

Cass., civ. sez. III, del 25 maggio 2016, n. 10752

§3.2. In questa motivazione si annida la supposizione del convincimento di una concezione della posizione delle parti nel giudizio ai sensi dell'art. 512 c.p.c. che non appare corretta in relazione all'oggetto che detto giudizio ha avuto nel caso di specie.

Queste le ragioni.

In via preliminare si deve rilevare che il giudizio è soggetto alla disciplina di cui all'art. 512 c.p.c. introdotto dall'art. 2, comma 2, lett. e), n. 9, del d.l. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, nella l. n. 80 del 2005.

Ora, il testo della norma ha, com'è noto, ridisegnato la c.d. opposizione distributiva attribuendole una nuova struttura, che si articola: a) in una fase in cui le contestazioni tradizionalmente inerenti all'ambito del rimedio, che sono rimaste quelle cui si riferiva il precedente testo della norma, debbono essere prospettate in prima battuta direttamente al giudice dell'esecuzione e danno luogo ad un suo provvedimento, che dev'essere adottato con ordinanza e che le risolve prospettando, quindi, una soluzione della contestazione insorta; b) in una seconda fase eventuale in cui tale ordinanza può essere impugnata con un'opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. al suo contenuto e, dunque, alla soluzione data dal giudice dell'esecuzione,

La struttura della prima fase è descritta nel senso che il contrasto sulle questioni inerenti la distribuzione — rimaste identiche, come s'è detto, a quelle ipotizzate dalla norma vecchia - è prospettato al giudice dell'esecuzione, che così viene naturalmente investito del dovere di provvedere e di farlo all'esito di un procedimento, che viene dalla legge tipizzato con la prescrizione dell'obbligo di "sentire le parti" (e, dunque, del contraddittorio) e con quella del dovere di compimento dei "necessari accertamenti".

Si allude, quindi, ad un'attività accertativa chiaramente di natura lato sensu cognitiva, cioè diretta ad acquisire gli elementi per la soluzione della controversia. Essa è ispirata al canone della sommarietà, come lo sono tutti gli accertamenti del giudice dell'esecuzione, ma vede pur sempre tale sommarietà necessariamente connotata dall'obbligo di rispettare quelle due prescrizioni.

La seconda di esse esprime l'esigenza che, se è necessaria l'acquisizione di conoscenze per risolvere la controversia tale attività risulta necessaria e lo è nell'interesse innanzitutto di chi sul piano assertivo se ne può giovare ai fini della soluzione in un senso o nell'altro della questione insorta.

La previsione di tale attività come "necessaria" in funzione dell'accertamento commesso al giudice dell'esecuzione, significa che, se tale attività è utile a quello scopo deve essere espletata.

Si tratta di un'attività accertativa che è dal legislatore affidata direttamente ad un potere del giudice dell'esecuzione e che appare da esercitarsi e svolgersi in via doverosa certamente sulla

base delle allegazioni delle parti e di quanto esse palesano necessario in funzione della soluzione della contestazione insorta, ma deve e può svolgersi anche sulla base di iniziative ritenute necessarie dal giudice dell'esecuzione in base alle allegazioni delle parti: ciò si deve giustificare sia quale esplicazione del potere di cui al primo comma dell'art. 484 c.p.c., sia per diretta investitura implicata dalle due prescrizioni di cui si è detto e segnatamente dal riferimento alla necessità degli accertamenti.

L'attività in questione ha naturalmente come scopo l'acquisizione di conoscenze di elementi per risolvere la questione e, dunque, si connota come attività di natura probatoria, sicché per quanto attiene alla posizione delle parti si pone il problema di chi sia onerato dell'attività di acquisizione dei detti elementi sul piano probatorio.

§3.3. Ritene il Collegio che l'onere probatorio della parte, poiché la controversia riguarda la sussistenza o l'ammontare del credito o la sussistenza di una causa di prelazione si debba individuare sulla base della situazione che, nel momento in cui insorge la controversia vi è nel processo esecutivo in ordine alla prova della sussistenza del credito, del suo ammontare, della causa di prelazione, e dunque, al grado di dimostrazione che in quel momento ha il credito, ha il suo ammontare, ha la causa di prelazione.

Nella specie la contestazione svolta dal qui ricorrente, debitore esecutato, ineriva all'eccessività dell'ammontare del credito della banca creditrice procedente nei termini in cui era inserito nel progetto di distribuzione.

Si trattava, dunque, di una contestazione sull'ammontare del credito.

Credito che era basato su titolo esecutivo stragiudiziale, costituito da un atto notarile.

La contestazione di eccessività concerneva, peraltro, l'ammontare del credito non già nella misura direttamente emergente dal titolo esecutivo, bensì per quanto la Banca creditrice procedente postulava dovuto sulla base delle previsioni di esso e, quindi, delle clausole dell'atto negoziale, in forza di operazioni di appostazione su un conto corrente strumentale al rapporto consacrato nel titolo esecutivo. Si assumeva, in particolare, dal debitore qui ricorrente che il saldo negativo figurante sul conto era eccessivo, sia in ragione delle modalità di calcolo degli interessi previste dal contratto di cui all'atto notarile e ciò tanto sotto il profilo dell'applicazione illegittima dell'anatocismo, quanto sotto quello della effettuazione di quel calcolo in forza di una clausola contrattuale non rispettosa dell'art. 1346 c.c., sia sotto il profilo dell'addebito di commissioni in modo da realizzare una illegittima capitalizzazione.

Di fronte a tali contestazioni ed alle allegazioni del debitore gli accertamenti necessari imposti al giudice dell'esecuzione, mentre supposevano certamente il riscontro dall'atto negoziale costituente il titolo esecutivo di quanto in esso aveva, secondo la prospettazione del debitore, determinato il comportamento della creditrice concretatosi nell'addebito nel conto corrente delle somme eccessive per le indicate causali, e, dunque, la ricognizione delle clausole contrattuali, viceversa, per quanto concerneva il riscontro della ascrivibilità del saldo negativo del conto corrente ad appostazioni della banca giustificate dall'applicazione delle clausole dell'atto negoziale ritenute dal debitore illegittime, supposeva necessariamente l'esame delle

emergenze contabili del conto corrente, in quanto indispensabile per comprendere se ed in che misura quelle appostazioni vi fossero state.

§3.4. Ora, la situazione esistente con riferimento alle posizioni delle parti emergeva sotto il profilo fattuale in modo certo dal titolo esecutivo, cioè dall'atto notarile negoziale sulla base del quale era stata introdotta l'esecuzione, per quanto afferiva al contenuto delle clausole riguardo alle quali il debitore aveva svolto le sue contestazioni, e, semmai, si trattava di apprezzare in iure se esse erano fondate. Viceversa, per quanto attiene alle operazioni eseguite sulla base di esse ed alla loro incidenza sulla determinazione del saldo negativo, non emergendo esse dal titolo esecutivo e nemmeno dal saldo del conto corrente, vi era una situazione di incertezza.

Non essendo le operazioni comportamenti tenuti dal debitore è palese che egli non li poteva allegare. Al contrario, trattandosi di ipotetici comportamenti della Banca era essa a poterli allegare se tenuti oppure a poterli negare se invece non tenuti. Il relativo accertamento era possibile sulla base della ricognizione delle risultanze contabili dello svolgimento del rapporto di conto corrente, dal quale potevano emergere le appostazioni effettuate e la loro imputazione e, dunque, l'incidenza sul saldo di appostazioni eseguite sulla base delle pretese clausole illegittime.

Poiché la posizione della Banca nel processo esecutivo, per quanto attiene alla dimostrazione della certezza e della dovutezza del saldo sulla base del titolo esecutivo notarile non emergeva in alcun modo dal saldo e detta posizione era, d'altro canto, di vanto di un credito non direttamente emergente dal titolo esecutivo, ma solo ipoteticamente giustificato da possibili comportamenti della Banca sulla base di esso (cioè della clausole) e, dunque, da fatti esterni rispetto al titolo stesso, detta posizione era priva di dimostrazione pur sommaria e, dunque, di fronte all'attività di contestazione svolta dal debitore riguardo alla debenza dell'intero saldo, lo scioglimento della situazione di incertezza, nell'economia della cognizione sommaria da svolgersi dal giudice dell'esecuzione, incombeva alla Banca, posto che spetta a chi vanta verso altri una posizione vantaggiosa dare dimostrazione dei fatti che la giustificano di fronte alla contestazione del soggetto contro il quale il vanto è rivolto. Tale è la posizione del creditore nell'esecuzione forzata ed anche del creditore procedente per tutto ciò che non risulta direttamente dal titolo esecutivo e si pretenda dovuto in forza di comportamenti giustificati dal titolo ma che non sono da esso risultanti e in esso rappresentati.

Incombeva alla Banca, dunque, dare dimostrazione pur sommaria della giustificazione del saldo del conto corrente, perché l'appostazione finale risultante dal saldo del conto corrente, se in astratto trovava giustificazione sulla base del titolo esecutivo rappresentato dall'atto notarile, non la rinveniva anche in concreto se non qualora fossero state rappresentate le operazioni eseguite dalla Banca stessa in quanto giustificate nella sua prospettazione dalle clausole contrattuali.

Del tutto erroneo allora risulta l'assunto - che il Tribunale nella sopra riportata motivazione fa proprio, riferendolo alla motivazione adottata dal giudice dell'esecuzione nell'ordinanza opposta e che avrebbe dovuto essere dallo stesso Tribunale reputato erroneo - che incombesse al debitore qui ricorrente produrre gli estratti di conto corrente relativi all'intera durata del

rapporto perché a suo tempo ne aveva disposto, perché nessuna norma di legge nell'economia di un rapporto di conto corrente impone al debitore di conservare gli estratti di volta in volta inviati dall'istituto creditore quale condizione per poter sollevare contestazioni su ciò che in forza del rapporto di conto corrente esso pretende basate su invalidità di clausole del rapporto da cui origina il rapporto di conto corrente, che abbiano determinato appostazioni sul conto.

E' principio consolidato, del resto, quello secondo cui: <<Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso i relativi estratti a partire dalla data della sua apertura, così effettuandosi l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere, con applicazione del tasso legale, sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, invece, rivelandosi, a tal fine, criteri presuntivi od approssimativi» (Cass. n. 21597 del 2013). Ed altrettanto consolidato è il principio secondo cui: <<Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la banca non può dimostrare l'entità del proprio credito mediante la produzione, ai sensi dell'art. 2710 cod. eiv., dell'estratto notarile delle sue scritture contabili dalle quali risulti il mero saldo del conto, ma ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto. Né la banca può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni, perché non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile con quello di prova del proprio credito.» (Cass. n. 23974 del 2010; n. 1842 del 2011; n. 19696 del 2014; si veda pure Cass. n. 21466 del 2013).

L'errore in cui è incorso il Giudice dell'esecuzione e che ha, poi, avallato il Tribunale, in definitiva è stato quello di non considerare che, nel regime dell'art. 512 c.p.c. vigente (ma non diversamente in quello anteriore: si veda Cass. n. 12238 del 207 per la controversia insorta fra creditori) la cognizione sommaria in funzione degli accertamenti necessari da compiersi dal giudice dell'esecuzione è regolata, sul piano dell'onere probatorio, dal principio per cui chi solleva la contestazione della posizione di vantaggio altrui coinvolta nella distribuzione, se tale posizione, quanto a ciò che è oggetto di contestazione, non emerge da elementi certi risultanti da ciò su cui chi la rivendica la fonda per partecipare alla distribuzione, non è onerato di dare la prova negativa dell'insussistenza di quegli elementi. Viceversa, è chi rivendichi la posizione di vantaggio a dover dare dimostrazione di tali elementi nel procedimento cui allude lo stesso art. 512 c.p.c. con il riferimento agli accertamenti necessari.