

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MONZA**

Il Tribunale di Monza in persona del Giudice istruttore,
dott.ssa Claudia Lojacono, in funzione di Giudice Unico
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di prima istanza iscritta al numero di ruolo (omissis)/14, promossa con atto di citazione notificato il 30.6.014 a cura di parte attrice e vertente

TRA

SOCIETÀ' CORRENTISTA

-attrice -

CONTRO

BANCA

-convenuta-

Oggetto: pagamento dell'indebitto

All'udienza del 4.2.016, avanti il G.I., erano precisate le conclusioni come segue:

Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito, disatteso ogni contrario assunto:

In via principale e nel merito- respingere tutte le domande attoree in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti nei nostri precedenti atti.

Con vittoria di spese e compensi,
In via istruttoria si richiamano le produzioni effettuate.

Foglio di precisazione delle conclusioni

Foglio costituente parte integrante del verbale di udienza del 4 febbraio 2016

Il procuratore legale dell'attrice dichiara di non accettare il contraddittorio su domande, eccezioni e istanze nuove eventualmente formulate in data odierna dalle parti avverse e; riportandosi ai propri atti, assume le seguenti

CONCLUSIONI

"Piaccia all'Ill.mo Tribunale di Monza, *contrariis reiectis*, così giudicare

Nel merito:

In via principale

- accertare e dichiarare l'invalidità (nullità e/o annullabilità) e/o l'illegittimità totale e/o parziale del contratto di conto corrente n.(omissis), oggetto dei rapporti tra l'attrice e la convenuta, particolarmente in relazione alle clausole di pattuizione dell'interesse usurario (oggettivo e/o soggettivo) e anatocistico trimestrale e del tasso di interesse ultralegale; e, per l'effetto, accertare e dichiarare (accertamento anche di natura costitutiva) l'applicazione da parte della banca convenuta di interessi non dovuti di natura ultralegale e/o anatocistici e/o usurari, ovvero, lo sviluppo e l'evoluzione del rapporto di conto corrente nonché l'esatta determinazione delle poste attive e/o passive e quindi l'indebito appostamento di somme a debito nel rapporto di conto corrente con l'accertamento dei reali saldi periodici (diversi da quelli erroneamente ottenuti in conseguenza dell'illegittima appostazione) per un importo complessivo di € 30.135,18 di cui € 14.443,87 per usura oggettiva, € 15.354,20 per usura soggettiva e € 337,12 per solo anatocismo ovvero per la minore somma di € 7.401,68 quale differenza da solo anatocismo, ovvero per la maggior somma di € 31.368,35, di cui € 21.389,72 per interessi debitori € 4.132,29 per commissioni massimo scoperto ed € 5.846,34 per spese, ovvero ancora per la diversa maggiore o minore somma che a qualsiasi titolo (interessi usurari e/o anatocistici, e/o debitori, commissioni e spese) emergerà dall'istruttoria e, conseguentemente condannare BANCA, in persona del legale rappresentante "pro tempore";

a) a rettificare il salde attuale del contratto di conto corrente così come risultante dall'accertamento delle progressive poste attive/passive;

b) a restituire le somme indebitamente addebitate e/o riscosse così come sopra accertate e dichiarate a titolo di danno emergente, oltre gli interessi dal fatto al saldo in favore della società attrice e oltre il risarcimento delle spese per la perizia prodotta del lucro cessante per una somma non inferiore a quella determinata per il danno emergente, ovvero per quella diversa maggiore o minore somma che verrà stabilita in corso di causa anche con l'ausilio di criteri equitativi, e oltre ogni eventuale e ulteriore danno patrimoniale, non patrimoniale e morale subito dalla società attrice in conseguenza degli illeciti addebiti in conto corrente da parte della banca convenuta nella misura che sarà provata in corso di causa o liquidata in via equitativa dal Giudice; ordinare alla banca convenuta, qualora non vi avesse già provveduto spontaneamente, di effettuare la corretta segnalazione del presente procedimento in Centrale dei Rischi sotto la voce "stato del rapporto" contestato, ai sensi del 13° e 14° aggiornamento della Circolare Banca D'Italia 1 1.2.1 99 n. 139 e successive modifiche e integrazioni;

In via istruttoria

- ammettere prove per interpellò del legale rappresentante della BANCA e del direttore *pro tempore* della BANCA — Filiale di Sesto San Giovanni e per testi sulle circostanze di cui in premessa da intendersi di seguito trascritti premesso "vero che" (nominativi riservati), con riserva di integrazione.

Si chiede fin da ora l'ammissione di consulenza tecnica di ufficio volta a verificare l'applicazione sul contratto di conto corrente n. (omissis) presso la BANCA, Filiale di Sesto San Giovanni acceso dalla società correntista di interessi di natura usuraria superiori al tasso di soglia di cui ai decreti ministeriali della 1.108.1996 e la quantificazione dei relativi addebiti, di interessi anatocistici e la loro quantificazione, nonché la quantificazione degli interessi debitori.

Trattasi, in particolare, di accertamento anche di natura costitutiva finalizzato ad accertare e dichiarare l'applicazione da parte della banca convenuta di interessi di natura ultralegale e/o anatocistici e/o usurari, ovvero lo sviluppo e l'evoluzione del rapporto di conto corrente nonché l'esatta determinazione delle poste attive e/o passive e quindi l'indebito appostamento di somme a debito nel rapporto di conto corrente con accertamento dei reali saldi periodici (diversi da quelli erroneamente ottenuti in conseguenza dell'eventuale illegittima appostazione).

Ciò al fine di condannare la banca convenuta alla rettifica del saldo attuale del rapporto di conto corrente così come risultante dall'accertamento delle progressive poste attive e/o passive, ovvero alla restituzione e/o al risarcimento delle somme indebitamente addebitate e/o riscosse.

Sentenza, Tribunale di Monza, Dott.ssa Claudia Lojaco, 17 maggio 2016, n. 1410

Si chiede che venga ordinata alla BANCA e per essa alla filiale di Sesto San Giovanni l'esibizione in giudizio, ai sensi dell'art. 210 c.p.c., di tutti gli estratti come scalari relativi al contratto di conto corrente n.(omissis), il contratto di conto corrente per cui è causa nonché di ogni altra documentazione relativa al rapporto di conto corrente in questione.

In ogni caso

disporre che nel caso in cui, a seguito di CTU contabile, venga accertato che la convenuta ha applicato tassi usurari, che tutti gli atti e documenti di causa vengano trasmessi alla Procura della Repubblica competente; col favore delle spese tutte di causa, e distrazione delle stesse in favore dei procuratori antistatari;

con ogni riserva.

Con osservanza.

Sulle conclusioni su riportate la causa era trattenuta in decisione e decisa in data 27.04.16.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione regolarmente notificato la società correntista ha riferito di avere intrattenuto rapporto di conto corrente "*per alcuni anni*" con la banca convenuta; che quest'ultima era incorsa in usura oggettiva e soggettiva applicando interessi superiori al tasso soglia; che aveva addebitato importi per commissione di massimo scoperto quando questa "*prima facie non risultava pattuita*"; che aveva gestito le date della valuta a suo proprio esclusivo vantaggio; che aveva applicato la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi; che il contratto era nullo per una serie di motivi.

Tanto premesso parte attrice chiedeva che il Tribunale accertasse e dichiarasse i profili di nullità e illegittimità di cui sopra e che condannasse la banca alla restituzione delle somme indebitamente percepite, nonché al risarcimento dei danni.

Si è costituita la Banca eccependo in via preliminare la inammissibilità della domanda di ripetizione essendo il conto ancora in essere e, nel merito, chiedendo il rigetto delle domande attoree.

L'eccezione preliminare sollevata dalla convenuta in relazione alla azione di ripetizione è fondata.

Invero, come ritenuto con orientamento costante anche dalla Corte di Cassazione, l'azione di ripetizione è proponibile solo dopo la chiusura del conto o la conclusione del rapporto di apertura di credito, in quanto prima di tale momento ben può parlarsi di un pagamento in senso tecnico-giuridico.

Nel caso di specie è incontestato che il rapporto di conto corrente sia ancora in essere, di tal che la domanda di ripetizione d'indebito è inammissibile.

L'attrice, a fronte della eccezione di controparte, ha affermato che aveva agito solo con azione di accertamento.

Tale assunto contrasta palesemente con l'atto di citazione, ove a pag. 19 c'è addirittura un intero paragrafo dedicato alla "*domanda di ripetizione di indebito*" e dove comunque nelle conclusioni si chiede che la Banca sia condannata a "*restituire le somme indebitamente addebitate e/o riscosse*".

Quanto alle domande di accertamento svolte dall'attrice si osserva che questa - con riferimenti a tutti i profili di nullità o illegittimità elencati - non ha fornito sufficiente allegazione dei fatti costitutivi della domanda.

Infatti è principio pacifico quello secondo il quale chi agisce per la ripetizione di somme che assume indebitamente corrisposte ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la

Sentenza, Tribunale di Monza, Dott.ssa Claudia Lojaco, 17 maggio 2016, n. 1410

parte che si assume non dovuta, essendo tale inesistenza un elemento costitutivo unitamente all'avvenuto pagamento e al collegamento causale della domanda di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c. (cfr. Cassazione civile sez. III 14.05.2012, n. 7501; Cassazione civile sez. lav., 9.6.2008, n. 15162; Cassazione civile sez. III, 17.03.2006, n. 546; Cassazione civile sez. III 13/0211998 n. 1557).

Analogo onere grava su chi proponga azione di accertamento negativo, volta a ottenere la declaratoria di nullità di determinate clausole e, di conseguenza, l'accertamento del carattere indebito delle somme addebitate- dalla banca in forza di tali clausole e la rettifica del saldo di conto corrente.

E' vero poi che nel caso di specie la prova ha per oggetto fatti negativi, tuttavia la prova può, essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario o anche mediante presunzioni da cui desumersi il fatto negativo.

Il principio espresso dalla giurisprudenza di legittimità trova applicazione anche in tema di azione di ripetizione di somme indebitamente corrisposte in applicazione di clausole contrattuali contenute in contratti bancari, che si assumono nulle (cfr. Corte D'appello Milano 6.12.2012; Trib. Milano 3.6.2014; Trib. Nocera inferiore 29.1.2013, Trib., Monza, sez. dist. Di Desio 2.1.2007).

L'onere di provare i fatti costitutivi della domanda ex art. 2697 c.c., presuppone, come antecedente logico necessario, l'adeguata e tempestiva allegazione delle circostanze fattuali, che la parte è onerata di provare (cfr. fra le tante ed a mero titolo esemplificativo, Cass. civile sezione I 22.3.2013 n. 7299; Cass. civile 29.3.2012 n. 5056; Cass. 25.7.2011 n. 5056; Cass. 25.7.2011 n. 7844).

L'onere di specifica e tempestiva allegazione dei fatti costitutivi della domanda assume valenza imprescindibile all'interno del sistema processuale vigente caratterizzato da rigide preclusioni assertive e probatorie e dal principio di non contestazione introdotto ex art. 115 c.p.c., come modificato dall'art. 45 L. 69/2009.

In proposito, infatti, la Corte di Cassazione ha affermato che *"In ordine al principio di non contestazione, il sistema di preclusioni del processo civile tuttora vigente di avanzamento nell'accertamento giudiziale dei fatti mediante il contraddittorio delle parti, se comporta per queste ultime l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa, evidenziando con chiarezza gli elementi in contestazione, suppone che la parte che ha l'onere di allegare e provare i fatti, anzitutto specifici le relative circostanze in modo dettagliato ed analitico, così che l'altra abbia il dovere di prendere posizione verso tali allegazioni puntuali e di contestarle ovvero di ammetterle, in mancanza di una risposta in ordine a ciascuna di esse"* (cfr. Cassazione civile sez. I, 15.10.2014, n. 21847).

I

Posto quanto sopra l'attrice, nel momento in cui asseriva che la banca aveva addebitato importi sulla base di clausole da ritenersi nulle o violando la normativa sull'usura o comunque in forza di un comportamento illegittimo, era tenuta a indicare, anche solo a campione, specifiche operazioni annotate negli estratti conto dalle quali desumersi in fatto quanto allegato in diritto.

L'atto di citazione non contiene alcuna di tali indicazioni, né qualitative né quantitative.

Sicché le allegate nullità, sebbene giuridicamente argomentate, costituiscono enunciazioni apodittiche.

Le lacune della difesa attorea non sono state colmate, nonostante la tempestiva contestazione da parte della convenuta, neppure con la memoria n.1, sesto comma, 183 c.p.c..

Al difetto di allegazione si aggiunge un palese difetto di prova, considerato che parte attrice non ha prodotto gli estratti conto né il contratto di apertura del conto corrente, ma si è limitata a chiedere al Tribunale che ne ordinasse l'esibizione alla Banca in giudizio.

Sentenza, Tribunale di Monza, Dott.ssa Claudia Lojaco, 17 maggio 2016, n. 1410

Tale ordine, tuttavia, sarebbe stata finalizzato a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorie da parte della attrice, motivo per cui la richiesta non è stata accolta.

Diverso sarebbe stato qualora la attrice avesse avanzato alla Banca, in via stragiudiziale, richiesta ex art. 119 TUB al fine di ottenere tali documenti dalla medesima, ma tale richiesta è stata avanzata solo mesi dopo la notifica della citazione, di tal che la stessa irrilevante ai fini dell'accoglimento della istanza di ordine di esibizione.

Va detto, tra l'altro, che non solo la difesa attorea non ha prodotto il contratto, ma non ha nemmeno enunciato quando sarebbe stato stipulato, né quale fosse il suo contenuto, perlomeno in ordine agli aspetti che qui interessano, quali la determinazione del tasso passivo di interesse e le modalità di applicazione della capitalizzazione.

La attrice ha rilevato piuttosto che la sua perizia di parte aveva valore di allegazione e che le circostanze in essa contenute potevano assurgere addirittura a livello di prova se confermate dal perito in sede testimoniale.

Si osserva tuttavia, che la perizia è stata redatta senza che il suo autore avesse alcuna contezza del contratto e degli estratti conto.

Invero il perito ha premesso di non di avere riscontrato documenti sottoscritti delle parti contenenti le condizioni economiche regolanti il rapporto di conto corrente.

Inoltre lo stesso, pur affermando di essersi basato sugli estratti conto dal 2002 al 2014, in realtà non ne aveva evidentemente la disponibilità, posto che non li ha allegati all'elaborato e che la difesa della attrice ne ha chiesto l'esibizione.

Non stupisce quindi che nella perizia non vi sia - come sarebbe doveroso - la indicazione di singole poste contenute negli estratti di conto corrente a conferma di quanto ivi sostenuto.

Non è dato di sapere, pertanto, come il perito sia giunto a determinare le somme che a suo dire sarebbero state illegittimamente addebitate alla attrice per usura, anatocismo o CMS.

Si osserva poi in via specifica, per quanto riguarda l'asserita applicazione di interessi usurari da parte della Banca, che il perito ha premesso che la formula espressa dalla Banca d'Italia per il calcolo del TEG non è corretta e ha quindi utilizzato una diversa formula, da lui elaborata, per verificare il superamento del tasso soglia.

Tuttavia esigenze di coerenza logica e di equità giuridica impongono di effettuare il confronto tra il TEG applicato dalla singola banca e il tasso soglia del periodo, utilizzando la stessa metodologia di calcolo, ufficializzata nelle istruzioni della Banca d'Italia, istruzioni che gli istituti di credito sono tenuti a rispettare.

In sostanza se è data una certa formula a livello ufficiale per rilevare il TEGM applicato dalle banche e quindi per determinare il tasso soglia, è ovvio che la stessa formula va utilizzata per determinare il tasso applicato in concreto dalla banca e quindi se la stessa abbia rispettato il tasso soglia.

I calcoli effettuati dal perito, quindi non potrebbero mai assumere valore ai fini di prova, nemmeno se oggetto di testimonianza.

La mancata produzione del contratto assume notevole rilevanza in relazione alle doglianze di parte attrice: invero non è dato di sapere quale fosse il tasso ivi pattuito, di tal che non è possibile valutare la sussistenza o meno della usura, posto che, secondo la Cassazione, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono "promessi" e comunque convenuti (e non vi è più spazio per la cosiddetta "usurarietà sopravvenuta); non è dato di verificare se, come "ipotizzato" dalla attrice, la CMS non era pattuita nelle forme prescritte dalla legge né quale fosse il regime di decorrenza della valuta; infine non è

Sentenza, Tribunale di Monza, Dott.ssa Claudia Lojaco, 17 maggio 2016, n. 1410

dato di verificare se, come asserito dalla attrice, la Banca non avrebbe rispettato le condizioni fissate dalla delibera CICR del 2000 per la validità delle clausole anatocistiche.

Infine è appena il caso di rilevare che gli attori, alle pagine 17 e 18 della citazione, hanno elencato una serie di "nullità" in maniera del tutto generica e senza chiarire in alcun modo sotto che profilo le singole norme contrattuali sarebbero nulle.

In ogni caso neanche tali doglianze possono essere esaminate in mancanza del contratto, non essendo nemmeno dato di sapere quali siano le pattuizioni intervenute tra le parti.

Posto quanto sopra le domande attoree devono essere rigettate, stante il palese difetto di allegazione e di prova.

Per quanto riguarda la richiesta di espletamento di CTU, sulla quale tanto ha insistito l'attrice, va precisato che la stessa non poteva certo essere accolta, non avendo la attrice prodotto la documentazione minima indispensabile per lo svolgimento dell'incarico (contratto ed estratti di conto corrente).

Invero, secondo la Corte di Cassazione: "*La consulenza tecnica d'ufficio non è un mezzo istruttorio in senso proprio avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitano di specifiche conoscenze. Il suddetto mezzo di indagine non può pertanto essere utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume e può essere quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati*" (cfr. Cassazione Civile sez. terza, 24.05.2013, n. 12990; Cassazione Civile, sez. terza, 12.02.2008, n. 3374).

La domanda di risarcimento danni e quella relativa alla segnalazione alla Centrale Rischi vanno rigettate stante il rigetto della domande di accertamento.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale di Monza, Sezione prima civile, definitivamente pronunciando, sulla causa proposta dalla società correntista contro la Banca con atto di citazione notificato il 30.6.014 ogni contraria domanda ed eccezione rigettata e/o assorbita, così provvede:

- 1) Dichiarare la inammissibilità della domanda di ripetizione d'indebito;
- 2) rigettare altre domande avanzate dalla attrice;
- 3) condanna la attrice al pagamento delle spese di giudizio in favore della convenuta, che si liquidano in € 1.254,00 oltre accessori di legge e spese generali.

Monza, 27.04.2016

Il Giudice Unico
Dott.ssa Claudia Lojaco

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*