

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE di ROMA
Diciassettesima sezione civile (già nona)**

in persona del giudice dott.ssa Stefania Garrisi e in composizione monocratica, all'esito della Camera di Consiglio, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

MUTUATARI

attori

E

BANCA

convenuto

Oggetto: contratto di mutuo

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione regolarmente notificato MUTUATARI convenivano, innanzi a questo Tribunale, la BANCA, deducendo la nullità della clausola relativa agli interessi stabiliti nel contratto di mutuo fondiario stipulato tra gli attori e la convenuta per le ragioni esposte in atto di citazione e chiedendone quindi la declaratoria di gratuità *ex art.* 1815, secondo comma, c.c.; hanno altresì chiesto la condanna della banca convenuta alla restituzione delle somme indebitamente percepite per effetto dell'illegittimità delle clausole del contratto come precisato, previa eventuale compensazione con quanto eventualmente dovuto alla banca per effetto delle rate a scadere, oltre che la condanna della convenuta per risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale.

La convenuta banca si è costituita in giudizio resistendo nel merito alla domanda.

Respinte le istanze istruttorie di parte attrice (CTU contabile) la causa è stata rinviata per la decisione ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c. all'odierna udienza, con termine per note finali (depositate da entrambe le parti) sino a 10 giorni prima dell'udienza.

La domanda attrice va rigettata nel merito.

È stato stipulato tra le parti il contratto di finanziamento mutuo casa convertibile n. rep. omissis, racc. n. omissis del 29/09/2004 (cfr. doc. 5 allegato all'atto di citazione).

Il tasso di interesse nominale (TAN) tasso di interesse puro è stato convenuto nel contratto nella misura del 3,00% e parimenti in contratto è stato determinato il tasso di mora, pari al 5,00% (maggiorato di due punti percentuali rispetto al tasso corrispettivo) pari al 5,00%. Il tasso soglia del periodo era pari al 5,81%.

Parte attrice ha dedotto la violazione della normativa antiusura (l. n. 108/96) in relazione ai seguenti profili:
superamento del tasso soglia usura con riferimento al tasso moratorio in sé considerato e come pattuito nel contratto;

Sentenza, Tribunale di Roma, Giudice Stefania Garrisi, n.021474 del 7 novembre 2018

usurarietà del mutuo, derivata dalla sommatoria tra interesse moratorio ed altri oneri pattuiti nel contratto.

Parte attrice ha censurato il contratto di mutuo oggetto del procedimento anche in relazione ai seguenti profili:

illegittimità del sistema di ammortamento alla francese.

A sostegno delle proprie pretese parte attrice ha depositato perizia contabile dove si afferma l'usurarietà del contratto di mutuo (cfr. doc. 2 allegato all'atto di citazione).

In relazione alla dedotta usurarietà originaria del tasso di mora convenuto nel contratto la tematica coinvolge, come noto, due aspetti.

Il primo attiene alla possibilità o meno di ritenere usurari non solo gli interessi corrispettivi, ma anche gli interessi moratori. Il secondo attiene alle conseguenze nel caso di usurarietà dei soli interessi moratori e non anche degli interessi corrispettivi.

In relazione al primo aspetto, è da condividere la tesi che ritiene configurabile l'usura anche con riferimento agli interessi moratori, nel senso che oltre si preciserà.

A tal proposito è noto che la l. n. 108/96, nel delineare la nuova disciplina della fattispecie incriminatrice del reato di usura chiarisce, con previsione inserita al comma terzo del nuovo art. 644 c.p., che *“la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari”*, aggiungendo, con altra norma inserita nell'art. 644 c.p. (al quinto comma) che *“per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito”*.

L'art. 2 della l. n. 108/96 dispone che *“Il Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale”*.

Il medesimo articolo di legge aggiunge, quindi, all'ultimo comma, che *“il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà”*.

Con la norma di interpretazione autentica prevista dall'art. 1 comma 1, d.l. n. 394/00, conv., con modif., nella l.n. 24/01, il legislatore ha chiarito che *“ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento”*.

In attuazione del dettato dell'art. 2, l. n. 108/96, i decreti del Ministro hanno provveduto, con cadenza trimestrale, all'individuazione dei tassi effettivi globali medi relativi alle singole categorie di operazioni prese in considerazioni: a partire dal d.m 25 marzo 2003, si è avuto

Sentenza, Tribunale di Roma, Giudice Stefania Garrisi, n.021474 del 7 novembre 2018

cura di precisare espressamente che i tassi effettivi globali medi non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento.

Ciò premesso, è parimenti noto che partendo dal dato normativo di cui all'art. 1 l. n. 108/96 e di cui all'art. 1 d.l. 394/00, la locuzione "*convenuti a qualunque titolo*" consente, secondo un certo orientamento, di considerare ricompresi, nell'ambito della normativa citata e del tasso soglia rilevato dai decreti MEF per le singole operazioni, anche gli interessi moratori.

Tale interpretazione, confermata dalla nota pronuncia della Corte Cost. 25 febbraio 2002, n. 29, che ha precisato che "*il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile ... l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori*" si pone sulla scia dell'orientamento espresso, tra le altre, da Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, Cass. 17 novembre 2000, n. 14899, e Cass. 22 aprile 2000, n. 5286 e poi, segnatamente, da Cass. Civ., 9 gennaio 2013, n. 350, "*si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori*".

La tesi, seguita anche da numerose pronunce di merito (cfr. ex multis, Trib. Milano 28.1.2014, Trib. Chieti 23.4.2015; Trib. Napoli 28.1.2014 e 15.9.2014; Trib. Bologna 24.2.2016; Trib. Agrigento 20.6.2016) non è da questo giudice condivisibile, nella misura in cui pare trascurare completamente la diversa funzione dagli interessi svolta in quanto costituenti, i primi, il corrispettivo previsto per il godimento diretto di una somma di denaro, avuto riguardo alla normale produttività della moneta (cfr. Cass. 22 dicembre 2011, n. 28204), rappresentando viceversa i secondi una liquidazione anticipata, presuntiva e forfettaria del danno causato dall'inadempimento o dal ritardato adempimento di un'obbligazione pecuniaria.

Difatti, il tasso di mora ha un'autonoma funzione risarcitoria per il fatto, solo eventuale e imputabile al mutuatario, del mancato o del ritardato pagamento e la sua incidenza va rapportata al protrarsi ed alla gravità della inadempienza, del tutto diversa dalla funzione di remunerazione propria degli interessi corrispettivi (cfr. Trib. Milano, 22 maggio 2014; Trib. Verona, 9 aprile 2014; Trib. Brescia, 16 gennaio 2014).

Il disatteso orientamento seguito dalla citata Cass. n. 350/13 sembra porsi in contrasto anche con la ratio sottesa alla fattispecie delittuosa del reato di usura, che sanziona, all'art. 644 c.p., la condotta di chi si fa dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari quale corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, da individuarsi, come desumibile anche dal disposto del comma terzo del medesimo articolo, nel divieto di convenire un corrispettivo sproporzionato per la concessione in godimento del denaro di altra utilità.

Pertanto, assumono rilevanza ai fini dell'integrazione degli estremi dell'usura, solo quelle prestazioni di natura corrispettiva (siano esse interessi convenzionali, remunerazioni, commissioni o spese diverse da quelle legate ad imposte e tasse) legate alla fisiologica attuazione del programma negoziale, non essendo possibile estendere l'ambito di applicazione della fattispecie in esame anche alle prestazioni riconducibili alla mora debendi (cfr. Tribunale Verona 9 aprile 2014; in materia penale, vedi Trib. Torino, GUP, 10 giugno 2014).

Non appare decisivo, in senso opposto, il dettato dell'art. 1 comma 1, d.l. n. 394/00, convertito, con modificazioni, nella Legge n. 24/01, secondo cui "*ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal*

Sentenza, Tribunale di Roma, Giudice Stefania Garrisi, n.021474 del 7 novembre 2018

momento del loro pagamento”, emanata al dichiarato fine di evitare effetti pregiudizievoli in ordine alla stabilità del sistema creditizio nazionale che sarebbero potuti derivare dall’orientamento giurisprudenziale (v. Cass. n. 14899/00, cit.) propenso a riconoscere la sopravvenuta usurarietà dei tassi di interesse, benché legittimi al momento della conclusione del contratto di mutuo, per effetto della variazione medio tempore del c.d. tasso-soglia.

Piuttosto, pacifico che la verifica di usurarietà riguardi sia il tasso corrispettivo sia il tasso moratorio concretamente applicati (quest’ultimo di norma calcolato con una maggiorazione rispetto al tasso corrispettivo), pare preferibile effettuare tale verifica autonomamente con riferimento a ciascuna delle due categorie di interessi, che esprimono dati non omogenei tra loro.

Il parametro di riferimento per i tassi moratori non può dunque essere quello delle soglie fissate ai sensi della Legge n. 108/96 perché questo vorrebbe dire confrontare tassi non omogenei (quello stabilito per gli interessi corrispettivi con quello di mora che come visto è escluso dalla rilevazione del TEG medio), ma è necessario utilizzare un diverso parametro.

La stessa Suprema Corte peraltro afferma che, ai fini della rilevazione dei tassi usurari è necessario utilizzare dati tra loro oggettivamente comparabili “*sicché se detto raffronto non viene effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo il dato che se ne ricava non può che essere in principio viziato*” (così, Cassazione civile, sez. I, 03/11/2016, n. 22270; Cassazione civile, Repert. n. 23923/2018 del 08/11/2018 sez. I, 22/06/2016, n. 12965).

Sul punto si osserva che, in assenza di un parametro legislativo che è allo stato inesistente e non potendosi applicare quello fissato per gli interessi corrispettivi per i motivi sopra esposti, si ritiene equo utilizzare il dato che emerge a seguito dell’indagine statistica condotta a fini conoscitivi dalla Banca d’Italia e dall’Ufficio Italiano dei Cambi, che ha rilevato che, con riferimento al complesso delle operazioni facenti capo al campione di intermediari considerato, la maggiorazione media stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali.

In data 3 luglio 2013, successivamente all’emanazione della richiamata pronuncia della Cassazione n. 350/13, la Banca d’Italia ha chiarito che gli interessi di mora, pur essendo assoggettati alla normativa anti-usura, sono esclusi dal calcolo del TEG, in ragione del fatto che trattasi di oneri eventuali la cui debenza ed applicazione cadono solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente e ha conseguentemente chiarito che, in assenza di una previsione legislativa che determini una specifica soglia in presenza di interessi moratori, la Banca d’Italia adotta, nei suoi controlli sulle procedure degli intermediari, il criterio in base al quale i TEG medi pubblicati sono aumentati di 2,1 punti per poi determinare la soglia su tale importo: proprio perché previsti in funzione compensativa dell’inadempimento non possono essere inseriti nel TEGM perché innalzerebbero il valore delle soglie (cfr. “Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura” della Banca d’Italia del 3 luglio 2013).

Appare, pertanto, del tutto incoerente e illogico prendere in considerazione, ai fini dell’accertamento dell’usurarietà dei tassi di interesse - laddove si sostenga la rilevanza a tali fini anche di quelli moratori - soglie determinate con riferimento ai soli interessi corrispettivi e a tutti gli oneri connessi all’erogazione del credito.

Pertanto, anche l’interpretazione del dato normativo condotta sotto il profilo più strettamente economico conduce alla conclusione della impossibilità di attribuire rilevanza, ai fini del superamento del tasso soglia usurario, agli interessi moratori.

Sentenza, Tribunale di Roma, Giudice Stefania Garrisi, n.021474 del 7 novembre 2018

D'altra parte, come evidenziato nella richiamata comunicazione della Banca d'Italia, l'esclusione degli interessi moratori dal calcolo dell'usura evita di considerare nella media operazioni con andamento anomalo, per cui se si prendessero in considerazione anche tali interessi, potrebbe determinarsi un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della clientela, così frustrando le finalità della normativa.

Sarebbe d'altro canto incongruo ritenere che l'usurarietà degli interessi moratori possa essere accertata sulla base di un tasso soglia stabilito senza tener conto dei maggiori costi indotti, per il creditore, dall'inadempimento del debitore (ABF, Collegio di Roma, decisione n. 260 del 17 gennaio 2014, www.arbitrobancariofinanziario.it).

Da ultimo, va evidenziato che, diversamente opinando, secondo quanto stabilito dalla citata Cass. n. 350/13, si dovrebbe concludere nel senso della non coerenza dei decreti ministeriali emanati in attuazione della l. n. 108/96 con la stessa legge, in quanto adottati sul non corretto presupposto della non rilevanza degli interessi moratori, con conseguente inapplicabilità a questi ultimi delle soglie fissate per i soli interessi corrispettivi e gli ulteriori oneri connessi all'erogazione del credito.

Dunque, ai fini del verificarsi dell'usura il tasso di mora dovrà essere raffrontato al tasso medio maggiorato del 2,1 punti percentuali e poi su questa base va calcolato il tasso soglia usura per gli interessi di mora.

In questo senso si è espressa la giurisprudenza di merito anche di questa sezione del Tribunale di Roma (cfr. *ex multis*, Tribunale di Roma, sez. IX, sent. n. 3675/2018, Tribunale di Roma, sez. IX, n. 17371 del 18.09.2017, Tribunale di Roma, sez. IX, 26 settembre 2017, Tribunale di Roma, sez. IX, 7/1/2017, Tribunale di Roma, sez. IX, 25/05/2017, n. 10653/17, Tribunale di Roma, sez. IX, 12/04/17, n. 7838/17, Tribunale di Roma, sez. IX, 18/09/2017, n. 17368/17, Tribunale Cagliari, 22/2/2016, Tribunale di Roma, 25/2/2016, Tribunale di Milano, 29/11/2016, n. 13719/16; Tribunale di Padova, sentenza 14 novembre 2016).

La conclusione a cui si è giunti non è inficiata dalle recenti pronunce della Suprema Corte cui ha fatto riferimento parte attrice negli scritti finali.

Con due pronunce rese entrambe nel corrente anno 2017 la Corte di Cassazione, affermando il principio per cui *"In tema di contratto di mutuo, l'art. 1 della l. n. 108 del 1996, che prevede la fissazione di un tasso soglia al di là del quale gli interessi pattuiti debbono essere considerati usurari, riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori"* ha confermato che anche il tasso moratorio è soggetto ad un tasso soglia anti-usura (cfr. Cassazione civile, sez. VI, 06/03/2017, n. 5598; Cassazione civile sez. VI 04 ottobre 2017 n. 23192).

Diversamente da quanto sostenuto da parte attrice tale affermazione, che non è particolarmente esplicitata neanche nella motivazione della sentenza, ribadisce che deve esistere un tasso soglia antiusura fissato per legge anche per i tassi moratori ma, in assenza di una espressa previsione legislativa di tale tasso per questi ultimi, non autorizza ad applicare estensivamente o peggio in via analogica anche ai tassi moratori il tasso soglia in concreto fissato solo per i tassi corrispettivi, a ciò ostando tutte le motivazioni sopra esposte.

In altri termini l'usura degli interessi di mora, pur configurabile, non è verificabile in assenza della soglia di confronto, non rientrando l'interesse di mora nel TEGM (cfr. Tribunale di Milano, n. 5111/2017 del 09.05.2017).

Di conseguenza, nel caso di specie il tasso degli interessi corrispettivi, pattuito nella misura iniziale del 3 %, rimane al di sotto della soglia antiusura del 5,81 %, secondo il parametro all'epoca vigente (TEG medio per i mutui a tasso fisso, aumentato della metà trattandosi di

Sentenza, Tribunale di Roma, Giudice Stefania Garrisi, n.021474 del 7 novembre 2018

contratto stipulato prima del 2011). Parimenti l'interesse di mora, in sé considerato, previsto contrattualmente al tasso del 5 % non può essere considerato usurario, non superando il tasso soglia anti-usura calcolato secondo le modalità sopra indicate (TEG medio % + 2,1 + aumento della metà).

Con riferimento alla censura di usura del contratto di mutuo derivante dalla sommatoria tra il tasso di mora e le varie spese previste in contratto per i costi dell'operazione, si tratta di deduzione da disattendere completamente atteso che il tasso di mora rileva solo nella patologia del rapporto, mentre spese e costi a quella fisiologica.

Come noto la giurisprudenza ha chiarito che non è possibile procedere ad una sommatoria di spese aventi tra loro natura eterogenea: è stato infatti sostenuto che ai fini della rilevazione dei tassi usurari è necessario utilizzare dati tra loro oggettivamente comparabili "sicché se detto raffronto non viene effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo il dato che se ne ricava non può che essere in principio viziato" (così, Cassazione civile, sez. I, 03/11/2016, n. 22270; Cassazione civile, sez. I, 22/06/2016, n. 12965).

Infine, nessun pregio può riconoscersi all'eccezione relativa al c.d. ammortamento alla francese.

Come noto, si tratta di un sistema graduale di rimborso del capitale finanziato in cui le rate da pagare alla fine di ciascun anno sono calcolate in modo che esse rimangano costanti nel tempo (per tutta la durata del prestito). Le rate comprendono quindi una quota di capitale ed una quota di interessi le quali, combinandosi armoniosamente insieme, mantengono costante la rata periodica per tutti gli n anni.

Ciò è possibile in quanto la quota capitale è bassa all'inizio dell'ammortamento per poi aumentare progressivamente man mano che il prestito viene rimborsato. Viceversa (e da qui la costanza della rata) la quota interessi parte da un livello molto alto per poi scendere gradualmente nel corso del piano di ammortamento, perché gli interessi sono calcolati su un debito residuo inizialmente alto e poi sempre più basso in virtù del rimborso progressivo del capitale che avviene ad ogni rata pagata.

Nel merito, va osservato che la caratteristica del cd. piano di ammortamento alla francese non è quindi quella di operare un'illecita capitalizzazione composta degli interessi, ma soltanto quella della diversa costruzione delle rate costanti in cui la quota degli interessi e quella di capitale variano al solo fine di privilegiare nel tempo la restituzione degli interessi rispetto al capitale.

Gli interessi convenzionali sono quindi calcolati sulla quota capitale ancora dovuta e per il periodo di riferimento della rata, senza capitalizzare in tutto o in parte gli interessi corrisposti nelle rate precedenti. Né si può sostenere che si sia in presenza di un interesse composto per il solo fatto che il metodo di ammortamento alla francese determina inizialmente un maggior onere di interessi rispetto al piano di ammortamento all'italiana che, invece, si fonda su rate a capitale costante.

In realtà, il piano di ammortamento alla francese risulta più rispettoso del principio di cui all'art. 1194 c.c., in quanto prevede un criterio di restituzione del debito che privilegia, sotto il profilo cronologico, l'imputazione ad interessi rispetto quella al capitale.

In conclusione, ogni rata determina il pagamento unicamente degli interessi dovuti per il periodo cui la rata si riferisce (importo che viene integralmente corrisposto con la rata), mentre la parte rimanente della quota serve ad abbattere il capitale (cfr. Tribunale di Roma, sez. IX, 26 settembre 2017).

Come è stato osservato dalla giurisprudenza di merito, anche di questa sezione del Tribunale di Roma, *“si deve escludere che l’opzione per l’ammortamento alla francese comporti per sé stessa l’applicazione di interessi anatocistici, perché gli interessi che vanno a comporre la rata da pagare sono calcolati sulla sola quota di capitale, e che il tasso effettivo sia indeterminato o rimesso all’arbitrio del mutuante. Infatti, anche nel metodo di capitalizzazione alla francese gli interessi vengono calcolati sulla quota capitale via via decrescente e per il periodo corrispondente a ciascuna rata, sicché non vi è alcuna discordanza tra il tasso pattuito e quello applicato e non vi è alcuna applicazione di interessi su interessi, atteso che gli interessi conglobati nella rata successiva sono a loro volta calcolati unicamente sulla residua quota di capitale, ovvero sia sul capitale originario detratto l’importo già pagato con la rata o le rate precedenti”* (cfr. Tribunale di Roma, 9° sezione, ordinanza 20.4.2015).

Ancora, chiaramente, *“tale doglianza, che richiama alcuni isolati precedenti giurisprudenziali, nasce da un equivoco nella scomposizione della struttura dei contratti di mutuo con ammortamento alla francese, in quanto tale sistema matematico di formazione delle rate risulta in verità predisposto in modo che in relazione a ciascuna rata la quota di interessi ivi inserita sia calcolata non sull’intero importo mutuato, bensì di volta in volta con riferimento alla quota capitale via via decrescente per effetto del pagamento delle rate precedenti, escludendosi in tal modo che, nelle pieghe della scomposizione in rate dell’importo da restituire, gli interessi di fatto vadano determinati almeno in parte su se stessi, producendo l’effetto anatocistico contestato”* (cfr. Tribunale Milano, 29-01-2015).

Ancora, *“l’ammortamento alla francese non comporta la violazione del divieto di anatocismo, posto che in tal caso la quota di interessi dovuta per ciascuna rata di ammortamento è calcolata applicando il tasso convenuto solo sul capitale residuo, mentre l’anatocismo consiste nella diversa operazione di calcolare interessi sugli interessi”* (cfr. Trib. Milano, 8-03-2016, n. 3012).

Premesse queste considerazioni in diritto, la CTU contabile non è stata ammessa perché inutile.

E’ appena il caso di osservare che la consulenza tecnica d’ufficio non è un mezzo istruttorio in senso stretto ma rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito, cui è rimessa la facoltà di valutarne la necessità o l’opportunità ai fini della decisione, nonché l’ambito di estensione.

Essa può essere disposta solo per valutare fatti di cui sia già pacifica la dimostrazione e non può essere funzionale a soddisfare finalità esclusivamente esplorative: essa non può valere a eludere l’onere di allegazione e di prova incombente sulle parti processuali per la dimostrazione dei fatti posti a base delle pretese azionate, specie in un sistema processuale, come è il nostro, caratterizzato da preclusioni istruttorie.

Ne consegue che la richiesta di consulenza tecnica non è ammissibile ove la parte tenda con essa a supplire l’onere di allegazione e della prova sulla stessa gravante ovvero a compiere un’indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati (cfr. Cassazione civile, sez. III, 26 febbraio 2003 n. 2887).

Infatti, *“il suddetto mezzo di indagine non può essere disposto al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negato dal giudice qualora la parte tenda con esso a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerta di prove ovvero a compiere un’attività esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati...”* (Cass. Civ., sez. 2°, 15 aprile 2002, n. 5422 nonché, ex multis, Cass. Civ., sez. 6°, ordinanza n. 3130 del 08/02/2011).

Sentenza, Tribunale di Roma, Giudice Stefania Garrisi, n.021474 del 7 novembre 2018

Ancora, la Suprema Corte ha rilevato che *“La consulenza non rientra nella disponibilità delle parti ma è rimessa al potere discrezionale del giudice, il quale esattamente decide di escluderla ogni qual volta si avveda che la richiesta della parte tende a supplire con la consulenza la deficienza della prova o a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provate”* (cfr. Cassazione civile, sez. lav., 06 dicembre 2011, n. 26151).

Non c'è dubbio che *“la mancata disposizione della consulenza tecnica d'ufficio da parte del giudice, di cui si asserisce l'indispensabilità, è incensurabile in sede di legittimità sotto il profilo del vizio di motivazione, laddove la consulenza sia finalizzata ad esonerare la parte dall'onere della prova o richiesta a fini esplorativi alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati”*: in altri termini *“ha natura esplorativa infatti la consulenza finalizzata alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati dalla parte che li allega”* (Cass. civ., sez. 1, 5 luglio 2007, n. 15219).

L'orientamento riferito non è mutato all'indomani della pronuncia della Suprema Corte che *“esclude la natura esplorativa della consulenza intesa a ricostruire l'andamento di rapporti contabili non controversi nella loro esistenza”* (cfr. Cass., civ., 15/03/2016, n. 5091), citata in modo non pertinente da parte attrice: tale affermazione, interpretata da alcuni come un definitivo avallo alla possibilità di disporre la consulenza tecnica in materia bancaria anche in caso di lacune documentali gravi, ad una attenta lettura delle restanti motivazioni della sentenza, viene specificata con il richiamo alla precedente giurisprudenza che, se pure ha sempre affermato la possibilità di deroga *“al limite costituito dal divieto di compiere indagini esplorative, quando l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con l'ausilio di speciali cognizioni tecniche, essendo in questo caso consentito al c.t.u. anche di acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti”* ha espressamente limitato tale possibilità di deroga *“sempre che si tratti di fatti accessori e rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza, e non di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse”* (Cass., civ., 15/03/2016, n. 5091, che richiama Cass. civ., sez. 3°, 14 febbraio 2006, n. 3191).

Questa è l'unica lettura della giurisprudenza citata compatibile con i principi sostanziali (art. 2697 c.c.) e processuali (art. 115 c.p.c.) relativi all'onere della prova: diversamente si legittimerebbe la proposizione indiscriminata di azioni giudiziali sprovviste ab origine dei relativi fondamenti normativi.

Nel caso di specie, alla luce dei principi sopra compendati, deve affermarsi la natura esplorativa della consulenza richiesta da parte attrice, che a sostegno della domanda ha prodotto una perizia di parte non attendibile perché fondata su principi di diritto del tutto contrari a quelli esposti oltre che su formule non dotate di valore scientifico.

La condanna alle spese del procedimento, liquidate come in dispositivo e da distrarsi in favore del procuratore dichiaratosi antistatario, segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando sulla domanda in epigrafe, ogni diversa domanda, eccezione e deduzione disattese, così provvede:

- rigetta la domanda proposta MUTUATARI;

Sentenza, Tribunale di Roma, Giudice Stefania Garrisi, n.021474 del 7 novembre 2018

- condanna MUTUATARI, in solido tra loro, alla rifusione delle spese di giudizio sostenute da BANCA, che liquida in complessivi € 9.000,00 per compenso professionale oltre al rimborso forfettario delle spese generali e accessori come per legge.

Così deciso in Roma, all'esito della Camera di Consiglio dell'udienza del 7 novembre 2018, alle ore 15:00

Il Giudice
dott.ssa Stefania Garrisi

**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