

**CONSULENZA TECNICA
D'UFFICIO E CONTENZIOSO
BANCARIO 'RETAIL'**

Pisa, 6.12.2019

Dott. Daniele Mercadante

Quel che è (relativamente) sicuro: Onere di allegazione/prova dei fatti relativi alla richiesta CTU

- **La CTU richiede l'allegazione ed un principio di prova dei fatti da valutare tecnicamente**, v. Cass. N. 8989/2011: «La consulenza tecnica d'ufficio costituisce un mezzo di ausilio per il giudice, volto alla più approfondita conoscenza dei **fatti già provati dalle parti, la cui interpretazione richiede nozioni tecnico-scientifiche, e non un mezzo di soccorso volto a sopperire all'inerzia delle parti; la stessa, tuttavia può eccezionalmente costituire fonte oggettiva di prova, per accertare quei fatti rilevabili unicamente con l'ausilio di un perito**».
- **O, quantomeno, la semplice allegazione**: «In tema di procedimento civile e mezzi di prova (nel caso di specie trattasi di controversia avente ad oggetto rapporti bancari e la lamentata applicazione di interessi illegittimi), **non è consentito dare luogo ad una c.t.u. contabile al fine di verificare ciò che solo in via dubitativa una parte lamenti contro l'altra, essendo evidente che in tal modo lo strumento tecnico verrebbe asservito a finalità esplorative**, che sono estranee alla disciplina dettata dall'art. 696 bis c.p.c.» Tribunale Napoli sez. II, 05/12/2016.
- Quanto alla prima pronuncia, deve notarsi che il contenzioso bancario 'retail', richiedendo CTU 'confermative', non sono pressoché mai dirette ad accertare fatti unicamente rilevabili dal perito.

Onere di ricollegare la doglianza all'eventuale CT di parte

- La CT di parte, in quanto semplice documento allegato agli atti, deve essere illustrata in quello che è il suo contenuto rilevante ai fini dell'ammissione della CTU; il giudice non è tenuto a 'rinvenire' nella CTU dati che non siano presentati in maniera intelligibile ('laica'):
- **Per quanto riguarda il giudizio di appello:** Cass. n. 8377 del 07/04/2009: «la mera produzione di un documento in appello non comporta automaticamente il dovere del giudice di esaminarlo, in ossequio all'onere di allegazione delle ragioni di doglianza sotteso al principio di specificità dei motivi di appello, che alla produzione si accompagni la necessaria attività di allegazione diretta ad evidenziare il contenuto del documento ed il suo significato, ai fini dell'integrazione della ingiustizia della sentenza impugnata».
- **Per quanto riguarda il giudizio di primo grado:** Cass. 10343 del 05/08/2000: «a soddisfare l'onere della prova non è sufficiente la produzione di un documento ritenuto idoneo dal convenuto, ma è altresì necessario che questi indichi specificamente l'uso che intende farne, onde evitare che il contraddittorio relativo sia in tutto o in parte impedito; né lo stesso convenuto, inottemperante a tale onere, può poi lamentare che il giudice, nell'esercizio dei poteri istruttori [...], non abbia preso in esame il documento ritualmente prodotto e non vi abbia ravvisato una prova utile alla sua difesa».

Corrispondentemente: i doveri del giudice di fronte alla CT di parte

- La produzione ed illustrazione di una CT di parte, nel senso chiarito alla *slide* che precede, **richiede che sia disposta CTU**, a meno che l'esame degli elementi rappresentati 'laicamente' al giudice palesi **l'immediata infondatezza delle allegazioni**.
- Cassazione civile, sez. I, 15/03/2016, n. 5091: «quando la parte chieda una consulenza contabile **sulla base di una produzione documentale**, il giudice **non può qualificare come esplorativa** la consulenza **senza dimostrare che la documentazione esibita sarebbe comunque irrilevante**. Il limite rappresentato dal divieto di compiere indagini esplorative è, peraltro, da intendersi derogabile, laddove l'accertamento di determinate situazioni di fatto si possa effettuare soltanto mediante l'ausilio di speciali cognizioni tecniche: in tal caso è consentito al CTU di acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, anche se risultante da documenti non prodotti dalle parti e sempre che si tratti di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza e non posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni» Cassazione civile sez. I, 15/03/2016, n.5091».

Un primo dubbio: E' necessario produrre le rilevazioni dei tassi- soglia?

- No: Cass. 18/03/2018, n. 6684 (la misura dei tassi di interesse sarebbe **«fatto notorio, siccome riscontrabile presso l'istituto di emissione, Banca d'Italia»**, non necessitante di prova ed il CTU potrebbe acquisirla autonomamente).
- Si: Cass. 26/6/2001, n. 8742: «è inammissibile il motivo di ricorso per cassazione con il quale si deduca la violazione di **decreti ministeriali** determinativi del suddetto tasso, allorché essi non risultino acquisiti agli atti del giudizio di merito, in quanto - fermo restando che la loro produzione non può avvenire per la prima volta nel giudizio di legittimità, in forza del divieto di cui al primo comma dell'art. 372 cod. proc. civ. - la loro natura di **atti amministrativi rende inapplicabile il principio "jura novit" curia, di cui all'art. 113 cod. proc. civ.**, che va coordinato con l'art. 1 delle disp. prel. al cod. civ., il quale non comprende detti atti nelle fonti del diritto».

E' necessario produrre le rilevazioni dei tassi soglia, dunque?

- Evidentemente, deve scontarsi una indecisione che dovrebbe portare ad un atteggiamento cautelativo, con conseguente produzione dei documenti in ogni caso.

E' necessario che la CT di parte sia predisposta secondo le indicazioni della Banca d'Italia?

- **Sì, altrimenti la richiesta di CTU è da qualificarsi esplorativa** («In tema di tassi d'interesse, è necessario che l'autorità giudiziaria applichi parametri omogenei nella rivelazione dei tassi usurari, dati tra loro effettivamente compatibili. Quindi, la contestazione di usurarietà del rapporto fondata su formule di calcolo differenti da quelle adottate dalla Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi non sono attendibili e pertanto rendono inammissibile in quanto esplorativa una consulenza tecnica d'ufficio di tipo contabile». Tribunale Bologna sez. IV, 05/03/2018, n.20214)
- **No: v. a titolo di esempio tutte le decisioni che prevedono l'inclusione dei tassi moratori.** E, naturalmente, **SSUU Sent. 16303 20/06/2018** «In tema di contratti bancari, con riferimento ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore all'entrata in vigore (il 1 gennaio 2010) delle disposizioni di cui all'art. 2 bis del d.l. n. 185 del 2008, inserito dalla legge di conversione n. 2 del 2009, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta, come determinato in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, va effettuata la separata comparazione del tasso effettivo globale (TEG) degli interessi praticati in concreto e della commissione di massimo scoperto (CMS) eventualmente applicata, rispettivamente con il "tasso soglia" - ricavato dal tasso effettivo globale medio (TEGM) indicato nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della predetta l. n. 108 del 1996 - e con la "CMS soglia" - calcolata aumentando della metà la percentuale della CMS media pure registrata nei ridetti decreti ministeriali -, compensandosi, poi, l'importo dell'eccedenza della CMS applicata, rispetto a quello della CMS rientrante nella soglia, con l'eventuale "margine" residuo degli interessi, risultante dalla differenza tra l'importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati».
- **(Resta il fatto che la richiesta di CTU sarà considerata esplorativa se i criteri della perizia di parte non sono assolutamente riconciliabili con quelli della Banca d'Italia).**

CTU bancaria come *tertium genus*?

La consolidata dicotomia CTU deducente-CTU percipiente

- Cass. N. 3717 del 08/02/2019: «il giudice di merito può affidare al consulente non solo l'incarico di **valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente)**, ma anche quello di **accertare i fatti stessi (consulente percipiente)**, ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche».

Nel seguito si vuole dimostrare che la CTU bancaria 'retail' non è agevolmente (o utilmente) inquadrabile nell'ambito di questa dicotomia, e che si rende consigliabile un'altra classificazione, a fini non necessariamente soltanto teorici.

CTU bancaria come *tertium genus*?

- Il consulente tecnico in materia bancaria ‘retail’ non ‘scopre’ propriamente dei fatti; i fatti sono costituiti dalla corrispondenza di dati numerici (immediatamente disponibili o ricavati tramite operazioni matematiche da dati immediatamente disponibili – i dati bancari) a parametri numerici, che discendono a loro volta da parametri normativi.
- In questo senso, per esempio, il CTU non ‘scopre’ se è stato superato il tasso-soglia; compie delle **operazioni di raffronto tra grandezze** che il giudice, se fosse maggiormente pratico di matematica finanziaria e ne avesse il tempo, potrebbe compiere da solo.

CTU bancaria come *tertium genus*?

- Non sussiste, in linea teorica, nessun fatto che il CTU di una controversia bancaria 'standard' non possa rinvenire già accertato e già valutato, e ciò in quanto:
- **il divieto di CTU esplorativa e l'onere di allegazione e prova dovrebbero condurre a ritenere che la CTU possa svolgersi solo laddove la parte abbia già fornito i dati (o meglio: i dati e l'interpretazione dei dati) rilevanti ai fini della valutazione o ri-valutazione del dovuto.** A questo proposito, oltre a quanto precede, si veda Cassazione civile sez. III, 30/01/2014, n.2072 («Correttamente, pertanto, il giudice rigetta la domanda dell'opponente per non avere l'opponente stesso fornito alcuna prova in merito, evidenziando che la sola richiesta di una consulenza contabile non può esentare la parte dall'onere della prova. La consulenza tecnica d'ufficio, infatti, non costituisce un mezzo di prova in senso proprio e la stessa non può essere utilizzata al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume e, quindi, è legittimamente negata, qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni od offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati»).

CTU bancaria come *tertium genus*?

Quanto precede, si potrebbe osservare, non è però poi troppo differente da quanto accade nell'ambito di CTU meno dogmaticamente problematiche (in un senso che verrà specificato immediatamente):

- Per esempio: in materia di appalto, o di responsabilità sanitaria, non è infrequente che la CTU sia chiamata (semplicemente) a 'confermare' o 'smentire' o 'correggere' o 'conciliare' la/le consulenze di parte (funzione 'sostanziale' della CTU quale rimedio all'*impasse* generata dalla contestazione o dalla discordanza di allegazioni tecniche di parte);

CTU bancaria come *tertium genus*?

- **DUNQUE, LA CTU BANCARIA E' UNA SEMPLICE CONSULENZA DEDUCENTE?**

- **Non esattamente**

- Nel caso della CTU, ad esempio, in materia di appalti o responsabilità medica, la verifica dell'ipotesi di parte (o della perizia di parte) è **condotta secondo standard (il sapere scientifico del CTU) e procedure di ricerca (l'algoritmo che il CTU segue nell'applicare il sapere scientifico al caso concreto) che non sono oggetto di valutazione, se non in via del tutto marginale e occasionale, da parte del giudice**, il quale limita il più delle volte il suo intervento alla raccolta di prove relative alla delimitazione del 'perimetro' all'interno del quale dovranno essere applicati questi standard e queste procedure;
- (Nel caso della CTU percipiente, ad es. ematologica, nell'ambito dei giudizi relativi alla paternità, sia gli standard/procedure che il perimetro della ricerca sono pressoché obbligati - questioni puramente procedurali a parte -).

CTU bancaria come *tertium genus*?

- Per quanto precede, la CTU bancaria ‘standard’ deve ritenersi differente in maniera significativa rispetto ai due generi di CTU richiamati in quanto:
 - A) Gli standard e le procedure dell’indagine ‘tecnica’ sono in parte non trascurabile dettati dallo stesso giudice, il quale si avvale del CTU quale ‘esecutore materiale’ di operazioni contabili;
 - B) Tali standard e procedure, ovverosia il ‘metodo scientifico’ di indagine della consulenza (eccettuato il sapere matematico utilizzato), non sono propriamente ‘tecnici’, in quanto standard ‘legali’, la cui variabilità è già stata illustrata, ed è alquanto significativa.

CTU bancaria come *tertium genus*?

- In definitiva, se è vero che qualsiasi CTU si fonda:
- A) Su **ipotesi (allegazioni)** di parte;
- B) Su **mezzi di prova che dimostrino (la plausibilità del)le allegazioni** (eccettuato il caso di talune CTU percipienti);
- C) Sull'applicazione di un **sapere** e di una **metodologia** specialistici estraneo alla conoscenza del giudice alla verifica dell'ipotesi (o delle conseguenze dell'ipotesi).
- Esempio: A) ipotesi (la rovina dell'edificio è stata causata dall'intervento di restauro); B) mezzi di prova (mezzi istruttori relativi alla coincidenza del danno con l'intervento di restauro, sia temporalmente che causalmente); C) applicazione di sapere specialistico (valutazione ingegneristica della compatibilità del danno con l'intervento e stima dei danni).

CTU bancaria come *tertium genus*?

- Nelle CTU 'ordinarie' i passaggi precedenti si relazionano nel seguente modo:
- - A) **può essere una semplice asserzione** (Tizio è figlio/non è figlio di Caio: v. Cass. Cass. n. 23290 del 13/11/2015: «in materia di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità, la consulenza tecnica ematologica è uno strumento istruttorio officioso rivolto verso l'unica indagine decisiva in ordine all'accertamento della verità del rapporto di filiazione e, pertanto, la sua richiesta [...] non può essere ritenuta esplorativa, intendendosi come tale l'istanza rivolta a supplire le deficienze allegative ed istruttorie di parte, così da aggirare il regime dell'onere della prova sul piano sostanziale o i tempi di formulazione delle richieste istruttorie sul piano processuale»), da verificarsi senz'altro, **ovvero una tesi che necessita di istruzione** (B).
- **La soddisfacente verifica di A) alla luce di B), o l'immediata necessità di verificare A), porta all'affidamento dell'incarico C), nel quale è preponderante il sapere tecnico del consulente (il consulente risponde ad una domanda, predisponendo, sulla base di un sapere specialistico, un 'algoritmo', in base al quale saranno 'trattati' i dati rilevanti).**

Il giudice non interviene, se non marginalmente, né sul sapere specialistico, né sull'algoritmo di applicazione di esso ai fatti di causa.

CTU bancaria come *tertium genus*?

- Nella CTU bancaria 'standard' le differenze sono le seguenti:
- L'ipotesi di partenza A) riflette una scelta di campo tra **molteplici opzioni interpretative della normativa applicabile**; dunque:
- La fase di verifica della meritevolezza di approfondimento scientifico dell'ipotesi di partenza A) si basa sul **confronto tra le opzioni interpretative delle parti e quella scelta dal giudice chiamato ad ammettere la CTU**;
- Il sapere specialistico del consulente **non verifica semplicemente la verità/falsità di una ipotesi incerta nel suo valore di verità/falsità, bensì fa ciò con riguardo ad un'ipotesi la cui configurazione stessa è ignota prima della conferma o modifica da parte del giudice dell'ipotesi di partenza allegata dalla parte interessata (il consulente risponde ad una domanda, ma la sua conoscenza tecnica si limita alla traduzione operativa di un 'algoritmo' predisposto, in terminologia 'laica', dal giudice, ed in base a tale 'algoritmo giudiziale' saranno 'trattati' i dati rilevanti).**

COSA SIGNIFICA QUESTO IN PRATICA?

LE 'VARIABILI' DELLA CTU BANCARIA

- **SIGNIFICA CHE LA PARTE INTENZIONATA A CHIEDERE UNA CTU NON DEVE 'SOLTANTO' PROVARE L'UTILITA' DI PORRE UN QUESITO, MA ANCHE QUALE QUESITO, TRA I MOLTI ASTRATTAMENTE POSSIBILI, DEVE ESSERE POSTO AL CTU. E LE VARIABILI SONO, SENZA PRETESA DI COMPLETEZZA:**
- - Il trattamento dei saldi in caso di mancanza di documentazione sul periodo iniziale del rapporto;
- - Il trattamento dei saldi in caso di mancanza di documentazione in periodi intermedi tra l'inizio e la fine del rapporto (o l'inizio della causa);
- - Il trattamento di un tasso di capitalizzazione degli interessi a favore del cliente meramente simbolico;
- - La valutazione degli effetti sulla capitalizzazione degli interessi delle riforme del 2014 e del 2016;
- - L'ammissibilità, in linea anche solo teorica, della c.d. 'usura sopravvenuta';
- - In caso di risposta affermativa, le conseguenze del rilevamento dell'usura sopravvenuta (mancata applicazione di interessi, riconduzione al tasso-soglia, ecc.);
- - L'ammissibilità, in linea anche solo teorica, dell'usura 'da interessi moratori';
- - In caso di risposta affermativa, le modalità e le conseguenze del rilevamento dell'usura da interessi moratori;
- - Il trattamento dell'usura che sia al contempo 'sopravvenuta' e 'da interessi moratori';
- - Il trattamento di ciascuna singola commissione o spesa (o cripto-commissione o cripto-spesa) come 'costo del finanziamento' o meno;
- - La determinazione del criterio di determinazione della natura solutoria o ripristinatoria dei versamenti.

LE 'VARIABILI' DELLA CTU BANCARIA

- Considerato che ognuna delle precedenti scelte, non necessariamente binaria, può combinarsi potenzialmente con ogni altra scelta, anch'essa quanto meno binaria, le possibili 'permutazioni' della CTU bancaria sono in numero elevatissimo (e, anche ammettendo che la scelta di talune di esse rappresenti un predittore piuttosto affidabile riguardo ad altre, affermazione tutt'altro che scontata, le sole combinazioni 'plausibili' sono senz'altro molto numerose).
- **Quindi: al contrario di quanto avviene in relazione ad altre CTU, le parti di un giudizio bancario 'standard' non sono in grado di effettuare la scelta di intraprendere (o resistere in) un giudizio basandosi sull'anticipazione di un esperimento (la perizia di parte), in quanto non è garantito che anche il più diligente dei tecnici conduca l'esperimento seguendo lo stesso 'algoritmo' che sarà dettato dal giudice al CTU in sede di giudizio.**
- Incidentalmente, questo è il motivo per cui l'ATP in materia è così poco diffuso, ed è invece assai diffuso proprio nei settori della responsabilità medica e nel campo degli appalti.

POSSIBILI RIMEDI?

- In ordine di efficacia decrescente:
- Intervento legislativo onnicomprensivo: non è intervenuto negli ultimi venti anni circa, e gli incentivi alla sua adozione attuale non appaiono aumentati rispetto al passato.
- Intervento della Suprema Corte di Cassazione onnicomprensivo: stesse considerazioni, alle quali si aggiunge l'osservazione che tale intervento potrebbe comunque subire modifiche (restauratrici di incertezze) da parte del legislatore, della Corte Costituzionale e delle Corti sovranazionali.
- Aumento della trasparenza degli orientamenti dei singoli Tribunali e Corti d'Appello: stante l'oscillazione degli orientamenti stessi che la mancanza di un intervento legislativo o di legittimità onnicomprensivo ha causato, il miglioramento sarebbe quanto meno modesto e incerto.
- Generalizzata, o quanto meno molto diffusa, compensazione delle spese, in quanto la parte abbia seguito, per la formulazione dell'ipotesi di partenza, un algoritmo 'plausibile'.