

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI BERGAMO**

Sezione Prima Civile In persona del Giudice Unico, Dott. Marino Marongiu

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa n. omissis/14 R.G. promossa con atto di citazione

DA

SOCIETA' CORRENTISTA E GARANTI

- attore -

CONTRO

BANCA

- convenuta -

OGGETTO: ripetizione di indebito

CONCLUSIONI DELLE PARTI: come precisate nei fogli allegati a verbale del 09.11.2016

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 05.09.2014 SOCIETA' CORRENTISTA unitamente ai propri GARANTI, conveniva avanti questo Tribunale la BANCA per sentir accogliere le seguenti conclusioni: "in via principale: 1) accertare e dichiarare che BANCA ha proceduto sul conto ad applicazione di tassi usurari, condizioni, spese e commissioni non contrattualizzate, e conseguentemente pronunciarsi: a) sulla gratuità della linea di credito così come concessa e sulla idoneità ed invalidità del contratto di corrispondenza a regolamentare la linea di credito ad esso appoggiata;

b) sulla illegittimità dell'applicata capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi e sull'applicazione dei tassi passivi (perché usurari ex art. 1815, comma II°, cod. civ.); inoltre, sulla nullità della clausola contrattuale anatocistica e per l'effetto dichiarare non dovuta alcuna capitalizzazione come da sentenza Cass. SS.UU 24418/10; in subordine dichiarare applicabile la capitalizzazione annuale per l'intero periodo contrattuale; c) sulla illegittimità dell'applicazione di tassi ultralegali non concordati in costanza di rapporto; d) sulla illegittimità dell'applicazione della commissione di massimo scoperto, perché non concordata e dei tassi extrafido, applicati ma non concordati, nonché dello ius variandi, dichiarando nulle ed inefficaci le variazioni avvenute in costanza di rapporto e non concordate.

2) Accertare e dichiarare che BANCA ha pattuito ed applicato tassi usurari per cui a tale titolo nulla è dovuto per tutto il rapporto e, conseguentemente, a mezzo di espletanda CTU, procedere al ricalcolo su base annuale, senza anatocismo alcuno, senza spese e senza commissioni dal sorgere del rapporto ad oggi e senza interessi ad alcun saggio, al fine di rideterminare il reale saldo conto (dare – avere tra le parti) alla data di recesso ovvero di citazione e, per l'effetto, con la emananda sentenza ed alla luce delle risultanze dell'espletanda istruttoria, statuire come di Giustizia in ordine alla condanna di BANCA alla

Sentenza, Tribunale di Bergamo, Dott. Marino Marongiu n. 545 del 3 marzo 2017

restituzione delle somme indebitamente percepite, con interessi e rivalutazione dalla domanda al saldo previa compensazione tra quanto pagato in eccesso dalla società attrice per le causali dedotte in atti e in perizia (salva la gratuità) e quanto asseritamente dovuto a parte convenuta. 3) Accertare e dichiarare la liberazione dei prestatori di garanzia fideiussoria sig.ri OMISSIS per un'obbligazione futura ex art. 1956 cod. civ.” Parte attrice, in sintesi, deduceva di intrattenere con la banca convenuta, filiale di OMISSIS, un contratto di conto corrente con apertura di credito chirografaria (numero OMISSIS), aperto il 09.09.1999 ed ancora in essere alla data della domanda, sul quale sarebbero state addebitate dalla banca, nel periodo dal 1999 al 2014, commissioni di massimo scoperto invalidamente pattuite o, comunque, nulle per difetto di causa, nonché illegittime capitalizzazioni degli interessi passivi (c.d. anatocismo bancario) ed interessi bancari in misura superiore a quelli previsti dalla legge 108 del 1996 e pertanto usurari. Si costituiva in giudizio con comparsa di risposta del 17.02.2014 la BANCA contestando, nel merito, sulla base dei patti contrattuali stipulati, la fondatezza delle domande avversarie e chiedendo che venisse in via preliminare dichiarata l'inammissibilità delle domande, in quanto avanzate in relazione ad un contratto di conto corrente ancora in essere e comunque chiedendone il rigetto in quanto infondate.

Così radicatosi il contraddittorio e provvedutosi agli adempimenti ex art. 183, 6° c. c.p.c. la causa veniva ritenuta matura per la decisione e pertanto rinviata per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 09.11.2016, all'esito della quale veniva trattenuta in decisione, assegnando alle parti i termini di rito per le comparse conclusionali e le memorie di replica. Decorsi i termini, la causa era decisa in data odierna come da dispositivo che segue.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le domande attoree, in quanto non suffragate da idonee allegazioni di prova circa le contestazioni mosse all'operato della banca convenuta, devono essere disattese, senza darsi ingresso ad accertamenti peritali che nella specie si rivelerebbero del tutto esplorativi ed indebitamente sostitutivi dell'onere incumbente sulle parti attrici a norma dell'art. 2697 1° c. C.C. secondo cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, e, segnatamente, chi assume l'iniziativa giudiziaria deve fornire la dimostrazione della sussistenza dei fatti costitutivi della propria pretesa.

Ed invero, deve innanzitutto rilevarsi che, la domanda attorea si sostanzia, da un lato, nell'accertamento della nullità parziale del contratto di conto corrente ancora in essere tra le parti e puntualmente prodotto in giudizio dalla banca convenuta, per clausole e oneri contrattuali asseritamente illegittimamente imposti dalla banca e, dall'altro lato, nell'azione di ripetizione di indebito ex art. 2033 C.C. in relazione alle somme riscosse in eccedenza dalla banca stessa, con esplicita qualificazione di tale pretesa come domanda di condanna.

Trattasi dunque di domande inscindibilmente correlate, rispetto alle quali parte attrice deve ritenersi onerata ad allegarne e provarne gli elementi costitutivi, in particolare con riguardo all'insussistenza di un proprio obbligo di pagamento (“causa debendi”) e all'effettivo pagamento di importi non dovuti, nonché evidenziando e dimostrando il nesso causale fra tali imprescindibili elementi (cfr. Cass. 10.11.2010 n. 22872; 17.3.2006 n. 5896; 13.11.2003 n. 17146).

Ora, tale onere di allegazione e prova a carico di parte attrice non è stato qui doverosamente assolto, come emerge dall'esame dell'atto di citazione e dalla insufficiente documentazione prodotta, né alle dette carenze può sopperirsi, come si dirà, attraverso la rimessione in istruttoria della causa. Invero, le Sezioni Unite della Cassazione, con sentenza n. 24418/2010, hanno chiarito che il correntista che esperisce un'azione di ripetizione di indebito ex art. 2033 C.C. nei confronti della banca ha l'onere di allegare specificatamente ogni rimessa in conto corrente fonte del lamentato indebito, nonché, qualora, come nel caso de quo, il conto

Sentenza, Tribunale di Bergamo, Dott. Marino Marongiu n. 545 del 3 marzo 2017

corrente sia ancora in essere, quello di dimostrare la natura solutoria dei versamenti allegati in quanto, “il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell’esecuzione di una prestazione da parte del solvens con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell’accipiens.”

Infatti, mentre le rimesse ripristinatorie sono eseguite in presenza di un affidamento concesso e nei limiti dello stesso, quale ripristino della disponibilità ottenuta con il fido, le rimesse solutorie sono eseguite in assenza di affidamento o oltre l’affidamento concesso, ed hanno l’effetto di estinguere il debito del cliente verso la banca.

Pertanto solo quest’ultime determinano un effettivo spostamento patrimoniale idoneo, in astratto, a giustificare la richiesta di ripetizione dell’indebitato.

L’individuazione delle rimesse di natura solutoria, anche secondo la definizione data dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 24418 del 2010, deve essere, pertanto, effettuata caso per caso, non potendosi mai presumere, a priori, la “normalità” della funzione solutoria rispetto a quella meramente ripristinatoria della provvista.

Del resto, nell’ambito di un rapporto in conto corrente, il versamento di somme di denaro da parte del correntista non costituisce nella prassi atto solutorio, salvo per quanto attiene all’addebito per saldo finale a seguito della chiusura del conto (v. (Cass. 15 gennaio 2013 n. 798) e, in corso di rapporto, per il versamento in ipotesi di saldo passivo in assenza di fido o di scoperto per passivo eccedente il limite del fido autorizzato (cfr. Cass. Sez. Un. 2.12.2010 n. 24418; 24.3.2014 n. 6857).

Sulla base di tali principi, la Suprema Corte con sentenza numero 4518/2014 è pertanto giunta condivisibilmente a stabilire una presunzione relativa circa la natura ripristinatoria dei versamenti eseguiti in costanza di rapporto di conto corrente.

In particolare: “*I versamenti eseguiti sul conto corrente in costanza di rapporto hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all’accipiens e, poiché tale funzione corrisponde allo schema causale tipico del contratto, una diversa finalizzazione dei singoli versamenti, o di alcuni di essi, deve essere in concreto provata da parte di chi intende far percorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste illegittimamente addebitate*”.

Da tale statuizione è inoltre possibile desumere chiaramente che l’onere della prova della natura solutoria anziché ripristinatoria delle rimesse incombe esclusivamente sul correntista; regola comunque già pacifica in giurisprudenza e desumibile anche dal principio generale per cui chi intende far valere il regolamento di un contratto al fine di trarre le conseguenze a sé favorevoli è tenuto a fornire la prova del fatto costitutivo della propria pretesa.

La distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie, non rileva, poi, solo al fine della ripetizione di addebiti di interessi anatocistici, ma anche qualora gli indebiti dedotti nella domanda derivino a titolo di commissioni di massimo scoperto (o per, analogia, ad altre voci indebitamente versate alla banca) in quanto la natura e la funzione della commissione di massimo scoperto non si discosta da quella degli interessi, essendo entrambe previsioni destinate a remunerare la banca per i finanziamenti erogati (v. Cass. 4518/2014).

Infatti, l’annotazione in conto di una commissione di massimo scoperto illegittimamente addebitata dalla banca al correntista rappresenta sì un incremento del debito dello stesso correntista, ovvero una riduzione del credito disponibile, ma, anch’essa, in assenza di prova, non equivale affatto di per sé ad un pagamento solutorio in favore della Banca.

Sentenza, Tribunale di Bergamo, Dott. Marino Marongiu n. 545 del 3 marzo 2017

Da tutto ciò discende che la società attrice, che ha agito per la ripetizione delle somme che assume indebitamente versate sul conto corrente, anche in ragione della nullità di determinate clausole contrattuali, aveva l'onere di allegare e provare i fatti costitutivi della sua pretesa mediante la specifica allegazione dei singoli versamenti, nonché la loro natura solutoria.

Tale onere avrebbe potuto essere assolto mediante la produzione del contratto di conto corrente e di apertura di credito, nonché dell'intera sequenza degli estratti conto, i quali, tra l'altro, sono direttamente accessibili alla parte istante, posto il diritto del correntista, ex art. 119 T.U.B., di ottenere dall'istituto bancario, a proprie spese, la consegna di copia della documentazione relativa a ciascuna operazione registrata sull'estratto conto nell'ultimo decennio. Infatti, solo mediante l'analisi di tutte le operazioni compiute nel periodo è possibile verificare se i versamenti che si assumono solutori sono stati effettivamente eseguiti in assenza di affidamento o oltre l'affidamento concesso, per estinguere il debito verso la banca.

Nel caso in esame, tuttavia, parte attrice non ha prodotto interamente la documentazione contabile a sostegno della domanda, ma anche degli estratti conto scalari (v. allegati a perizia di parte fascicolo attoreo), che, come sancito più volte in giurisprudenza, devono ritenersi irrilevanti ai fini dell'azione di ripetizione di indebito, in quanto meramente riepilogativi delle competenze contabilizzate sul conto corrente e rappresentati solo una parte dell'estratto conto periodicamente inviato al correntista.

Più in particolare: "Il riassunto a scalare contiene la sequenza dei saldi (positivi e negativi) ottenuta raggruppando tutte le operazioni con uguale valuta sicché dalla sequenza non è dato desumere l'importo capitale per il giorno esatto di valuta, elemento che è invece possibile estrapolare avendo a disposizione gli estratti conto completi del rapporto.

Ciò comporta che il risultato degli interessi debitori applicati non sia matematicamente corretto fondandosi sulla media dei tassi applicati in un determinato periodo senza pertanto consentire il calcolo delle singole rimesse effettuate, la loro imputazione, nonché l'interesse in concreto applicato" (v. App. Venezia 23 agosto 2013).

In merito alcun rilievo può darsi alla richiesta di invio della documentazione bancaria ex art. 119 TUB avanzata da parte attrice tramite il proprio legale solo in data 05.09.2014, ossia successivamente alla notificazione dell'atto di citazione. (v. doc. 1 fascicolo attoreo).

Deve infatti ritenersi, in conformità con la prevalente giurisprudenza, che qualora la domanda di consegna della documentazione bancaria ex art. 119 TUB venga inoltrata dal cliente dopo aver già instaurato il giudizio non sussiste in capo alla banca alcun obbligo di produzione della documentazione suddetta, né a tale carenza probatoria può avviarsi attraverso un ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. che si rivelerebbe del tutto esplorativo (cfr. Cass 17923/2016). In difetto, pertanto, di completa allegazione e dimostrazione dell'andamento del conto corrente, non è possibile verificare nemmeno per il tramite di CTU contabile o mediante ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. l'eventuale scostamento della banca dalle pattuizioni intercorse, in quanto, appunto, i suddetti mezzi probatori non possono supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante. (Cfr. Cass. Civ. 16 maggio 2003 n. 7635; Cass. Civ. 6 giugno 2003 n. 906; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3130).

D'altro canto, la perizia di parte, oltre che contestata dalla parte convenuta, risulta anch'essa essere stata redatta esclusivamente in base ai riassunti scalari degli estratti conto, senza fare riferimento alla completa sequenza degli estratti conto ed è pertanto inidonea a fornire qualsivoglia supporto probatorio alla tesi attorea.

Sentenza, Tribunale di Bergamo, Dott. Marino Marongiu n. 545 del 3 marzo 2017

La stessa perizia di parte inoltre, e ad abundantiam, non è parimenti idonea ad allegare quelle circostanze necessarie per individuare la natura solutoria delle rimesse.

Deve quindi ritenersi che il mancato assolvimento dell'onere della prova da parte del correntista assorba, inoltre, le eccezioni di nullità delle clausole contrattuali e di superamento del c.d. tasso soglia svolte da parte attrice. Infatti, nell'azione di ripetizione dell'indebitto, l'accertamento dell'insussistenza dell'obbligo di pagamento rappresenta un mero antecedente logico della domanda di restituzione della somma corrisposta e non già l'oggetto di un'autonoma domanda di accertamento negativo: pertanto, nel caso in cui, come nella fattispecie in esame, la domanda di ripetizione debba essere rigettata per mancanza della prova dell'asserito pagamento indebitto (in quanto difetta la prova delle rimesse solutorie), l'attore non ha interesse alla pronuncia sull'accertamento negativo del debito, trattandosi di una domanda del tutto diversa per "petitum" e "causa petendi" da quella originariamente proposta con l'atto introduttivo del giudizio.

Sul punto, e limitatamente alla pretesa usurarietà dei tassi applicati dalla banca deve comunque rilevarsi, "ad abundantiam", che parte attrice ha altresì ommesso di produrre in giudizio i decreti ministeriali disciplinanti il tasso soglia usurario per il periodo controverso.

Sul punto deve infatti ritenersi, in conformità con la pronuncia della Corte di Cassazione n. 9941/2009 che i decreti ministeriali sono sottratti all'operatività del principio "iura novit curia" di cui all'art. 113 c.p.c. con la conseguenza che in caso di mancata produzione del decreto ad opera della parte che ne chiede l'applicazione la domanda deve essere rigettata a norma dell'art. 2697 C.C.

Parimenti, anche in ordine al preteso anatocismo bancario posto in essere dalla banca deve incidentalmente rilevarsi che questo non è stato affatto provato neanche in ordine al "se", in quanto, da un lato, la clausola di capitalizzazione degli interessi (tanto passivi che attivi) risulta specificatamente concordata dalle parti nel contratto di conto corrente e dall'altro lato, benchè il contratto sia anteriore alla nota delibera C.I.C.R. del 2000 risulta comunque in atti che la banca si sia puntualmente uniformata alle disposizioni della stessa senza mai applicare nel corso del rapporto condizioni contrattuali peggiorative rispetto a quelle originarie.

In conclusione, va dunque ribadita la mancata osservanza in capo alla società attrice circa gli oneri di allegazione e prova relativamente alle domande proposte di accertamento e ripetizione d'indebitto, cui consegue il rigetto delle stesse.

Infine non è ravvisabile e comunque non è provata la violazione dell'art. 1956 C.C. da parte della Banca nei confronti dei fideiussori in quanto l'ignoranza dello stato di crisi della società non può essere invocata dal garante che riveste altresì, come nel caso de quo, la qualifica di socio, poiché in grado di conoscere la situazione patrimoniale in cui versa la società.

Rigettata la domanda attorea, le spese seguono la soccombenza, liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Bergamo, Sezione Prima Civile, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, così provvede: 1) rigetta la domanda proposta da SOCIETA' OMISSIS, unitamente ai propri garanti OMISSIS nei confronti di BANCA, ora per nuova denominazione BANCA.; 2) condanna gli attori in via solidale tra loro al pagamento delle spese di lite liquidate in € 13.000,00 per compensi professionali oltre il 15% per spese generali, oltre Iva e Cpa.

Sentenza, Tribunale di Bergamo, Dott. Marino Marongiu n. 545 del 3 marzo 2017
Così deciso in Bergamo, il 24.02.2017

Il Giudice (dott. Marino Marongiu)

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

EX PARTE CREDITORIS