

## **Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR**

---

### ***Implacabili contrasti giurisprudenziali sull'ambito applicativo dell'art. 696 bis c.p.c.: un decisivo scontro nel campo di battaglia del contenzioso bancario?***

di **Marika Ragni**

[Trib. Verona 6 marzo 2017 \(ord.\)](#)

**Procedimento civile – Consulente tecnico – Istruzione preventiva – Conciliazione in genere - Ammissibilità – Contratti bancari** (Cod. proc. civ. art. 696 *bis*)

[1] L'istituto dell'accertamento tecnico preventivo in funzione conciliativa può trovare applicazione, per quanto concerne l'ambito bancario, anche allo scopo di accertare e determinare ogni forma di credito da inadempimento *latu sensu* inteso, potendosi ravvisare la predicata mancata o inesatta esecuzione (quale titolo su cui fondare il diritto alla restituzione dell'indebito oggettivo, primaria manifestazione del diritto al risarcimento in forma specifica) non solo in via negoziale ma anche extracontrattuale.

[2] Pare evidente la portata deflattiva dell'accertamento tecnico preventivo in funzione conciliativa, applicabile tutte le volte in cui la c.t.u. possa assolvere proficuamente alla tracciatura del perimetro fattuale, scientifico, tecnico e patrimoniale del futuro giudizio di merito, giacché essa consente alle parti di accostarsi ad una avveduta valutazione prognostica circa il fondamento delle rispettive ragioni ed eccezioni.

[Trib. Milano 6 aprile 2017 \(decr.\)](#)

**Procedimento civile – Consulente tecnico – Istruzione preventiva – Conciliazione in genere - Ammissibilità – Contratti bancari** (Cod. proc. civ. art. 696 *bis*)

[3] In materia di contratti bancari svolgere o meno un dato accertamento contabile ed elaborare un quesito peritale è il portato di una valutazione decisionale non demandabile a un c.t.u., poiché si rivelerebbe indebitamente anticipatorio della decisione e come tale incompatibile con le finalità conciliative della procedura di consulenza tecnica preventiva, che

pertanto è inammissibile.

[Trib.Napoli 5 dicembre 2016 \(ord.\)](#)

**Procedimento civile - Consulente tecnico – Istruzione preventiva – Conciliazione in genere - Ammissibilità – Contratti bancari** (Cod. proc. civ. art. 696 *bis*)

[4] È inammissibile il ricorso per accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 bis* c.p.c. che, in materia di contratti bancari, prospetti come meramente ipotetici l'applicazione di un tasso d'interesse maggiore di quello pattuito, ovvero la pattuizione di interessi usurari od anatocistici, posto che in tal modo lo strumento tecnico verrebbe asservito a finalità esplorative, che sono estranee agli obiettivi conciliativi che l'istituto in questione persegue.

**CASO**

Le massime in epigrafe disegnano la geografia di un contrasto giurisprudenziale che riflette il mai sopito dibattito sull'ambito applicativo e sui limiti di ammissibilità dell'istituto *ex art. 696 bis* c.p.c. Il campo del contenzioso bancario offre, dunque, l'occasione attuale per ripercorrere il discordante andamento della giurisprudenza di merito su questi temi.

Le vicende giudiziarie traggono origine dalla richiesta di una consulenza tecnica preventiva *ex art. 696 bis* formulata da contraenti di Istituti di credito, al fine di quantificare il rapporto di debito e credito in conseguenza di contestazioni inerenti la validità di alcune pattuizioni contrattuali relative alla capitalizzazione degli interessi (ai sensi della delibera CICR del 9 febbraio 2000 e dell'art. 120, comma 2°, TUB, come modificato dall'art. l, comma 629, della legge n. 147 del 2013), all'applicazione di tassi di interesse superiori al tasso legale in assenza di valida pattuizione scritta, oltre che di commissioni e spese (*ex art. 117, comma 4°, TUB*), nonché all'applicazione di interessi passivi in misura superiore alle soglie di usura (ai sensi della legge n. 108 del 1996).

Le questioni su cui si concentra il *focus* della giurisprudenza attengono, in successione logica, l'una ai limiti oggettivi dell'art. 696 *bis* c.p.c., ed in particolare alla portata dell'espressione contenuta nel comma 1°, l'altra all'ampiezza della cognizione del consulente tecnico, inevitabilmente connessa all'oggetto dell'indagine ed alla duplice finalità dell'istituto.

In aderenza alle fattispecie oggetto delle pronunce, si comprende quanto il confine sia labile nel valutare tecnicamente l'effettiva applicazione di un tasso d'interesse sopra la soglia dell'usura o in violazione dei limiti entro cui è consentito l'anatocismo, o ancora l'addebito di tassi difforni da quelli espressamente pattuiti: in tali casi si discute dell'applicazione ed interpretazione di clausole ritenute nulle per violazione di legge e, per poter esperire l'azione restitutoria, sottesa all'indagine peritale richiesta, occorre accertare giuridicamente la questione pregiudiziale della dedotta invalidità.

Il nodo da sciogliere attiene, dunque, all'interrogativo se vi sia un potere-dovere del giudice di valutare l'ammissibilità, la rilevanza e l'utilità della consulenza in relazione alla materia del contendere, benchè solo sommariamente a livello di *fumus boni iuris*, oppure se tale valutazione debba essere compiuta con riferimento alla probabilità di una conciliazione (Cuomo Ulloa, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Dig., disc.priv., sez. civ. agg.*, III, Torino, 2007, p. 273 ss.)

## SOLUZIONE

Il primo principio affermato dal Tribunale di Verona (ord. 6 marzo 2017, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), con provvedimento totalmente ricalcante il precedente Trib. Verona, ord. 14 gennaio 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) attiene ai limiti oggettivi della norma: si afferma che la consulenza tecnica preventiva può essere disposta anche quando l'oggetto della futura ed eventuale causa di merito verta sulla ripetizione delle somme indebitamente percepite dalla banca, in conseguenza di violazioni del regolamento negoziale e dei precetti imperativi in esso contenuti. Pertanto, la procedura è certamente ammissibile anche quando abbia lo scopo di accertare e determinare i crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito «per l'ipotesi – ad esempio – di concorrente e simultanea violazione del regolamento negoziale e dei precetti imperativi cogenti, espressione del dovere assoluto di *neminem laedere* (si pensi alla doglianza usuraria, ovvero a quella della applicazione solenne di condizioni contrattuali ultralegali non pattuite in forma solenne)»

Nello stesso senso si era espresso il Tribunale di Napoli, con un provvedimento precedente e contenente deduzioni in dissonanza rispetto a quello concittadino in nota (Trib. Napoli, ord. 3 giugno 2013, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)) secondo cui «la consulenza tecnica di cui all'art. 696 bis c.p.c. può essere disposta anche quando si debba procedere all'accertamento di diritti di credito posti a fondamento dell'azione di ripetizione dell'indebito, posto che, anche in tale ipotesi, si lamenta la restituzione di prestazioni eseguite in forza di un titolo negoziale nullo o dichiarato invalido» (così anche Trib. Monza, ord. 17 marzo 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Como, ord. 10 febbraio 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Monza, ord. 21 gennaio 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Lecce, ord. 15 ottobre 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Benevento, ord. 17 ottobre 2014, in [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it)).

Sebbene, infatti, la norma non contenga alcun riferimento a quelle obbligazioni che sorgono, ex art. 1173 c.c., «da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle», tra le quali rientra l'art. 2033 c.c., l'espressione «inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali» è ampia e può certamente essere idonea ad includere anche i diritti di credito posti a fondamento dell'azione di ripetizione dell'indebito, posto che, anche in siffatte ipotesi, la parte lamenta pur sempre la restituzione di prestazioni eseguite in forza di un titolo invalido.

Così, quando l'azione di ripetizione concerne importi che si ipotizzano illegittimamente annotati negli estratti conto, in violazione di regole contrattuali (quali, ad esempio, quelle che impongono di dare comunicazione alla correntista delle variazioni sfavorevoli del rapporto, oppure di non applicare tassi maggiori di quelli pattuiti) o di norme di legge a carattere

imperativo (in tema di anatocismo e usura), se è vero che il titolo della domanda attorea risieda formalmente negli artt. 2033 ss. c.c., è tuttavia possibile sostenere che i diritti di credito che si fanno valere siano derivanti «dalla inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali», poi rivelatesi *ab origine* senza causa, o rimaste *ex post* prive di causa, e che possano perciò farsi rientrare nella lettera dell'art. 696 *bis* c.p.c. (così Trib. Napoli, ord. 3 giugno 2013, cit. che giunge poi però a dichiararne l'inammissibilità per l'impossibilità di compiere nel caso di specie una delibazione sulla fondatezza).

In senso diametralmente opposto si muovono altre pronunce secondo cui gli oggetti citati esulano dall'accertamento della mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito previsti dall'art. 696 *bis*, comma 1°, c.p.c. (cfr. Trib. Imperia, ord. 25 agosto 2015, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Trib. Brescia, ord. 3 marzo 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Roma, ord. 19 dicembre 2014, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)).

Secondo tale ultimo orientamento, l'oggetto della consulenza deve essere identificato esclusivamente nella quantificazione di un danno risarcibile, quindi il procedimento non è ammissibile là dove verta sull'applicazione di pattuizioni contrattuali ritenute nulle per violazione di legge, e non su inadempienze ad obbligazioni, in quanto non si tratta di pretese risarcitorie, ma restitutorie ex art. 2033 c.c., sorte a seguito della caducazione del titolo.

In tali casi, e qui logicamente si innesca la seconda delle questioni in esame, lo scopo deflativo perseguito dall'art. 696 *bis* c.p.c. non potrebbe essere realizzato, poiché non si pone solo una questione di quantificazione dei danni, ma va affrontata la questione pregiudiziale del giudizio di nullità delle clausole contrattuali, come tale non demandabile al consulente (Trib. Roma, ord. 19 dicembre 2014, cit.).

Il filone seguito dalla giurisprudenza napoletana (Trib. Napoli, ord. 5 dicembre 2016; Trib. Napoli, ord. 20 febbraio 2017, entrambe in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)) e milanese (Trib. Milano, dec. 6 aprile 2017, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)) aderisce all'orientamento secondo cui la natura delle domande ed eccezioni generalmente svolte in siffatto contesto è tale per cui deve ritenersi che le parti non controvertano soltanto sulla misura dell'obbligazione restitutoria, bensì anche sull'effettiva sussistenza della stessa, quindi l'*an* della pretesa risulta inevitabilmente contestato, con conseguente altrettanto inevitabile inammissibilità della consulenza.

Tale orientamento esclude in radice una valutazione di ammissibilità della consulenza preventiva quando siano eccepite questioni, di fatto o di diritto, controverse tra le parti, demandando al successivo giudizio di merito ogni valutazione inerente l'ammissibilità e la rilevanza della consulenza. Infatti, qualsiasi valutazione, seppur sommaria, di fondatezza della domanda, anticipando la definizione delle questioni controverse, si risolverebbe in un'impropria anticipazione del giudizio di merito, inidonea ad orientare le parti verso la conciliazione della lite (in questo senso v. anche Trib. Pisa, ord. 2 giugno 2017, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Trib. Roma, ord. 8 febbraio 2017, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Trib. Spoleto, 18 maggio 2015 e Trib. Milano, ord. 14 novembre 2013, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)).

Il ricorso è stato, dunque, ritenuto inammissibile, non solo quando la controversia riguardi questioni complesse, ed ulteriormente complicate da non pacifici orientamenti giurisprudenziali (ad esempio sulle modalità di calcolo degli interessi usurari), ma anche quando debbano essere preventivamente risolte semplici questioni di stretto diritto estranee all'ambito di indagini di natura tecnica (come nella ipotesi in cui sia richiesta la sostituzione del tasso d'interesse convenzionale con quello legale previsto dall'art. 117 TUB) (Trib. Napoli, 2 aprile 2017, cit.; Trib. Brindisi, ord. 7 aprile 2017, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it)).

L'indirizzo pionieristico propugnato dal Tribunale di Verona propone, invece, una soluzione che si oppone al paradosso «della tesi restrittiva che nega siffatto prezioso rimedio proprio alle controversie caratterizzate da maggiore asprezza e, proprio per ciò, ancor più bisognose di quella cognizione tecnica anticipata atta – quantomeno - a dare precisa delimitazione giuridica al perimetro della futura lite.» (Trib. Verona, ord. 06 marzo 2017 e ord. 14 gennaio 2016, cit.).

La tesi (che come vedremo è condivisa dalla dottrina maggioritaria) fa perno sulla necessità di una valutazione prognostica circa il fondamento delle pretese ed eccezioni delle parti, funzionale sia a favorire la conciliazione che a snellire il successivo eventuale giudizio di merito, consentendo di evitare l'utilizzo abusivo e dilatorio dello strumento.

## QUESTIONI

Nell'individuazione dei confini di ammissibilità dell'istituto si gioca tutta la partita sull'efficacia deflattiva di uno strumento che conserva la struttura di mezzo istruttorio preventivo e anticipatorio, non finalizzato ad evitare la possibile dispersione della prova, a differenza dell'art. 696 c.p.c., quanto più a garantire una base da cui partire per poter giungere ad una soluzione concordata della lite ed evitare, così, il successivo processo (Querzola, in *Comm. C.p.c.*, a cura di Carpi-Taruffo, Padova, 2012, *sub* art. 696 *bis*, p. 2506; Bonatti, *Un moderno dottor Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 247 ss.; Cuomo Ulloa, *op. cit.*, 273).

Che la *ratio* della norma converga primariamente nella funzione conciliativa è opinione tendenzialmente assodata (tra i tanti: Romano, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, *Corriere giur.*, 3, 2006, 406), sebbene vi siano voci fuori dal coro che rimarcano la portata anzitutto probatoria (Tedoldi, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 805), forse più per ampliarne l'ammissibilità anche in difetto di possibilità conciliative; così come chiaramente evidenziato dalla giurisprudenza di merito qui rappresentata dal provvedimento veronese (ma si vedano anche le pronunce immediatamente successive alla sua introduzione: Trib. Trapani, 10 ottobre 2006, in *Giur. merito*, 2007, 6, p. 1649; nonché più di recente: Trib. Foggia, 09 maggio 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)).

Il punto fermo della giurisprudenza veronese consta nella consapevolezza che l'opportunità di conciliare si concretizza solo dopo che le parti abbiano avuto la possibilità di verificare gli esiti della valutazione tecnica. Tuttavia, la valutazione della *questio facti* implica attività di interpretazione giuridica prima ancora che tecnica, ossia la soluzione di questioni giuridiche, a

volte complesse, da cui dipende la stessa opportunità di svolgere l'accertamento tecnico.

Quanto all'ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 696 *bis* c.p.c. all'*actio indebiti* ex art. 2033 ss. c.c., sebbene si sia criticamente avvertito che la lettera della norma non contempli espressamente diritti di credito aventi tale fonte (Ghirga, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 781), non si riscontrano problemi nel ricorso all'interpretazione analogica (Romano, cit., 405). D'altronde, in altri settori del diritto processuale non vi è alcuna difficoltà nel ricollegare l'azione di ripetizione alla materia contrattuale ed extracontrattuale (si pensi al *forum destinatae solutionis* ex art. 5 c.p.c.: tra i tanti cfr. De Cristofaro, *Il foro delle obbligazioni. Profili di competenza e giurisdizione*, Torino, 1999, 294 ss.). Inoltre, è ormai indiscusso che il diffondersi delle obbligazioni *ex lege*, tra cui la fattispecie di restituzione dell'indebito, abbia determinato il superamento della distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e la riconduzione all'art. 1218 c.c. dell'inadempimento di qualsiasi obbligazione (Carbone, *Della gestione d'affari del pagamento dell'indebito e dell'arricchimento senza causa*, in *Comm. c.c.* diretto da Gabrielli, sub art. 2033, Milano, 2015, 43 ss.).

E' stata denunciata l'improprietà dell'espressione «accertamento e relativa determinazione dei crediti» usata dal legislatore (Romano, *op. cit.*, 405): compito del consulente tecnico, infatti, non è quello di accertare l'esistenza o la misura del diritto soggettivo, bensì quello di «percepire, verificare, descrivere, analizzare e talora valutare economicamente i fatti controversi tra le parti; solo al giudice spetta stabilire la rilevanza giuridica di tali fatti, e dichiarare se essi integrino la fattispecie d'un certo diritto soggettivo».

La dottrina maggioritaria ritiene, infatti, che la valutazione sull'ammissibilità dell'istanza debba essere compiuta dal giudice in relazione alla sussistenza di un adeguato *fumus boni iuris*, dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, naturalmente con valutazione sommaria condotta sulla base dell'oggetto della causa di merito (Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011, 100 ss.; Romano, *op. cit.*, p. 406; Bonatti, *op. cit.*, 251 ss.)

Comunque, il dibattito relativo ai limiti di ammissibilità non è ancora pacificato: si oscilla dalle tesi più restrittive (Besso, *Accertamento tecnico e consulenza tecnica preventiva*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1324; oltre alle pronunce già citate v. Trib. Milano, 30 giugno 2011, *Foro it.*, 2012, I, 1605), secondo cui non si potrebbe dare seguito al procedimento qualora sussistano contestazioni ulteriori rispetto al mero dissidio sul *quantum debeat*, a quelle intermedie (Romano, *op. cit.*; Cuomo Ulloa, *op. cit.*, p. 277; Ansanelli, *op. cit.*, p. 100; oltre alle pronunce sopra citate v. Trib. Busto Arsizio 25 maggio 2010, *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2322), che limitano la valutazione di ammissibilità, rilevanza e utilità della consulenza in relazione alla causa di merito, alla visione più aperta secondo cui l'istituto sarebbe completamente sganciato da entrambi i presupposti della tutela cautelare (Nardo, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, *www.judicium.it*, 2006, § 3).



La giurisprudenza in commento però fa emergere il rischio di una totale affrancazione dall'elemento del *fumus*: ciò si tradurrebbe nel rigetto dell'istanza proprio per quelle controversie caratterizzate da maggiore asprezza e, quindi, ancor più bisognose di quella cognizione tecnica anticipata idonea – quanto meno – a dare una delimitazione fattuale e giuridica al perimetro della futura lite.

Si vuole esplicitare, benché si sia già scorta, la preferenza di chi scrive per l'impostazione veronese, poiché l'interpretazione testuale della norma e la sua stessa *ratio* consentono lo svolgimento della consulenza con riferimento tanto all'accertamento delle condizioni contrattuali in astratto pattuite, quanto al loro raffronto con quelle effettivamente applicate, nonché alla quantificazione dei crediti. Lo stesso assunto, in fondo, risulta predicabile con riferimento alle controversie di carattere meramente risarcitorio aventi natura essenzialmente tecnica (si pensi alle controversie in materia di responsabilità medica), là dove può e deve essere demandato al consulente conciliatore l'accertamento dei fatti costitutivi della responsabilità e la quantificazione dei danni.

Si consideri peraltro che, a differenza della consulenza tecnica espletata nel corso del processo di merito (dove i limiti sono più stringenti per l'operatività del sistema delle preclusioni), la consulenza preventiva tende a fondere ambedue le funzioni di consulente percipiente e deducante (cfr. Tedoldi, *op. cit.*, 809) poiché manca un'istruttoria che preceda la consulenza e consenta al tecnico di valutare fatti già provati in giudizio dalle parti. Diversamente, qualora si dovesse ritenere inammissibile l'istanza per il divieto di perseguire scopi puramente esplorativi, si decreterebbe il sicuro fallimento dell'istituto (come espressamente rilevato anche da Trib. Foggia 9 maggio 2016, cit.).

In ogni caso, le parti non possono sottrarsi al proprio onere di allegazione – neppure nel caso di consulenza c.d. percipiente – poiché è necessario che esse deducano quantomeno i fatti posti a fondamento dei diritti che fanno valere (il ricorso introduttivo, infatti, deve indicare l'oggetto della futura causa ai sensi dell'art. 693, comma 3°, c.p.c.)

In altri termini, la valutazione dell'*an debeatur* sarebbe attività preliminare e propedeutica al conferimento dell'incarico al consulente – di esclusiva pertinenza del giudice –, ma in certe controversie è evidente che per effettuarla il giudice necessita dell'ausilio delle conoscenze tecnico-scientifiche del consulente (ad esempio, per il riscontro dei tassi d'interesse effettivamente applicati è necessaria la valutazione contabile degli estratti conto) e, nel procedimento *ex art. 696 bis c.p.c.* ciò avviene in una fase prodromica al processo. Tant'è che anche la giurisprudenza di merito non ha perso occasione per ribadire l'inammissibilità della consulenza *ex art. 696 bis c.p.c.* quando la complessità della vicenda richieda un'istruttoria più articolata per la ricostruzione del fatto o per la soluzione di questioni di diritto, ritenendola, all'opposto, ammissibile qualora la controversia sia suscettibile di conciliazione all'esito di una semplice c.t.u. (è un'ipotesi frequente in materia di responsabilità medica: Trib. Reggio Calabria 20 febbraio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); posizioni più equilibrate in Trib. Roma 26 marzo 2015, *Resp. civ. e prev.*, 2015, 4, 1298).

