRIMONIALE, INDISCUSSO CRITERIO DISTINTIVO DEL CARATTERE SOLUTORIO DEI VERSAMENTI RISPETTO AI RIPRISTINATORI.

SI TRATTA QUINDI DUI UN FATTO NON SOLO DA PROVARSÌ MA ANCHE DA ALLEGARSI (USCITA DAL FIDO E RIENTRO OVVERO UTILIZZO DI UN CONTO SENZA AFFIDAMENTO, NEPPURE DI FATTO E SPOSTAMENTO PATRIMONIALE)

Merita, ancora, condivisione la considerazione che esalta la simmetria che, in base a tale ricostruzione, viene richiesta alle parti ai fini della validità della domanda di ripetizione e dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione: il correntista, come si è esposto al p. 3., potrà limitarsi ad indicare l'esistenza di versamenti indebiti e chiederne la restituzione in riferimento ad un dato conto e ad un tempo determinato, e la Banca, dal canto suo, potrà limitarsi ad allegare l'inerzia dell'attore in ripetizione, e dichiarare di volerne profittare.

Resta da aggiungere che il problema della specifica indicazione delle rimesse solutorie non viene eliminato, ma semplicemente si sposta dal piano delle allegazioni a quello della prova, (APPUNTO!!!!!!) sicchè il giudice valuterà la fondatezza delle contrapposte tesi al lume del riparto dell'onere probatorio, se del caso avvalendosi di una consulenza tecnica (PER ME, DI NATURA DEL TUTTO ESPLORATIVA) a carattere percipiente (??????).

QUI SI PALESA LA CONTRADDIZIONE DI FONDO GIACCHE' L'ONERE SPECIFICO DELLA PROVA NON E' IL DECORSO DEL TEMPO MA LA DIMOSTRAZIONE DEL CARATTERE SOLUTORIO CHE E' ONERE PROBATORIO STRETTO, GRAVANTE SULLA BANCA E CHE SE NON ASSOLTO NON PUO' ESSERE SOSTITUITO DALL'ATTIFITA' OFFICIOSA DEL GIUDICE CHE, INFATTI NEL CONFERIRE IL QUESITO, DA PER SCONTATO, D'ACCORDO, IL TEMPO TRASCORSO (DECENNIO DECORRENTE DALLA DATA DI PAGAMENTO FINO A QUELLA DELL'INTERUZIONE DELLA PRESCRIZIONE) MENTRE DOVREBBE INCARICARE IL CTU DI INDIVIDUARE LE RIMESSE CHE COSTITUISCANO SPOSTAMENTO PATRIMONIALE E CIOE' DI CHIEDERGLI **DI DARE LA PROVA, IN QUANTO CTU PERCIPIENTE, CHE AVREBBE DOVUTO DARE LA BANCA.**

MA NON E' FORSE QUESTO L'ONERE PROBATORIO CHE GRAVEREBBE SULLA BANCA COME POCANZI ASSERTITO?????

AL CTU PERCIPIENTE INFATTI E' DEMANDATO L'ACCERTAMENTO DELLA PROVA OVE SIANO INDISPENSABILI PER RAOGGIUNGERLA LE SUE SPECIFICHE CONOSCENZE E CAPACITA' PROFESSIONALI E TECNICHE.

D'ACCORDO SULLE CAPACITA' PROFESSIONALI; MA NON POVRA' ESSERGLI CONFERITO L'INCARICO DI ANDAR LUI A SCOVARE SE E QUANDO I VERSAMENTI INTEGRINO GLI SPOSTAMENTI PATRIMONIALI IDONEI ALLA PPROVA DI UN PAGAMENTO MA VERIFICARE SOLO SE QUELLI INDICATI DALLA BANCA LO SIANO O MENO.

CHE CHI HA REDATTO LA SENTENZA NON ABBA BEN MESSO A FUOCO IL CUORE DEL PROBLEMA, LO SI EVINCE DALLA PALESE ERRONEITA' DELLA DICHIARAZIONE DI IRRILEVANZA (PUNTO 9.1. DELLA MOIVAZIONE) DELLE ARGOMENTAZIONI SOLLEVATA DALLA RICORRENTE PROPRIO PER CONTROARGOMENTARE LE MOTIVAZIONE DELLA BANCA. QUESTO E' IL PASSO:

Va, ancora, rilevato che gli argomenti trattati dalla ricorrente nella seconda memoria del 13 maggio 2019 e svolti, anche, in sede di discussione - relativi alla necessità di accertare la copertura del conto con riferimento al saldo disponibile e non anche al saldo contabile o al saldo per valuta - sono estranei al dibattito processuale: di tale tema d'indagine, infatti, non vi è traccia in seno al ricorso, che, senza nulla dedurre circa il criterio di riconoscimento dei versamenti solutori e della relativa data, si è limitato a criticare, nei sensi di cui si è detto, la formulazione dell'eccezione avversaria. 9.2. Peraltro, anche per tale verso, la questione potrebbe rilevare ai fini della fondatezza dell'eccezione di prescrizione (in tesi, da riferire all'epoca di effettiva esecuzione di incassi ed erogazioni e da provare mediante opportuna produzione documentale), ma nulla sposterebbe in termini di onere di allegazione dell'eccezione stessa, oggetto della censura.

CHE DIRE DELL'AFFERMAZINE SOTTOLINEATA SE NON CHE "accertare la copertura del conto con riferimento al saldo disponibile e non anche al saldo contabile o al saldo per valuta " VOLEVA PROPRIO SIGNIFICARE CHE LA BANCA NON AVEVA PROVATO IL FATTO IDENTIFICATIVO DEL CARATTERE SOLUTORIO E CIOE' DELLO SPOSTAMENTO PATRIMONIALE????**L'AFFERMAZIONE DIMOSTRA CHE ALLA CORTE E' DAVVERO SFUGGITA LA QUESTIONE. TANTO CHE QUANDO VIENE SOLLEVATA LA DICHIARA "ESTRANEA AL DIBATTITO PROCESSUALE" QUANDO INVECE NE COSTITUTIVA IL NUCLEO ESSENZIALE.**

8. A soluzione del contrasto, va, in conclusione, posto il seguente principio di diritto: "l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da un apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, e la dichiarazione di volerne profittare, senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie".

LA QUESTIONE DEL TEMPO E DELLA NON OBBLIGATORIETA' DELLA DURATA SONO INCOERENTEMENTE ED INCREDIBILMENTE SPARITI DAL TESTO DELL'ENUNCIAZIONE DEL PRINCIPIO DI DIRITTO, BENCHE' SIFFATTO TEMA SIA STATA DIFFUSAMENTE TRATTATO IN MOTIVAZIONE , MENTRE RICOMPARE INVECE D'EMBLE'E LA QUESTIONE DELLE RIMESSE SOLUTORIE I CUI CRITERI NON SOLO SONO STATI DICHIARATI ESTRANEI AL DIBATTITO E MAI NEPPURE ESAMIUNATI.