

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI AVELLINO – SECONDA SEZIONE CIVILE**

in composizione monocratica in persona del giudice dott.ssa Maria Cristina Rizzi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile iscritta al N.ommis R.G. dell'anno 2018 avente ad oggetto: indebitto e altro, vertente

TRA

DEBITORE E FIDEIUSSORE

attori

E

BANCA

convenuta

Conclusioni

Le parti hanno concluso come da atti e verbali di causa.

MOTIVI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

1. DEBITORE assume di aver intrattenuto con la Banca convenuta svariati rapporti di conto corrente (garantiti da fideiussione rilasciata), sui quali erano confluiti linee di credito e anticipi su fatture, contratti che non produce e la cui movimentazione ricostruisce producendo estratti conto ai quali si riporta.

In ordine ai rapporti di conto corrente assume che la banca aveva addebitato interessi passivi ultralegali non pattuiti; aveva calcolato interessi anatocistici ed usurari (in particolare per i trimestri indicati in citazione); aveva addebitato commissioni di massimo scoperto e spese non concordate; era erronea la contabilizzazione data-valuta; era difforme il tasso effettivamente applicato rispetto a quello indicato;

ha chiesto, dunque, previa declaratoria di nullità delle clausole contrattuali relative ai motivi esposti, di ricalcolare i saldi e di ripetere l'indebitto.

Ha poi descritto un rapporto di mutuo aziendale stipulato in data 9.10.2013, del quale produce un prospetto, e rispetto al quale ha eccepito la nullità per mancanza di causa essendo stato destinato a ripianare passività pregresse, e perché stipulato in frode alla legge.

I fideiussori hanno eccepito la nullità dei contratti di fideiussione che contenevano clausole contrarie alla legge.

E' stata poi dedotta una condotta della banca tenuta in violazione delle regole di correttezza e buon fede.

Si è costituita la Banca sollevando le eccezioni di cui si dirà e chiedendo con vari argomenti il rigetto di ogni domanda, vinte le spese.

2. Onere della prova.

Quanto alla distribuzione dell'onere della prova nelle azioni di ripetizione d'indebitto e circa la presenza nel contratto di determinate clausole di cui si eccepisce la nullità, la giurisprudenza non ha mai dubitato che l'onere di allegare e provare le relative circostanze che una parte adduce a sostegno della nullità incomba sulla parte che tale domanda proponga.

Mentre nell'ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo (o di domanda comunque proposta dalla Banca) è la banca intimante (attrice sostanziale) a dover provare i fatti costitutivi del suo credito, nel caso di domanda di accertamento negativo e indebitto proposta dal cliente è costui a dover provare i fatti costitutivi della sua pretesa (accertamento del debito e domanda di condanna del saldo rideterminato a proprio favore secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c.).

Sentenza, Tribunale di Avellino, Giudice Maria Cristina Rizzi del 23 marzo 2021

Nel caso di specie, come detto, parte attrice non ha neppure prodotto i contratti di conto corrente di cui si discute (ma solo gli estratti conto); dunque, non vi prova delle paventate illegittimità.

In definitiva, in applicazione della descritta distribuzione dell'onere della prova devono essere risolte le questioni sollevate dagli attori e, quanto ai contratti non prodotti, ne consegue che:

-in punto di interessi, non può ritenersi dimostrata la mancata pattuizione per iscritto di interessi ultralegali come dedotto da parte attrice in riferimento ai contratti non prodotti (all'uopo occorre che l'istante producesse il contratto privo della clausola riferibile agli interessi ultralegali);

-egual discorso vale per le altre spese e commissioni pure denunciate di nullità;

-non è proprio esaminabile l'eccezione riferibile all'usura, del tutto generica; non è stato mai indicato il tasso di interesse genetico, ai fini della verifica del superamento delle soglie, né sono stati indicati tutti i costi da calcolare; non è mai stato indicato neppure l'argomentato sforamento.

Peraltro, dalla lettura della citazione la doglianza attiene alla usura sopravvenuta esclusa dalla giurisprudenza delle sezioni unite della corte di Cassazione (Cass. sez. un. 2017 n. 24675). Inammissibile è la richiesta di ingresso di consulenza contabile, non essendo utilizzabile il chiesto strumento con finalità esclusivamente esplorative.

Non va, poi, sottaciuto che in citazione non è indicato alcun elemento di calcolo e nessun riferimento è fatto alle condizioni contrattuali specifiche di cui si discute.

Da ultimo va sottolineato che a nulla vale la non contestazione di controparte sulla esistenza ed effettività dei contratti. Tale evenienza conferma che i contratti esistono ma non implicano la non contestazione della banca anche sulla illegittimità delle clausole in essi contenute, che, anzi, la Banca assume essere perfettamente lecite: ancora una volta è evidente che solo gli attori, producendo i contratti, potevano dimostrare la nullità delle clausole che in questa sede invocano.

La giurisprudenza è concorde nell'applicazione dei ridetti principi:

Trib. Crotone, sentenza 30.1.2019 n. 132

Nel caso in cui un correntista agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza di una valida causa debendi. Inoltre, lo stesso correntista ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizione in quanto riferite a somme non dovute.

L'assenza del contratto e dei relativi estratti conto, non prodotti in tutto o in parte, non consente di accertare le pattuizioni intervenute tra le parti, l'andamento del rapporto ed il rispetto degli accordi stessi.

In motivazione si legge anche che il mancato assolvimento dell'onere probatorio non può essere sanato mediante la richiesta di esibizione ex art. 210 c.p.c. con riferimento a documenti di cui la parte doveva avere la disponibilità già prima dell'introduzione del giudizio, dovendosi rilevare che, ai sensi dell'art. 119 TUB, il cliente ha diritto ad ottenere "copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni" e nel caso di specie, non risulta, in atti, neanche un preventivo tentativo di richiesta ai sensi dell'art 119 TUB.

La richiesta, inoltre, non avrebbe comunque potuto avere ad oggetto i contratti, che si presume siano già nella disponibilità della parte, ma avrebbe dovuto riguardare la copia di atti specifici e ben determinati.

Trib. Modena 5.3.2020 n. 338

L'attore, quando agisce per la ripetizione dell'indebito, è onerato dalla produzione documentale dei contratti di accensione dei conti correnti oggetto di causa, unitamente alle condizioni economiche degli stessi, nonché degli estratti conto, dalla loro accensione alla data di presentazione della domanda. Solo su tali basi, infatti, è possibile, in sede giudiziale, procedere alla verifica contabile di detti rapporti bancari ed alla valutazione della fondatezza o meno delle questioni giuridiche mediante CTU.

Sentenza, Tribunale di Avellino, Giudice Maria Cristina Rizzi del 23 marzo 2021

In motivazione si legge che: *“nei rapporti di conto corrente bancario, il cliente che agisca per ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate in presenza di clausole nulle, ha l’ onere di provare l’inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, senza poter invocare il principio di vicinanza della prova al fine di spostare detto onere in capo alla banca, tenuto conto che tale principio non trova applicazione quando ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione”*.

Solo su tali basi, infatti, sarebbe stato possibile, in sede giudiziale, procedere alla verifica contabile di detti rapporti bancari ed alla valutazione della fondatezza o meno delle questioni giuridiche mediante CTU.

Inoltre, al mancato assolvimento dell’onere probatorio cui è gravata ciascuna parte ex art. 2697 c.c., e all’inerzia della stessa, non può astrattamente sopperire l’istanza, formulata da parte attrice ex art. 210 c.p.c., di emanazione di ordine di esibizione di detta documentazione, come già accennato.

I principi sulla distribuzione dell’onere probatorio sono stati da ultimo ribaditi con forza dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 17/04/2020, n.7895.

Ancora, l’onere che incombe in capo al correntista non può mai ritenersi sufficientemente soddisfatto con il solo mero, generico ed indistinto richiamo ad una consulenza di parte, specie quando essa non è notificata, neppure per estratto, unitamente all’atto introduttivo.

In particolare, l’allegazione implicita compiuta tramite il generico rinvio con l’atto di citazione alla relazione tecnica di parte non notificata è inammissibile atteso che viola il diritto di difesa del convenuto e il principio della domanda, costituendo un mero atto seriale, vale a dire valevole per qualunque situazione e cliente (Trib. Bologna 20083 del 2018).

L’indagine sarà, dunque, limitata al contratto di mutuo aziendale, unico contratto prodotto dagli attori.

3. Sulla forma scritta dei contratti bancari.

In riferimento ai contratti non prodotti non può discutersi di nullità per difetto di forma.

Si ricorda ancora che nel caso di domanda di accertamento negativo e indebito proposta dal cliente è costui a dover provare i fatti costitutivi della sua pretesa, producendo i contratti e gli estratti conto, (accertamento del debito e domanda di condanna del saldo rideterminato a proprio favore secondo la regola generale di cui all’art. 2697 c.c.).

Nel caso di specie parte attrice non ha prodotto i contratti di cui si discute.

E’ evidente, dunque, che, pacifica essendo la esistenza dei contestati rapporti contrattuali, peraltro portati in esecuzione per anni, non può neppure discutersi di nullità del contratto per vizio di forma.

La Corte di Cassazione a sezioni unite ha chiarito che il vincolo di forma è posto a tutela del cliente (nullità di protezione) e non può essere invocata tale nullità se il contratto è stato portato ad esecuzione (Cass. sez. un. n. 898 del 2018).

Peraltro, la giurisprudenza ha argomentato che l’eccezione in questione, per il contesto in cui si inserisce e per gli scopi ai quali essa tende, può finanche configurare un caso di “abuso del diritto” atteso che la previsione di nullità del contratto bancario che non rivesta la forma scritta ad substantiam poggia sull’art. 117 tub. Tale previsione, come detto, rientra fra quelle che “operano solo a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal giudice” (art. 127 tub). Si tratta di una nullità speciale di protezione, come è riconosciuto pacificamente in dottrina e giurisprudenza: la forma scritta dovrebbe assicurare la piena presa di conoscenza da parte del cliente (e non certo della banca) delle clausole e delle condizioni che vengono predisposte dalla banca nel rapporto con il cliente. E’ dunque posta a presidio dell’interesse della parte debole del rapporto bancario.

In altri termini, la nullità viene dedotta non tanto perché difetta il requisito formale a presidio del quale viene concessa la tutela nei confronti del contraente debole, ma per farla divenire strumento con il quale contestare gli aspetti del contratto bancario che non vengono reputati (per questioni diverse) legittimi. Si tratta di un eccesso di mezzo rispetto al fine, ovvero di uno sviamento dallo schema funzionale tipico per il quale viene concessa la eccezione di nullità; eccesso che configura, quindi, un abuso del diritto non meritevole di tutela.

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Avellino, Giudice Maria Cristina Rizzi del 23 marzo 2021

4. Il contratto di mutuo aziendale.

In riferimento a tale rapporto del 9.10.2013, gli attori hanno depositato solo il prospetto delle condizioni contrattuali con indicazione del Tan 9,00%, Taeg/ISC 11,70% (tasso fisso); maggiorazione per la mora del 2%; le spese sono concordate; non vi sono spese assicurative; risulta dal prospetto che il prestito è garantito da fideiussione limitata all'importo massimo di € 22.500,00 di FIDEIUSSORE.

Il prospetto è chiaro e leggibile. Il tasso soglia nel periodo di conclusione del contratto è del 17,31%, lontanissimo dai tassi pattuiti, anche includendo la mora e tutti i costi. L'usura sopravvenuta, come già detto, non è configurabile né può essere indagata.

Pertanto, va segnalato che in riferimento a tale contratto le uniche eccezioni sollevate dagli attori sono di nullità per mancanza di causa e per frode alla legge.

In particolare, la nullità è sostenuta in ragione della destinazione del mutuo al ripiano di passività pregresse.

Nella operazione di destinazione di un mutuo al ripianamento delle passività pregresse non si ravvisa alcun illecito affidamento o erogazione irregolare di somme, come sostenuto, invece, da parte attrice. La Corte di Cassazione, sin dalla sentenza del 1992, n. 11116, ritiene senza dubbio come meritevole di tutela l'interesse del mutuatario di soddisfare un pregresso debito nei confronti del medesimo mutuante o di un terzo. Inoltre, il mutuo ben può essere utilizzato per il conseguimento delle finalità più varie, ivi compresa quella del ripianamento di una passività pregressa.

Infine, quanto alla condotta della banca in violazione delle regole di correttezza e buona fede, si prende atto della rinuncia alla domanda (punto N delle conclusioni), contenuta nella comparsa conclusionale.

5. Sulle fideiussioni.

I contratti non sono in atti ed era onere degli attori produrli. Dal mutuo si desume che i fideiussori odierni attori hanno concesso fideiussione per l'importo massimo garantito di € 22.500,00.

Ma in ogni caso, dalla lettura della citazione non emerge la precisa deduzione di vizi di nullità/annullabilità afferenti i contratti in concreto pattuiti.

Va, dunque, rigettata ogni domanda.

6. Sulle spese di lite

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, così provvede:

1. rigetta ogni domanda;

2. condanna parte attrice alla rifusione in favore della banca convenuta delle spese di lite, liquidate in

complessivi € 5.000,00, oltre spese generali al 15%, cap e iva come per legge.

Così deciso in Avellino, 23.3.2021.

Il Giudice

Dott.ssa Maria Cristina Rizzi

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