

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

PAOLO BONTEMPI

*Si fanno sempre più stringenti gli oneri a carico del correntista
che agisce per la ripetizione di indebito*

CEDAM

2006, 199; MARULLO DI CONDOJANNI, *Il contratto di arbitrato*, Giuffrè, 2008, 106 s.; FERRARO, *Analogia e codici di settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 511.

3. SULLE RAGIONI DI ORDINE PRATICO. RILIEVI CRITICI. Sul tema dell'uso sempre più frequente nelle sentenze di concetti empirici rispondenti al flusso di bisogni, interessi, istanze della realtà sociale ed

economica v. di recente F. GAMBINO, *L'obbligazione nel conflitto tra principi generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 53. Il problema riguarda più in generale il ruolo della giurisprudenza nel nostro ordinamento; a tal proposito v. E. RUSSO, *Ars inventendi e ars combinatoria*, in *Contr. e impr.*, 2012, 627.

ALBERTO AZARA

- CASS. CIV., III sez., 15.1.2013, n. 798
Conferma App. Roma, 27.3.2008

PROCEDIMENTO CIVILE - RAPPRESENTANZA PROCESSUALE - PERSONE GIURIDICHE - RAPPRESENTANZA PROCESSUALE VOLONTARIA - CONFERIMENTO DEI POTERI - PREVISIONE STATUTARIA - ONERE DELLA PROVA GRAVANTE SUL RAPPRESENTANTE - ESCLUSIONE - PROCURA NON SOGGETTA A PUBBLICITÀ LEGALE - ONERE DELLA PROVA GRAVANTE SUL RAPPRESENTATO - SUSSISTENZA - CONTESTAZIONE DEL TERZO - TEMPESTIVITÀ - NECESSITÀ - ACCERTAMENTO GIUDIZIALE - LIMITI (cod. proc. civ., artt. 75, 77, 182, 183, 184, 345, comma 2°; cod. civ., 1393, 2204) (a)

CONTRATTI BANCARI - CONTO CORRENTE - ADDEBITO DI INTERESSI ULTRALEGALI E COMMISSIONI DI MASSIMO SCOPERTO - ILLEGITTIMITÀ - RIPETIZIONE DI INDEBITO - PROVA DELLE RIMESSE EFFETTUATE - ONERE DEL CORRENTISTA - SUSSISTENZA (cod. civ., artt. 1284, 2033, 2697; cod. proc. civ., art. 115) (b)

(a) In tema di rappresentanza processuale delle persone giuridiche, la persona fisica che ha conferito il mandato al difensore non ha l'onere di dimostrare tale sua qualità, neppure nel caso in cui l'ente si sia costituito in giudizio per mezzo di persona diversa dal legale rappresentante, laddove l'organo che ha conferito il potere di rappresentanza processuale derivi tale potestà dall'atto costitutivo o dallo statuto,

poiché i terzi hanno possibilità di verificare il potere rappresentativo consultando gli atti soggetti a pubblicità legale e, quindi, spetta loro fornire la prova negativa. Solo nel caso in cui il potere rappresentativo abbia origine da un atto della persona giuridica non soggetto a pubblicità legale, incombe a chi agisce l'onere di dimostrare l'esistenza di tale potere a condizione, però, che la contestazione della relativa qualità ad opera della controparte sia tempestiva, non essendo il giudice tenuto a svolgere di sua iniziativa accertamenti in ordine all'effettiva esistenza della qualità spesa dal rappresentante, dovendo egli solo verificare se il soggetto che ha dichiarato di agire in nome e per conto della persona giuridica abbia anche asserito di farlo in una veste astrattamente idonea ad abilitarlo alla rappresentanza processuale della persona giuridica stessa (nel caso di specie la Corte ha ritenuto sussistente il potere di rappresentanza processuale volontaria di una banca in capo ad un suo funzionario e ad un suo dirigente, ai quali detto potere era stato conferito mediante una delibera del C.d.A. prodotta solo in sede di memoria di replica, in mancanza di una tempestiva eccezione di controparte circa la carenza del potere di rappresentanza).

(massima non ufficiale)

(b) L'annotazione in conto di una posta di interessi (o di commissioni di massimo scoperto) illegittimamente addebitati dalla banca al correntista comporta un incre-

mento del debito dello stesso correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento, nel senso che non vi corrisponde alcuna attività solutoria in favore della banca; con la conseguenza che il correntista potrà agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa (allo scopo eventualmente di recuperare una maggiore disponibilità di credito, nei limiti del fido accordatogli), ma non potrà agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo. Di pagamento, nella descritta situazione, potrà dunque parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto.

(massima non ufficiale)

[MASSIMA UFFICIALE: *Se venga eccepito soltanto nella comparsa conclusionale il difetto del potere rappresentativo in capo alla persona che, per conto di una società di capitali, ha conferito il mandato alle liti, quest'ultima può legittimamente indicare la fonte del proprio potere di rappresentanza nella memoria di replica ed allegarvi i documenti giustificativi*]

dal testo:

Il fatto. Con sentenza in data 31 marzo 2003 il Tribunale di Roma accoglieva l'opposizione all'ingiunzione proposta dalla Banca di Roma s.p.a. (ora UNICREDIT s.p.a.) nei confronti della ditta individuale M.G. e per l'effetto revocava il decreto ingiuntivo opposto, avente ad oggetto il pagamento della somma di L. 413.785.381, oltre accessori, che il M. assumeva essergli dovuta a titolo di ripetizione di indebito oggettivo derivante dall'applicazione di interessi ultralegali e c.m.s. non validamente pattuiti per iscritto e, comunque, usurari, rela-

tivamente a tre rapporti di conto corrente bancario intrattenuti con la banca opponente.

La decisione, gravata da impugnazione di M.G., era confermata dalla Corte di appello di Roma, la quale con sentenza in data 27 marzo 2008, condannava l'appellante al pagamento delle ulteriori spese.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione la ditta individuale M.G., svolgendo due motivi.

Ha resistito la UNICREDIT s.p.a. e, per essa, quale mandataria la UniCredit Credit Management Bank s.p.a. depositando controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

I motivi. 1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 182 e 184 c.p.c., e art. 345 c.p.c., comma 2, e art. 161 c.p.c., (art. 360 c.p.c., n. 3). Parte ricorrente assume, articolando i relativi quesiti di diritto, che la verifica della rappresentanza processuale della società opponente andava operata d'ufficio ai sensi dell'art. 182 c.p.c., atteso che i sottoscrittori della procura si erano qualificati "rappresentanti autorizzati" invocando le proprie qualità, rispettivamente, di "dirigente" e di "funzionario", senza indicare né l'organo che tale potere dovrebbe aver loro conferito, né il correlativo atto di conferimento; di conseguenza il giudice, anche in fase di appello e in mancanza di giudicato sul punto, avrebbe dovuto verificare se le qualità dichiarate fossero astrattamente idonee a conferire la rappresentanza processuale della società (con la correlativa e indispensabile rappresentanza sostanziale), senza tuttavia poter fondare la decisione sulla produzione documentale tardivamente allegata alla memoria di replica nel primo grado del giudizio, da ritenersi inammissibile, come dedotto mediante specifico motivo di gravame.

1.1. Il motivo investe il punto della decisione in cui la Corte di appello – richiamati principi espressi da questa Corte, che, in tema di rappresentanza processuale delle società, fanno carico alla parte che contesti la qualità di chi ha sottoscritto il mandato come rappresentante della società, l'onere di fornire la prova negativa – ha ritenuto di inferirne la natura di ecce-

zione in senso proprio della relativa questione, osservando che la stessa, siccome risultava formulata dal M. solo con la comparsa conclusionale del primo grado del giudizio, era ormai preclusa all'appellante.

Resta il fatto che la Corte di appello – prescindendo dal rilievo di inammissibilità ha poi esaminato nel merito l'eccezione e l'ha dichiarata infondata alla luce della documentazione prodotta dall'opponente con la memoria di replica nel primo grado del giudizio (ritenuto “momento processualmente utile al contrasto dell'eccezione formulata dall'opposto M. in comparsa conclusionale”), evidenziando che dalle deliberazioni del 20 luglio 1992 e del 17 dicembre 1998 del C.d.A. della Banca di Roma, ritualmente depositate presso il notaio G.M. di Roma, risultava il conferimento ai funzionari O.P. e V.M. dei poteri di firma sociale, id est del potere di rappresentanza vincolante per la società conferente.

1.2. Orbene occorre, innanzitutto, osservare che il motivo di ricorso si incentra sul punto della decisione che ha affermato l'inammissibilità dell'eccezione di difetto di rappresentanza processuale, segnatamente evidenziando parte ricorrente, in senso contrario, la doverosità del rilievo ufficioso del difetto di rappresentanza *ex art. 182 cod. proc. civ.*, in presenza di indicazioni relative ai sottoscrittori della procura (“funzionario” e “dirigente”) che non implicavano il conferimento di poteri rappresentativi. Lo stesso motivo non impinge, invece, sull'argomento alternativo svolto dalla Corte di appello in punto di infondatezza della stessa eccezione, limitandosi parte ricorrente a contestare l'ammissibilità della produzione documentale, in base alla quale è stata svolta la verifica della giustificazione dei poteri dei sottoscrittori della procura.

Ciò precisato, il motivo di ricorso va rigettato, ancorché la motivazione della decisione impugnata meriti di essere integrata e, in qualche misura, anche corretta.

1.3. Va premesso che l'accertamento della legittimatio ad processum riguarda un presupposto attinente alla regolare costituzione del rapporto processuale, la cui esistenza, come dimostra la previsione del potere ufficioso di cui all'art. 182 c.p.c., comma 2, dev'essere controllata d'ufficio dal giudice, salvo il limite della

formazione del giudicato, senza che occorra un'apposita eccezione di parte (cfr. *ex plurimis*, Cass. 22 luglio 2005, n. 15392), con la precisazione che proprio perché la questione della sussistenza della legittimazione ad processum è esaminabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio – non rileva il momento del processo nel quale sia fornita la prova documentale di tale sussistenza, che, imponendosi di per sé, ben può, con riguardo ad un determinato grado, risultare da produzioni od acquisizioni avvenute in quello successivo (Cass. 16 novembre 1995 n. 11851), non operando ai relativi effetti le ordinarie preclusioni istruttorie (Cass. 20 giugno 2002, n. 8996).

Non appare, poi, superfluo osservare – in conformità all'insegnamento delle SS.UU. (cfr. sentenza 19 aprile 2010, n. 9217) – che l'art. 182 c.p.c., comma 2, (nel testo qui applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dalla legge n. 69 del 2009), secondo cui il giudice che rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione “può” assegnare un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, deve essere interpretato, anche alla luce della modifica apportata dalla L. n. 69 del 2009, art. 46, comma 2, nel senso che il giudice “deve” promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio e indipendentemente dalle cause del predetto difetto, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa, con effetti *ex tunc*, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali.

È appena il caso di aggiungere che la norma di cui all'art. 182 cit. trova applicazione anche in grado di appello in forza del rinvio contenuto nell'art. 359 c.p.c.

1.4. Con più specifico riferimento alla rappresentanza processuale delle società questa Corte ha poi operato una distinzione tra onere di indicazione della fonte del potere rappresentativo e onere della relativa dimostrazione. In particolare le Sezioni Unite (sentenza 1 ottobre 2007, n. 20596) hanno chiarito che, in tema di rappresentanza processuale delle persone giuridiche, la persona fisica che ha conferito il mandato al difensore non ha l'onere di dimostrare tale sua qualità, neppure nel caso in cui l'ente si sia costituito in giudizio per mezzo di persona diversa dal legale rappresentante e

l'organo che ha conferito il potere di rappresentanza processuale derivi tale potestà dall'atto costitutivo o dallo statuto, poiché i terzi hanno la possibilità di verificare il potere rappresentativo consultando gli atti soggetti a pubblicità legale e, quindi, spetta a loro fornire la prova negativa. Solo nel caso in cui il potere rappresentativo abbia origine da un atto della persona giuridica non soggetto a pubblicità legale, incombe a chi agisce l'onere di riscontrare l'esistenza di tale potere a condizione, però, che la contestazione della relativa qualità ad opera della controparte sia tempestiva, non essendo il giudice tenuto a svolgere di sua iniziativa accertamenti in ordine all'effettiva esistenza della qualità spesa dal rappresentante, dovendo egli solo verificare se il soggetto che ha dichiarato di agire in nome e per conto della persona giuridica abbia anche asserito di farlo in una veste astrattamente idonea ad abilitarlo alla rappresentanza processuale della persona giuridica stessa.

1.5. Orbene nel caso di specie – come emerge chiaro dalla stessa decisione impugnata – la Banca di Roma, costituitasi in giudizio per mezzo di persona diversa dal legale rappresentante (id est di persona diversa da quella astrattamente idonea a rappresentarla), provvede all'indicazione degli atti fondativi del potere di rappresentanza processuale dei sottoscrittori della procura, solo a fronte della contestazione avversaria svolta nella comparsa conclusionale, provvedendo nel primo atto successivo, e quindi nella memoria di replica depositata nel primo grado del giudizio, anche ad allegare la relativa prova documentale.

Ciò posto, è assorbente il rilievo, formulato nella decisione impugnata, della corretta costituzione in giudizio della società opponente, per il tramite di persone cui era stato conferito il potere di firma sociale con delibera del C.d.A., attesa l'equivalenza dell'indicazione di un organo che deriva il potere di rappresentanza processuale dall'atto costitutivo o dallo statuto della società all'indicazione di altro atto di conferimento dei poteri rappresentativi, fondandosi il potere di rappresentanza su atti societari aventi, a tal fine, la medesima efficacia legittimante.

Né può profilarsi la tardività delle relative indicazioni, così come non rileva l'irritualità

della produzione documentale allegata alla memoria di replica; e ciò proprio alla luce del potere officioso di cui all'art. 182 c.p.c., cui fa riferimento parte ricorrente, trattandosi di potere, che ha il suo riflesso nel dovere, esercitabile in ogni fase e grado del giudizio (salvo il limite del giudicato), di assegnare termine anche per eventuale integrazione sanante. In altri termini se il giudice di primo grado avrebbe potuto (e dovuto) anche in sede decidente sollecitare la giustificazione dei poteri rappresentativi e, se del caso, promuoverne la sanatoria, a maggior ragione non può profilarsi una preclusione della parte, tanto più quando l'avversario ha scelto di svolgere le proprie contestazioni solo nella comparsa conclusionale.

Per altro verso – considerato che la documentazione giustificativa dei poteri rappresentativi avrebbe potuto essere prodotta anche in appello (e, per quanto emerge dalla decisione impugnata, risultava allegata in atti nel secondo grado del giudizio) – l'odierno ricorrente avrebbe potuto lamentarsi della mancata rimessione sul ruolo da parte del primo giudice, ove avesse inteso dolersi di non aver potuto fornire la prova negativa e avrebbe, eventualmente, potuto fornire detta prova anche in appello, giammai limitarsi a contestare l'inammissibilità dell'avversa produzione documentale.

2. Con il secondo motivo di ricorso si denuncia omessa e insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (art. 360 c.p.c., n. 5).

2.1. Il motivo riguarda il punto della decisione in cui la Corte di appello – confermando valutazioni espresse dal primo Giudice – ha ritenuto che mancasse la prova della corresponsione dei interessi ultralegali e, quindi, degli asseriti pagamenti indebiti, evidenziando, a tali effetti, l'irrilevanza del mero dato della previsione della chiusura trimestrale dei conti correnti, attesa la riferibilità del saldo passivo di L. 786.333.219 (in forza di riconoscimento proveniente dallo stesso M.) vuoi al capitale, vuoi agli interessi e considerato, altresì, che – pur a riconoscere l'indeterminatezza delle condizioni di conto corrente in punto di determinazione degli interessi – sarebbe stato onere di colui che agiva in ripetizione di fornire la prova, non surrogabile con una c.t.u. esplorativa, dell'importo delle rimesse effettuate, delle loro impu-

tazione oltre che degli interessi in concreto applicati.

2.1.1. A parere del ricorrente siffatta motivazione è viziata, giacché è mancata la valutazione di tutta la documentazione prodotta da cui emergerebbe sia l'esistenza della causa debendi vantata dalla Banca, sia l'avvenuto pagamento degli interessi non dovuti, con la conseguenza, come si legge nel c.d. quesito di fatto *ex art. 366 bis c.p.c.*, di "disattendere il dettato normativo in materia e l'ormai costante orientamento di Codesta Ecc.ma Suprema Corte".

2.2. Anche il presente motivo – sostanzialmente finalizzato ad una non consentita rivalutazione del materiale documentale, parzialmente "assemblato" al ricorso – non merita accoglimento.

Invero il vizio di motivazione appare inammissibile, perché volto a conseguire un diverso apprezzamento delle risultanze documentali, già valutate dai giudici del merito con motivazione succinta, ma comunque adeguata e dissimula, dunque, una richiesta di riesame del merito, inibita in sede di legittimità.

È il caso di aggiungere che – ove il ricorrente intendesse lamentare che il giudice di appello abbia ignorato alcuni documenti – il motivo incorrerebbe in altro profilo di inammissibilità, non corrispondendo tale errore ad alcuno dei motivi di ricorso ai sensi dell'art. 360 c.p.c.; l'errore in questione, risolvendosi in una inesatta percezione da parte del giudice di circostanze presupposte come sicura base del suo ragionamento, ma in contrasto con le risultanze degli atti del processo, andava, infatti, denunciato con il mezzo della revocazione, ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 4, (Cass. 19 febbraio 2009, n. 4056; Cass. 23 marzo 2005, n. 6306).

2.3. Soprattutto la censura non attinge il punto centrale della decisione laddove si evidenzia che è ripetibile la somma indebitamente pagata e non già il debito sostenuto come illegale.

Vero è, infatti, che un pagamento, per dar vita ad un'eventuale pretesa restitutoria di chi assume di averlo indebitamente effettuato, deve tradursi nell'esecuzione di una prestazione da parte di quel medesimo soggetto (il *solvens*), con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (l'*accipiens*); e in tanto può definirsi indebito, con conseguente diritto

di ripetizione a norma dell'art. 2033 cod. civ., in quanto difetti di una idonea causa giustificativa.

Muovendo da tale premessa, apparentemente ovvia, le Sezioni unite di questa Corte (sentenza 2 dicembre 2010, n. 24418) – affrontando la questione dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione dell'azione di ripetizione del cliente verso la banca con riguardo ad interessi che si assumevano, come nella specie, indebitamente corrisposti in relazione ad un'apertura di credito in conto corrente bancario – hanno fatto riferimento alla nota distinzione tra atti ripristinatori della provvista ed atti di pagamento compiuti dal correntista per estinguere il proprio debito verso la banca (cfr. Cass. 6 novembre 2007, n. 23107; e Cass. 23 novembre 2005, n. 24588), al fine di stabilire se (e quando) sia o meno configurabile un pagamento, asseritamente indebito, da cui possa scaturire una pretesa restitutoria ad opera del *solvens*. In tale prospettiva è stato osservato che, se pendente l'apertura di credito, il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, è indubbio che non vi sia stato alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato; nel caso, invece, che, durante lo svolgimento del rapporto il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti, ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto "scoperto" (cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento) e non, viceversa, in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere.

Invero l'annotazione in conto di una posta di interessi (o di c.m.s.) illegittimamente addebitati dalla banca al correntista comporta un in-

cremento del debito dello stesso correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento, nel senso che non vi corrisponde alcuna attività solutoria nei termini sopra indicati in favore della banca; con la conseguenza che il correntista potrà agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa (allo scopo eventualmente di recuperare una maggiore disponibilità di credito, nei limiti del fido accordatogli), ma non potrà agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo. Di pagamento, nella descritta situazione, potrà dunque parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto.

2.4. Nel caso in esame la Corte territoriale ha per l'appunto affermato che mancava la prova della corresponsione degli interessi, segnatamente evidenziando l'inconferenza della mera deduzione dell'illegittimità della clausola determinativa degli stessi, avuto riguardo all'oggetto dell'azione di ripetizione, rappresentato dal pagamento indebito e non già dal "debito sostenuto come illegale".

Orbene il ricorrente non ha censurato tale affermazione, limitandosi ad insistere nel rilievo dell'illegittimità delle previsioni contrattuali in punto di determinazione degli interessi e delle c.m.s.; tantomeno ha allegato di avere provveduto al pagamento del saldo passivo di L. 786.333.219 cui si fa riferimento nella decisione impugnata, si da inferirne la pretesa di restituzione della somma di L. 413.785.381 avanzata in sede monitoria.

In conclusione il ricorso va rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità, liquidate alla stregua dei parametri di cui al D.M. n. 140 del 2012, come in dispositivo, seguono la soccombenza. (*Omissis*)

[TRIFONE *Presidente* – AMBROSIO *Estensore* – GOLIA *P.M.* (concl. conf.). – M.G. (avv. Piro) – Unicredit s.p.a. (avv. Ludini)]

Nota di commento: «*Si fanno sempre più stringenti gli oneri a carico del correntista che agisce per la ripetizione di indebito*» [★]

I. Il caso

Una ditta individuale agisce in giudizio contro la propria banca al fine di ottenere la ripetizione di interessi ultralegali e di commissioni di massimo scoperto che asserisce indebitamente addebitati su di un proprio conto corrente bancario.

La banca si oppone alla domanda (curiosamente introdotta mediante ricorso per ingiunzione di pagamento), costituendosi in giudizio in persona di un proprio funzionario e di un proprio dirigente, qualificatisi quali «*rappresentanti autorizzati*», senza però indicare e tantomeno produrre l'atto scritto da cui originava il potere rappresentativo esercitato nel processo.

I giudici di merito prima e la Supr. Corte poi sono quindi chiamati a verificare anzitutto la corretta instaurazione del rapporto giuridico processuale da parte della banca così rappresentata.

Superata la questione processuale, la sentenza che si annota entra nel merito della questione riferita alla ripetibilità di interessi ed altri accessori illegittimamente addebitati su di un conto corrente bancario, respingendo la domanda del correntista per la mancanza di prova in ordine all'effettiva esistenza di versamenti da restituire.

La decisione si presenta interessante e degna di riflessione sotto due profili, uno processuale, l'altro sostanziale: *a)* sotto il profilo processuale, chiarisce in maniera puntuale quale debba essere la *ripartizione dell'onere probatorio tra le parti in caso di conferimento della rappresentanza processuale volontaria da parte di una banca a favore di un proprio dirigente o di un proprio funzionario*, precisando che spetta sempre alla controparte sollevare tempestivamente le contestazioni in ordine all'esistenza ed ai limiti del potere rappresentativo, senza che tale onere possa essere surrogato da doveri di rilievo ufficioso da parte del giudice; *b)* sotto il profilo sostanziale, statuisce che è *onere del correntista che agisce in ripetizione di indebito fornire la prova*, peraltro non surrogabile con una c.t.u. che sarebbe esplorativa, *dell'importo delle rimesse effettuate*, essendo ripetibili solo le somme effettivamente pagate e non le semplici annotazioni ritenute illegittime.

[★] **Contributo pubblicato in base a refereee.**

II. Le questioni

1. IL CONFERIMENTO DEL POTERE DI RAPPRESENTANZA PROCESSUALE VOLONTARIA AL FUNZIONARIO O AL DIRIGENTE BANCARIO. Capita regolarmente che le banche, soprattutto quelle di maggiori dimensioni, conferiscano procure speciali a propri dirigenti od a propri funzionari.

Frequentemente si assiste anche al conferimento di procure speciali ad agire in giudizio rilasciate dalla banca a società collegate o controllate, alle quali sono affidate le attività di gestione dei crediti incagliati o in sofferenza e le conseguenti iniziative processuali di recupero.

In tutti questi casi è ovviamente il rappresentante processuale della banca a conferire la procura alle liti al difensore di fiducia incaricato di agire o resistere in giudizio.

Riveste allora particolare importanza verificare la tenuta dell'atto mediante il quale la banca conferisce la rappresentanza processuale volontaria, in quanto, nell'ipotesi in cui si riscontrasse un vizio nella procura speciale rilasciata dalla banca al proprio funzionario o dirigente, questo vizio inficerebbe anche il mandato alle liti conferito al difensore, con conseguente nullità assoluta di tutti gli atti processuali posti in essere nel corso del giudizio a nome della banca [ancorché oggi tale nullità potrebbe essere sanata a norma dell'art. 182 cod. proc. civ., nel testo modificato dall'art. 46 l. 18.6.2009, n. 69 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*), dovendosi equiparare la nullità della procura *ad litem* al difetto di rappresentanza processuale, come precisato dalle sezioni unite nella sentenza 22.12.2011, n. 28337, *infra*, sez. III].

Orbene, la sentenza annotata muove dalla premessa che il conferimento della rappresentanza processuale volontaria a favore di un determinato soggetto attiene alla regolare costituzione del rapporto processuale, avendo ad oggetto la corretta attribuzione del potere di avviare il processo. Quindi, la verifica che il giudice è chiamato a compiere attiene all'accertamento della *legittimatio ad processum* (o legittimazione processuale) del soggetto che agisce in giudizio spendendo il nome del rappresentato.

Come chiarito anche dalla miglior dottrina (per tutti, v. MANDRIOLI, *infra*, sez. IV), la legittimazione processuale costituisce un presupposto processuale, vale a dire un requisito che deve esistere prima di un determinato atto, perché da quell'atto derivino determinate conseguenze ed in particolare deve esistere prima della domanda che dà avvio ad un rapporto giuridico processuale.

In particolare, la rappresentanza processuale volontaria rientra tra i cosiddetti *presupposti di validità*

o *procedibilità del processo* che sono quei requisiti che debbono esistere prima della proposizione della domanda, perché il processo possa, anziché arrestarsi subito, procedere fino al conseguimento del suo scopo normale che, nel processo di cognizione, è la pronuncia di una sentenza sul merito.

Essa attiene infatti al potere o, meglio, alla serie di poteri di compiere gli atti del processo e pertanto alla stessa si riferisce il codice di rito all'art. 75, quando disciplina la capacità processuale, intesa appunto come titolarità del potere di proporre o di resistere alla proposizione di una domanda.

La legittimazione processuale non va confusa con la legittimazione ad agire (o *legittimatio ad causam*) a cui pure accenna la sentenza che si annota, perché, mentre la legittimazione processuale presuppone l'effettiva esistenza del potere (o della capacità) processuale in capo al soggetto che agisce in giudizio (pena l'impossibilità di regolare costituzione del rapporto processuale), la legittimazione ad agire (*legittimatio ad causam*) costituisce un condizione dell'azione, vale a dire un requisito del processo che però non ne condiziona la valida costituzione (come i presupposti processuali), ma solo la possibilità del suo regolare sviluppo e quindi della sua definizione, mediante la pronuncia di una sentenza di merito.

Le condizioni dell'azione sono infatti requisiti che non debbono esistere prima della proposizione della domanda, ma costituiscono requisiti intrinseci della domanda stessa, con riguardo al suo contenuto e la loro mancanza fa sì che il processo non possa proseguire fino alla pronuncia sul merito, ma debba arrestarsi subito con una pronuncia sul processo che attesti quella mancanza.

La legittimazione ad agire, in particolare, attiene alla ipotetica accoglibilità della domanda sotto il profilo soggettivo, da valutarsi sulla base delle sole allegazioni di colui che la propone, nel senso che essa non è accoglibile se non contiene l'affermazione che il diritto fatto valere appartiene a colui che agisce in giudizio e va fatto valere contro colui nei cui confronti la domanda è proposta.

Questione ancora diversa è poi quella relativa all'*effettiva titolarità* della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, dedotta in giudizio: essa si configura come una questione che attiene al merito della lite e non alla sussistenza dei presupposti e delle condizioni dell'azione.

Chiarito l'inquadramento sistematico, il trattamento processuale è consequenziale.

Infatti la carenza del potere rappresentativo processuale è rilevabile d'ufficio in ogni fase, stato e grado del giudizio.

Non è invece consentito un esame d'ufficio della questione relativa all'effettiva titolarità della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, dedotta

in giudizio, poiché, attenendo al merito della lite, essa rientra nel potere dispositivo ed è oggetto dell'onere deduttivo probatorio della parte interessata.

Ancora, la prova dell'esistenza dei presupposti processuali può essere fornita in qualsiasi fase, stato o grado del giudizio, senza che ciò possa venire impedito dal maturare delle preclusioni processuali riferite alle produzioni documentali o alle deduzioni istruttorie in genere (per lo più previste, nell'ordinario processo di cognizione, dall'art. 183 cod. proc. civ.).

Ma, anche nel caso di originaria mancanza di un presupposto processuale, quale il conferimento di un valido potere rappresentativo che determini la qualificazione come *falsus procurator* di colui che agisce in giudizio in nome e per conto di un altro soggetto, è sempre possibile, in qualsiasi fase e grado del processo, la sanatoria con effetto *ex tunc*, senza il limite delle preclusioni derivanti dal decorso di termini processuali di decadenza.

Oggi infatti, a seguito dell'entrata in vigore della l. 18.6.2009, n. 69, il novellato art. 182 cod. proc. civ. ha espressamente previsto la possibilità di sanare, con effetti sostanziali e processuali che retroagiscono al momento dell'introduzione del processo, non solo l'eventuale mancanza di presupposti processuali quali il difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione, ma anche il vizio che determina la nullità della procura al difensore. La riforma prevede quindi adesso la possibilità di emendare, con effetti retroattivi, anche la nullità della procura alle liti in quanto rilasciata da un soggetto privo di adeguato potere rappresentativo della parte sostanziale del processo, purché la rinnovazione degli atti viziati avvenga entro un termine perentorio fissato dal giudice.

Unico limiti insuperabile resta la formazione di un giudicato sul punto.

La riforma dell'art. 182 cod. proc. civ. (che, peraltro, impone al giudice il potere-dovere di rilevare il difetto dei presupposti processuali *ivi* indicati e di provocarne la sanatoria) si pone nell'ottica di ridurre le ipotesi di nullità degli atti processuali e di rafforzare le ipotesi di sanatoria degli atti processuali nulli.

In linea con questa finalità, si pone anche l'interpretazione offerta dalla sentenza che si annota.

Essa contiene sì l'affermazione secondo cui l'inesistenza della *legitimatio ad processum* del rappresentante processuale può essere rilevata d'ufficio in quanto presupposto attinente alla regolare costituzione del rapporto processuale, ma poi limita notevolmente le conseguenze dell'attribuzione di un tale potere al giudice.

Infatti, la decisione reputa anzitutto sufficiente che il rappresentante che agisce in giudizio si limiti

inizialmente ad indicare la fonte del potere di rappresentanza attribuitogli; poi, in presenza di eccezioni sul punto, consente al rappresentante di dimostrare l'esistenza del regolare conferimento del proprio potere rappresentativo, anche oltre i termini di maturazione delle preclusioni istruttorie. Decisivo a questo proposito è il richiamo all'art. 182 cod. proc. civ. che obbliga il giudice, una volta rilevato un difetto di rappresentanza, a promuoverne la sanatoria (con effetti *ex tunc*).

Precisa ulteriormente la sentenza in commento che, ove il potere rappresentativo abbia origine da un atto soggetto a pubblicità legale, incombe sul terzo che voglia contestarne l'esistenza fornire la relativa prova negativa e quindi dimostrare che il soggetto che ha agito in giudizio non disponesse del potere di rappresentare la parte, in ciò essendo facilitato dalla consultazione delle forme di pubblicità legale.

Quindi, in tutti i casi in cui il potere di rappresentanza della banca sia attribuito dall'atto costitutivo (art. 2328, comma 2°, n. 9, cod. civ.) o dalla delibera assembleare di nomina degli amministratori (art. 2383 cod. civ.) o dal consiglio di amministrazione ove a ciò appositamente delegato dallo statuto (art. 2365, comma 2°, cod. civ.), si verifica l'inversione dell'onere della prova circa la carenza del potere rappresentativo, incombendo sul terzo che lo contesti l'onere di dimostrarne l'inesistenza.

Ove invece la fonte del potere rappresentativo sia costituita da un atto non soggetto ad alcuna forma di pubblicità legale (ad esempio una delega per singoli affari), non opera l'inversione dell'onere della prova di cui si è detto e colui il quale agisce in giudizio quale rappresentante dovrà dare prova dell'esistenza del potere conferitogli, ma solo qualora il terzo lo abbia tempestivamente contestato.

In sostanza, se è il rappresentante ad aver promosso il giudizio, il convenuto dovrà eccepire la carenza o la mancanza di prova del potere rappresentativo entro il termine di cui all'art. 166 cod. proc. civ.; ove invece il rappresentante sia convenuto in giudizio, l'attore dovrà sollevare analoga eccezione entro la prima udienza di trattazione o, al più tardi, entro il primo termine di cui all'art. 183, comma 6°, cod. proc. civ. (ed in tal caso, il rappresentante avrà l'onere di produrre idonea documentazione a giustificazione dei suoi poteri di rappresentanza, sia pure senza il rischio di incorrere nelle decadenze istruttorie di cui all'art. 183, comma 6°, n. 2 o n. 3 cod. proc. civ.).

Volendo applicare i principi che si sono finora esposti alla rappresentanza processuale di una banca, laddove ad agire in giudizio sia un dirigente o un funzionario al quale sia stato attribuito il potere rappresentativo volontario mediante un atto di delega non soggetto a pubblicità legale, come nel caso esa-

minato dalla sentenza che si annota, il rappresentante potrà limitarsi ad enunciare la fonte del potere rappresentativo conferitogli e sarà tenuto a documentare la delibera di conferimento della procura (normalmente una delibera del consiglio di amministrazione della banca) solo in caso di contestazione ad opera della controparte entro il termine per la proposizione delle eccezioni non rilevabili d'ufficio.

Una simile semplificazione probatoria a favore della banca pare coerente con la natura di institore normalmente attribuita ai dirigenti preposti a filiali e succursali *ex art. 2203, comma 2°*, cod. civ., di modo che gli stessi possono agire o resistere in giudizio in nome della banca preponente, per qualsiasi rapporto derivante da atti compiuti nella filiale o succursale cui sono proposti, come previsto dall'*art. 2204, comma 2°*, cod. civ. e dall'*art. 77, comma 2°*, cod. proc. civ.

In forza di quest'ultima disposizione, il potere di stare in giudizio per il preponente si presume conferito all'institore, anche in mancanza di un formale atto scritto, altrimenti necessario.

Può allora concludersi che, anche nel caso in cui venga in considerazione, anziché la rappresentanza organica, la rappresentanza processuale volontaria, il rilievo d'ufficio della sua carenza è limitato alla mancanza della cosiddetta *legitimatio ad causam* (ovvero alla legittimazione ad agire), possibile quando il rappresentante della banca agisca in giudizio in una veste astrattamente non idonea a consentire la spendita del nome della banca.

Altrimenti, per poter mettere in discussione tale rappresentanza, occorrerà una tempestiva eccezione della parte interessata.

2. RIPETIZIONE DI INDEBITO E PROVA DEI VERSAMENTI IN CONTO CORRENTE. Riprendendo il ragionamento iniziato dalle sezioni unite nella nota sentenza 2.12.2010, n. 24418 (*infra*, sez. III), la decisione in commento chiarisce che le semplici annotazioni contabili di segno negativo (addebiti annotati in «dare»), laddove non vengano coperte dal cliente mediante materiali versamenti in denaro, non comportano alcun pagamento, ma solo una situazione debitoria che può essere rettificata in presenza delle relative condizioni e nei termini di legge.

Infatti, un pagamento, per dar vita ad un'eventuale pretesa restitutoria di chi assume di averlo indebitamente effettuato, deve tradursi nell'esecuzione di una prestazione da parte di quel medesimo soggetto (il *solvens*), con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (l'*accipiens*).

Non basta però neppure l'esecuzione di un mero versamento per configurare un pagamento ripetibile.

Anche un versamento in denaro a copertura di

precedenti annotazioni a debito può infatti non integrare gli estremi di un pagamento. Questo accade quando il versamento confluisce su un conto corrente a cui accede una formale apertura di credito bancario, in forza della quale la banca è obbligata a tenere a disposizione del cliente una data somma di denaro (*art. 1842 cod. civ.*).

Infatti, l'esistenza di una situazione debitoria entro i limiti del fido e la regolazione in conto corrente del rapporto attribuiscono a ciascun versamento la sola funzione di *ripristinare* la provvista messa a disposizione del cliente attraverso l'apertura di credito. L'esistenza di un obbligo della banca di tenere a disposizione detta provvista e di un contrapposto diritto del cliente all'utilizzo ripetuto del credito concesso impediscono che il passivo maturato generi un credito liquido ed esigibile a favore della banca, la quale non può chiedere il rientro se non dopo aver revocato il fido concesso.

Occorre allora distinguere tra versamenti confluiti in un conto corrente con *saldo passivo* (cioè con saldo negativo, ma entro il limite dell'affidamento) e rimesse operate invece in conto corrente *scoperto* (cioè con saldo negativo oltre il limite dell'affidamento o con saldo negativo su un conto corrente privo di affidamento).

Solo nel caso di conto scoperto tutti i versamenti diretti a riportare il saldo entro i limiti del fido hanno natura di pagamenti.

Diversamente, nelle rimesse che confluiscono su un conto semplicemente passivo non si ravvisa alcun pagamento e quindi il versamento che va a ridurre l'esposizione del cliente non è idoneo a legittimare un'azione di ripetizione di indebito oggettivo. L'azione sarà allora possibile solo una volta venuto meno il rapporto (o per iniziativa del cliente o per iniziativa della banca) e solo dopo che il cliente abbia provveduto a pagare il saldo del conto corrente.

Il chiarimento contenuto nella sentenza annotata appare certamente utile perché trasferisce espressamente il ragionamento delle sezioni unite (innovativo rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale in tema di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione di indebito oggettivo nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario) dal piano della prescrizione al piano dell'oggetto dell'azione di ripetizione *ex art. 2033 cod. civ.* nei rapporti bancari.

Prima di questo chiarimento non vi era uniformità di opinioni, soprattutto in dottrina, circa l'individuazione del concetto di pagamento ripetibile nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario.

Una notevole parte della dottrina attribuiva infatti funzione solutoria ad ogni singola annotazione in conto; altri evidenziavano l'esistenza di un paga-

mento indebito nel fatto del correntista che, dopo la chiusura del conto corrente, avesse provveduto ad azzerare ogni passività verso la banca.

Altri autori sostenevano invece che l'azione di ripetizione di indebito può essere esercitata solo sulle somme effettivamente versate a ripianamento dei saldi passivi del conto, nel corso del rapporto o al suo termine.

Non mancava poi chi, partendo dalla considerazione che l'annotazione a debito degli interessi derivante dalla unilaterale iniziativa della banca non abbia alcuna funzione solutoria per la mancanza di un comportamento volontario da parte del cliente, arrivava ad individuare il rimedio a favore del correntista non nell'azione *ex art.* 2033 cod. civ., ma in quella *ex art.* 2041 cod. civ.

La Supr. Corte concentra oggi l'attenzione sul concetto di pagamento effettivo, precisando che l'azione di ripetizione di indebito oggettivo non sia configurabile se riferita ad una semplice annotazione contabile a debito, a cui non faccia seguito un versamento di natura solutoria da parte del correntista a definitiva copertura della stessa.

Quindi, nel caso di semplice annotazione a debito, non seguita da versamento a copertura o nel caso di versamento confluito su un conto corrente non scoperto, non sussiste il presupposto oggettivo dell'azione di ripetizione, la quale non può ancora considerarsi nata e conseguentemente non può neppure essere assoggettata ad alcun termine di prescrizione, come appunto precisato dalle sezioni unite.

In questi casi potrà porsi tutt'al più un problema di rideterminazione del saldo passivo, dopo aver eliminato quelle annotazioni a debito derivanti da un titolo nullo, ma la relativa azione è diversa da un'azione di ripetizione *ex art.* 2033 cod. civ. risolvendosi in un'azione di accertamento mero, non soggetta a prescrizione proprio perché riconducibile al disposto dell'art. 1422 cod. civ.

Una simile delimitazione dell'oggetto dell'azione di ripetizione di indebito oggettivo non ha trovato d'accordo una rilevante parte della dottrina che ha commentato la sentenza delle sezioni unite subito dopo la sua pubblicazione.

Così, vi è chi ha osservato che la distinzione tra rimesse bancarie solutorie e rimesse ripristinatorie non sarebbe convincente anche perché tale distinzione, elaborata dalla giurisprudenza prevalente in tema di revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie, sarebbe ormai superata (SALANITRO, 404, *infra*, sez. IV).

La stessa dottrina ricorda anche che, se l'annotazione non costituisca pagamento nei rapporti tra banca e correntista, allora non dovrebbe essere considerata tale neppure nei rapporti tra due correntisti diversi ed invece, nel caso in cui la banca accrediti

erroneamente nel conto di un cliente una somma di un altro cliente, si ritiene realizzata compiutamente la figura dell'indebito di cui all'art. 2033 cod. civ., con conseguente decorrenza degli interessi legali a partire dal tempo dell'accredito.

Si osserva ancora che, spesso, nei contratti di conto corrente bancario, la somma che la banca ha trattenuto durante il corso del rapporto a titolo di interessi non dovuti potrebbe essere ben più elevata di quella oggetto del pagamento con il quale il correntista abbia estinto il saldo finale del conto corrente.

Se si seguisse allora la tesi che solo il ripianamento del saldo finale del conto corrente bancario possa formare oggetto di ripetizione di indebito, in caso di saldo zero o di saldo a debito della banca, il correntista non avrebbe modo di reclamare gli interessi non dovuti, addebitati e compensati (contabilmente) da successivi versamenti in corso di rapporto, ove il conto avesse sempre operato al passivo e non allo scoperto.

Invece, in tutti questi casi, dovrebbe comunque ritenersi esperibile l'azione di ripetizione con riferimento a tutti gli addebiti di interessi o di commissioni illegittimi perché derivanti da un titolo nullo.

Analogamente – deve ritenersi – ove il cliente, una volta cessato il rapporto, non copra il saldo negativo esistente dopo la chiusura del conto corrente, ma egualmente intenda chiedere la restituzione di quei versamenti (o di quella parte di versamenti) che, in costanza di rapporto, risultano imputabili a copertura di interessi o di commissioni illegittimi e precedentemente addebitati. Ci pare che, in questo caso, l'azione *ex art.* 2033 cod. civ. sia esperibile a decorrere dalla chiusura del conto corrente in quanto, prima di quel momento, il cliente può esperire un'azione di rettifica del saldo negativo, ma non l'azione di ripetizione di somme che, come già detto, non costituiscono ancora pagamenti in quanto non restano definitivamente acquisiti al patrimonio della banca.

Solo dopo la chiusura del rapporto quei versamenti restano definitivamente acquisiti al patrimonio della banca e pertanto, entro i limiti in cui siano andati a coprire interessi o altri accessori non dovuti, potranno essere chiesti in restituzione.

In definitiva, pare corretto affermare che, nel rapporto tra banca e correntista, l'annotazione a debito del cliente non seguita da alcun versamento o seguita da versamenti che siano semplicemente ripristinatori della provvista, non dia luogo ad alcun pagamento ripetibile, almeno fin tanto che dura il rapporto.

Questo perché la semplice annotazione contabile a debito del cliente si limita a determinare una variazione quantitativa delle ragioni di credito della banca, ma non comporti alcuno spostamento patrimoniale a suo favore.

Infatti, l'annotazione a debito in coincidenza con le chiusure periodiche comporta un aumento dell'esposizione debitoria del cliente, laddove il pagamento comporta una riduzione o un azzeramento del debito gravante sul cliente.

Resta il problema della prova dei versamenti da restituire.

La sentenza annotata non prende esplicita posizione sul punto, ma, nel confermare la sentenza di appello impugnata, estende l'efficacia di giudicato al principio di diritto processuale, espresso dalla Corte di Appello di Roma, secondo cui è onere di colui che agisce in ripetizione fornire la prova dell'importo delle rimesse effettuate, della loro imputazione a copertura di interessi ed altri accessori illegittimi e dell'ammontare degli interessi in concreto applicati.

Tali prove non sono surrogabili mediante una semplice c.t.u., che sarebbe meramente esplorativa e come tale inammissibile.

Il punto è meglio trattato in un recente contributo dottrinale, critico nei confronti della più volte richiamata sentenza delle sezioni unite 2.12.2010, n. 24418, ma apprezzabile per chiarezza ed approfondimento (TAVORMINA, 465, *infra*, sez. IV): nell'ampio commento si sostiene che l'azione di ripetizione di indebito oggettivo svolta da un correntista contro la banca al fine di ottenere la restituzione delle somme versate o addebitate (l'autore precisa che anche le semplici annotazioni in conto possano formare oggetto dell'azione ex art. 2033 cod. civ.) presupponga l'esatta individuazione dei singoli addebiti che si assumono ingiustificati.

Così, l'atto di citazione che affermasse genericamente la sussistenza di certe violazioni normative e lasciasse nel vago, ambendo ad affidarle al consulente tecnico, l'identificazione delle corrispondenti circostanze concrete e dei singoli addebiti violerebbe l'art. 163, comma 3°, n. 3, cod. proc. civ.

Ciò significa, in concreto, che il correntista che agisce in giudizio per ripetizione di indebito deve fornire prova dell'attribuzione patrimoniale a favore della banca e della inesistenza di una causa idonea a giustificarla, senza poter ricorrere ad una c.t.u. esplorativa e senza poter richiedere un ordine di esibizione della documentazione contabile che rischia di essere inammissibile per la mancanza del requisito della indispensabilità (avendo il cliente libero accesso ai documenti contabili che lo riguardano ex art. 119, comma 4°, t.u. bancario) o della esistenza (nel caso in cui si tratti di esaminare rapporti risalenti ad oltre 10 anni prima).

Possiamo concludere notando che, da un lato, si è assistito negli ultimi anni a notevoli aperture giurisprudenziali in tema di ripetibilità di interessi, commissioni e altri accessori addebitati nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario: si pensi al

tema degli interessi anatocistici, ma anche, più recentemente, alle questioni relative alla nullità delle commissioni di massimo scoperto ed all'applicabilità ai rapporti pendenti delle soglie in tema di interessi usurari (trattato anche dalla recente Cass., 11.1.2013, n. 602, in *www.ilcaso.it*, I, 8312).

Dall'altro lato però si stanno recentemente moltiplicando sentenze che pongono a carico del correntista oneri o limitazioni sempre più stringenti: si pensi alla delimitazione del concetto di pagamento ripetibile, alla decorrenza del termine di prescrizione, in alcuni casi, anche in costanza di rapporto ed alle recenti affermazioni in tema di preclusioni collegate al silenzio serbato dal cliente per un lungo lasso di tempo, anche se inferiore al termine di prescrizione (si veda la recente TRIB. RAVENNA, 6.6.2012, in questa *Rivista*, 2012, I, 2024 ss.).

La sentenza che si annota rappresenta un altro esempio di quest'ultima tendenza, in quanto non solo delimita in maniera precisa i confini dell'azione di ripetizione di indebito, ma lascia intuire l'esistenza di precisi obblighi di specificazione dell'oggetto della domanda e di conseguenti oneri probatori in ordine ai presupposti della stessa.

III. I precedenti

1. IL CONFERIMENTO DEL POTERE DI RAPPRESENTANZA PROCESSUALE VOLONTARIA AL FUNZIONARIO O AL DIRIGENTE BANCARIO. Nello stesso senso della sentenza annotata sui poteri di rappresentanza processuale derivanti da atti soggetti a pubblicità legale: Cass., 13.9.2007, n. 19162, in *Mass. Giust. civ.*, 2007; Cass., 13.6.2006, n. 13669, *ivi*, 2006.

Nello stesso senso della sentenza annotata sui poteri di rappresentanza derivanti da singoli atti di delega: Cass., 9.12.1992, n. 13014, *ivi*, 1992; Cass., sez. lav., 15.12.2000, n. 15820, in *Foro it.*, 2001, I, 3266; Cass., 18.5.2006, n. 11661, *ivi*, 2006, I, 2751.

Sulla rilevanza d'ufficio solo dell'astratta idoneità della veste con la quale il rappresentante dichiara di stare in giudizio: Cass., 13.6.2002, n. 8442, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2109; Cass., 17.1.1989, n. 198, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 982.

Sulla rilevanza d'ufficio della carenza di *legitimatō ad processum* del rappresentante di una banca a cui non era stato conferito un adeguato potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio: Cass., sez. un., 16.11.2009, n. 24179, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, con riguardo ad un funzionario responsabile del recupero crediti per due sole regioni e delegato a compiere «la cura diretta di quanto occorre in ordine alla difesa del Banco nel primo grado di giudizio»;

nello stesso senso CASS., 16.9.2003, n. 13550, *ivi*, 2003.

Sulla sanabilità in qualsiasi momento del difetto di rappresentanza processuale e di procura alle liti, v. CASS., 11.7.2012, n. 11743, in *Dir. e giust.*, 2012, 601.

Riconoscono ai dirigenti preposti a filiali e succursali la qualità di institore, *ex art.* 2203, comma 2°, cod. civ.: CASS., 19.4.2011, n. 8976, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 269 ss.; CASS., 7.4.2009, n. 8397, in *Mass. Giur. it.*, 2009; CASS., 25.7.2008, n. 20425, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, la quale ha ritenuto validamente compiuta da un creditore la notificazione presso la filiale dell'atto di pignoramento presso terzi e della citazione introduttiva del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo *ex art.* 548 cod. proc. civ.; CASS., 8.6.2006, n. 13350, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 323; CASS., 3.9.2004, n. 17797, in *Nuovo dir.*, 2005, 893; CASS., 22.2.2002, n. 2573, in *Giur. it.*, 2002, 1648; CASS., 18.2.2000, n. 1819, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, 554; CASS., 10.4.1996, n. 3319, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1928, ed in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, II, 593.

Equipara la nullità della procura *ad litem* al difetto di rappresentanza processuale: CASS., sez. un., 22.12.2011, n. 28337, in *Mass. Giust. civ.*, 2011.

2. RIPETIZIONE DI INDEBITO E PROVA DEI VERSAMENTI IN CONTO CORRENTE. Nello stesso senso della sentenza annotata sul concetto di pagamenti ripetibili nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario: CASS., 2.12.2010, n. 24418, in questa *Rivista*, 2011, I, 291, con nota di BONTEMPI.

In senso contrario sembra CASS., 24.3.1993, n. 3492, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1593 ss., che pare preferire la soluzione secondo cui la semplice annotazione in conto di interessi anatocistici costituisce di per sé pagamento ripetibile.

Sull'opinione secondo cui, nel caso in cui la banca accrediti erroneamente nel conto di un cliente una somma di un altro cliente, si realizza compiutamente la figura dell'indebito di cui all'art. 2033 cod. civ., v.: CASS., 24.3.1993, n. 3492, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1593 ss.; TRIB. CAGLIARI, 26.1.1994, in *Dejure*; TRIB. NOVARA, 24.5.2010, *ibidem*.

IV. La dottrina

1. IL CONFERIMENTO DEL POTERE DI RAPPRESENTANZA PROCESSUALE VOLONTARIA AL FUNZIONARIO O AL DIRIGENTE BANCARIO. Sulla rappresentanza processuale in generale: MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, 2007, I, 321 ss.; ID., *La rappresentanza nel processo civile*, Utet, 1959; ID., *Delle parti*, nel *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, Utet, 1973, *sub artt.* 75-89; TOMMASEO, voce «Rappresentanza processuale,

I) Diritto processuale», in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Ed. Enc. it, 1991; REDENTI, *Diritto processuale civile*, a cura di CARNACINI e VELLANI, Giuffrè, 1980.

Sulla rappresentanza sostanziale e processuale attribuita al direttore di una succursale bancaria si vedano: PATRIARCA, *Filiale bancaria rappresentanza commerciale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 271 ss.; SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, nel *Trattato Vassalli*, Utet, 1983, 112 ss.; PORZIO, *I contratti bancari in generali*, nel *Trattato Rescigno*, 12, Utet, 2007, 827.

Qualificano come procuratori commerciali *ex art.* 2209 cod. civ. i preposti ad un succursale ai quali sono commesse funzioni esecutive: PATRIARCA, 277 s., nt. 20 ove ampi riferimenti dottrinali nel medesimo senso; ABBADESSA, *Su taluni aspetti della disciplina della rappresentanza nell'attività bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di PORTALE, Giuffrè, 1978, I, 202 ss.; SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, 106 ss.

Qualifica come procuratori commerciali i preposti alle filiali di banche pubbliche: FALASCHI, *Rappresentanza di fronte a terzi e rappresentanza in giudizio di istituti di credito di diritto pubblico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1962, II, 530.

2. RIPETIZIONE DI INDEBITO E PROVA DEI VERSAMENTI IN CONTO CORRENTE. Per la tesi che identifica l'annotazione a debito di un conto corrente bancario con un pagamento ripetibile si veda: FERROLUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 5 ss.; ID., *Lezioni di diritto bancario*, Giappichelli, 2004, 240 ss.

Per una critica a tale opinione si vedano: DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in *Contratti*, 2011, 492 ss.; FARINA, *I diritti nascenti dall'annotazione in conto corrente bancario e ripetizione dell'indebito*, *ibidem*, 723; TRAPUZZANO, *Anatocismo bancario*, in *Giur. merito*, 2010, 561 ss., secondo cui l'azione di ripetizione di indebitto può essere esercitata solo sulle somme effettivamente versate a ripianamento dei saldi passivi del conto, nel corso del rapporto o al suo termine.

Più propenso ad individuare l'indebito oggettivo nel fatto del correntista che, dopo la chiusura del conto corrente, provveda ad azzerare ogni passività verso la banca è COLOMBO, voce «Anatocismo», in *Enc. giur. Treccani*, II, Ed. Enc. it., Agg., 2005, 4.

Individuano nell'azione *ex art.* 2041 cod. civ. il rimedio offerto al cliente per recuperare gli interessi anatocistici illegittimamente addebitati, identificando il *dies a quo* del relativo termine di prescrizione ordinario decennale dalla data di ciascuna annotazione a debito: PISANI, *Anatocismo bancario ed ingiustificato arricchimento*, in *Squilibrio e usura nei*

contratti, a cura di VETTORI, Cedam, 2002, 537 ss.; VECCHIO, *Lo stato dell'arte in alcuni profili dei rapporti banche/cliente: l'anatocismo, l'ingiustificato arricchimento e la commissione di massimo scoperto*, in *Vita not.*, 2004, 854 ss.

Per l'esperibilità dell'azione di ripetizione anche prima della chiusura del conto corrente bancario, a decorrere dall'estratto conto immediatamente successivo al versamento da ripetere, a prescindere dall'esistenza di versamenti che vadano a ripianare il saldo scoperto: DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamento in c/c e diritto vivente dell'anatocismo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 436, ove (in nt. 4) richiama la maggioranza della dottrina che attribuisce rilevanza all'annotazione in conto dei versamenti.

Critico verso la soluzione adottata dalle sezioni unite è anche SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, *ivi*, 2011, I, 400 ss.

Chiarisce che spetta al correntista provare i singoli addebiti di cui chiede la restituzione e l'inesistenza di una causa idonea a giustificarli, senza che tale prova possa essere surrogata da una c.t.u. esplorativa o da ordini di esibizione *ex art.* 210 cod. proc. civ.: TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, *ivi*, 2012, II, 459 ss.

PAOLO BONTEMPI

► TRIB. GENOVA, 19.11.2012

SUCCESSIONE EREDITARIA - TESTAMENTO - TESTAMENTO OLOGRAFO - DISTRUZIONE AD OPERA DEL TERZO DEPOSITARIO - REVOCA - ESCLUSIONE (cod. civ., artt. 587, 684) (a)

SUCCESSIONE EREDITARIA - TESTAMENTO - TESTAMENTO OLOGRAFO - CONTENUTO DELLA SCHEDA TESTAMENTARIA - PROVA TESTIMONIALE - AMMISSIBILITÀ (cod. civ., artt. 587, 684, 2724, n. 3, 2725) (b)

SUCCESSIONE EREDITARIA - TESTAMENTO - TESTAMENTO OLOGRAFO - CONTENUTO DELLA SCHEDA TESTAMENTARIA - PROVA - CONDIZIONI - PROVA DELL'ESISTENZA E DELLA VALIDITÀ - ONERE - DISTRIBUZIONE (cod. civ., artt. 587, 684, 2697) (c)

(a) Il mancato reperimento di un testamento olografo esclude la presunzione di revoca dello stesso allorquando sia provato, anche per testimoni, che il mancato rinvenimento della scheda sia imputabile al terzo depositario.

(b) Il contenuto del testamento distrutto può essere provato per testimoni a norma degli artt. 2724, n. 3, e 2725 cod. civ.

(c) La parte che intenda fornire prova del contenuto del testamento deve fornire prova dell'esistenza del documento al momento dell'apertura della successione e della sua validità formale.

dal testo:

Il fatto. Con ricorso depositato il 29 dicembre 2006 S.D. chiedeva che il Tribunale di Genova autorizzasse il sequestro giudiziario dell'immobile sito in (*Omissis*), dando disposizioni per la sua attuazione.

Il ricorrente esponeva:

1. di aver prestato la propria collaborazione e assistenza a favore della signora G.N., nata a (*Omissis*), e deceduta *ivi* il 10 luglio 2005;
2. che la G.N. il giorno 22 giugno 1999 si era recata nello studio del Notaio Dr. A.M., esprimendo al Notaio l'intenzione di favorirlo con disposizione testamentaria, lasciandogli la proprietà del predetto immobile (per il quale veniva richie-