

Sentenza, Tribunale di Avellino, Giudice Aureliana Di Matteo del 14.06.2021 n. 1108
www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di AVELLINO
SECONDA SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott.ssa Aureliana Di Matteo
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. xxx/2017 promossa da:

CLIENTE

ATTORE

contro

BANCA

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da fogli allegati al verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con atto di citazione ritualmente notificato parte attrice conveniva in giudizio la **BANCA** per ivi sentirla condannare alla restituzione in suo favore di tutte le somme asseritamente locupletate a titolo indebito sul conto corrente ordinario n. xxxxxxxxxx e sul conto corrente anticipi su fatture n. xxxxxxxx, per addebiti di interessi ultralegali ed ultrasoglia, capitalizzazione trimestrale degli interessi, commissione di massimo scoperto, contabilizzazione delle operazioni secondo "giorni valuta" e spese, che si assumono illegittimi.

Lamentava il cliente che la banca non aveva mai consegnato la documentazione contrattuale affermando che "la banca non ha mai consegnato alla società attrice gli esemplari dei contratti relativi ai citati rapporti, debitamente sottoscritti dalle parti".

Si costituiva la convenuta **BANCA** che impugnava e contestava le doglianze espresse in citazione, poiché inammissibili e comunque infondate, gravando sulla parte attrice la produzione in giudizio della documentazione bancaria, chiedendo il rigetto della domanda.

Alla prima udienza, tenutasi in data 19.7.2017, il precedente giudice concedeva i termini ex art. 183 VI co. c.p.c.; parte attrice non depositava la prima memoria; inoltre, con la seconda memoria istruttoria, depositata tardivamente soltanto in data 24.11.2017, produceva in giudizio i contratti di conto corrente dei quali aveva chiesto l'esibizione nell'atto di citazione.

Veniva disattesa dal precedente giudice la richiesta di nomina di un ctu contabile; la scrivente, subentrata nella trattazione della lite in fase decisionale, all'udienza del 3.2.2021 tratteneva il giudizio per la decisione con la concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c.

§ La domanda come proposta in citazione non può trovare accoglimento.

Affinché una convenzione relativa agli interessi ultralegali sia validamente stipulata, infatti, deve avere forma scritta e contenere l'indicazione della percentuale del tasso di interesse in ragione di un periodo predeterminato, ai sensi dell'art. 1284 c.c., comma 3, che è norma imperativa. Tale condizione - che, nel regime anteriore all'entrata in vigore della L. 17 febbraio 1992, n. 154, poteva ritenersi soddisfatta anche per relationem, attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obiettivamente

Sentenza, Tribunale di Avellino, Giudice Aureliana Di Matteo del 14.06.2021 n. 1108

individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse oggi può dirsi soddisfatta solo quando il tasso di interesse è desumibile dal contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all'istituto mutuante (Sez. 3, Sentenza n. 2072 del 29/01/2013, Rv. 624955; Sez. 3, Sentenza n. 12276 del 19/05/2010, Rv. 613116).

La mancanza di forma scritta per il contratto di apertura del conto corrente dovrebbe comportare la nullità dell'intero rapporto ai sensi dell'art. 117, commi 1 e 3, T.U.B. con conseguenti obblighi restitutori di tutti gli interessi percepiti, tuttavia l'omessa consegna di un documento contrattuale è un fatto che come tale va provato da chi agisce in giudizio.

Si richiama sul punto l'orientamento di legittimità, che questo magistrato condivide, a mente del quale: 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 (si veda in termini Cass. Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 33009 del 13/12/2019).

Si vuol dire che se, come nella specie, ad agire in giudizio è il cliente, è sullo stesso che incombe l'onere di provare che i pagamenti effettuati abbiano natura indebita.

In tema di ripetizione di indebito, infatti, opera il normale principio dell'onere della prova a carico dell'attore il quale, quindi, è tenuto a dimostrare sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (Cass. 27 novembre 2018, n. 30713; con specifico riguardo alla ripetizione in materia di conto corrente bancario: Cass. 23 ottobre 2017, n. 24948). Il principio trova applicazione anche ove si faccia questione dell'obbligazione restitutoria dipendente dalla (asserita) nullità di singole clausole contrattuali: infatti, chi allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell'accipiens l'azione di indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta (Cass. 14 maggio 2012, n. 7501).

Orbene, nella specie, i contratti dei quali in citazione si lamentava l'inesistenza, sono stati prodotti dalla stessa parte attrice, ma solo nella seconda memoria istruttoria da parte attrice, tardivamente depositata.

Da tale produzione emerge all'evidenza che l'eccezione di nullità per omessa sottoscrizione sia stata di fatto smentita, essendo invece prodotta la documentazione contrattuale recante la sottoscrizione di parte attrice.

Sul punto si richiama quanto precisato da Cassazione SS.UU. n. 898 del 16 gennaio 2018 riguardo al contratto monofirma, il quale ha la forma richiesta dalla legge se sottoscritto anche dal solo cliente.

Tuttavia, in disparte anche tale valutazione, non può non rilevarsi che tale produzione non è tempestiva, essendo intervenuta solo in data 24.11.2017, a fronte del secondo termine ex art. 183 c.p.c. inutilmente decorso in data 18.10.2017 (termini concessi in data 19.7.2017), né vi è agli atti una richiesta di rimessione in termini.

Si evidenzia che nell'anno 2017 la sospensione feriale era di soli 30 giorni e non già di 45, giusto Decreto Legge n. 132/2014, convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162 (G.U. 10/11/2014, n. 261), nella parte in cui ha modificato la durata della cosiddetta "sospensione feriale dei termini processuali" in seguito al quale, a decorrere dal 2015 la sospensione dei termini è stabilita dal 1° al 31 agosto di ogni anno.

Sentenza, Tribunale di Avellino, Giudice Aureliana Di Matteo del 14.06.2021 n. 1108

Non avendo la parte rispettato i termini dettati per le preclusioni istruttorie, tale documentazione non è utilizzabile ai fini del decidere, perché tardivamente prodotta, come pacificamente ritenuto dalla giurisprudenza, anche di legittimità.

Si richiama da ultimo il pronunciamento di Cass. civ. Sez. 3 - , Ordinanza n. 16800 del 26/06/2018: Ed infatti, le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel processo civile sono preordinate a tutelare interessi generali e la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene; ne consegue che l'attore deve produrre, a pena di inammissibilità, i documenti costituenti prova del fatto costitutivo della domanda entro il secondo termine di cui all'art. 183 c.p.c., fissato per l'indicazione dei mezzi di prova e le produzioni documentali, e ciò indipendentemente dalla tardiva costituzione della controparte oltre il detto termine e dagli argomenti da essa introdotti, atteso che tale circostanza non consente la remissione in termini né l'applicazione del principio di non contestazione, il quale è richiamato dall'art. 115 c.p.c. con espresso riferimento alle sole parti costituite, restando così esclusa la sua validità rispetto a quelle contumaci. Nella specie, peraltro, la parte convenuta ha specificamente contestato l'idoneità di tale produzione, poiché svincolata da idonea domanda di parte, mai precisata nella prima memoria ex art. 183 c.p.c. e dunque avvenuta in violazione delle regole del contraddittorio.

§La prova delle doglianze della società attrice, peraltro, non può essere fornita con una consulenza tecnica d'ufficio, che 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 necessitino di specifiche conoscenze, con la conseguenza che non può essere ammessa ove sia volta a ricercare la prova non prodotta da chi ne era onerato (Cassazione Civile, sentenza n. 3130/2011).

Nel caso in lite, ove nessuna sufficiente prova dell'esistenza della errata applicazione delle norme contabili è stata fornita, in difetto di specifica allegazione e prova, una c.t.u. sarebbe meramente esplorativa, dunque inammissibile.

Né può essere richiamato a sostegno del richiesto accertamento contabile il principio recentemente ribadito dalla Cassazione in tema di accertamento medico richiamato da parte attrice (cfr. Cass. 3717/2019: "al CTU è consentito anche acquisire ogni elemento utile a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, sempre peraltro che si tratti di fatti accessori 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 essere dalle medesime necessariamente provati (ex pluris: Cass. 15 aprile 2002 n. 5422) ").

Invero tale richiamata pronuncia è riferita all'esame da parte del ctu di documenti non prodotti ritualmente in giudizio in un giudizio nel quale i fatti costitutivi della domanda sono stati oggetto di prova, allorquando "i documenti, non prodotti in giudizio, esaminati dal consulente tecnico attengono ad un fatto (l'identità dei donatori delle sacche di sangue trasfuse alla signora XXX in occasione dell'intervento del 1991) accessorio, non posto direttamente a fondamento della domanda, il cui accertamento era necessario ed opportuno al fine dell'espletamento dell'incarico" (cfr. Cass. 2019 cit. in parte motiva).

Nel caso in lite, invece, i fatti che si chiede di accertare tramite un consulente sono direttamente oggetto della domanda, ma non sono stati oggetto di idonea allegazione e prova da parte della società attrice, di talché l'accertamento richiesto sarebbe meramente esplorativo.

§ Occorre ulteriormente evidenziare che in citazione parte attrice lamenta l'omessa consegna del contratto, senza provare di averne fatto richiesta e ne chiede l'esibizione in giudizio.

È principio generale che chi intenda far valere un diritto in giudizio abbia l'onere di allegare e provare i fatti posti a suo fondamento; né vi è alcuna inversione di tale onere nella normativa bancaria.

Sentenza, Tribunale di Avellino, Giudice Aureliana Di Matteo del 14.06.2021 n. 1108

Invero, l'art. 119 comma 4 d.lg. n. 385 del 1993, come sostituito dall'art. 24 comma 2 d.lg. n. 342 del 1999, riconosce al cliente il diritto di ottenere copia della documentazione relativa a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Premesso che il contratto in lite è risalente ad un periodo maggiore di dieci anni rispetto all'atto di citazione, e che dunque la banca non aveva alcun onere di conservare lo stesso, ciò che più rileva è che la mancata produzione del contratto principale non consente di vagliare le richieste attoree così come formulate.

La giurisprudenza di merito, in una ipotesi analoga a quella in lite ha chiarito che la mancata produzione, ad opera delle parti, dell'originario contratto di conto corrente bancario non può di per sé costituire motivo sufficiente per concludere che sia mancata una preventiva pattuizione per iscritto di interessi ultralegali, considerato che la banca non era tenuta a conservare oltre i 10 anni tale documento "non rivenendosi un principio in base al quale la banca sarebbe tenuta ad una conservazione illimitata delle scritture contabili contrattuali e degli estratti conto che non sono stati a suo tempo neppure oggetto di contestazione, con la conseguenza che il mancato assolvimento dell'onere della prova non può che ricadere su parte attrice." (cfr. Trib. Ravenna, 06-06-2012).

Peraltro l'ordine di esibizione di documenti ex art. 210 c.p.c. deve essere tenuto distinto dalla produzione in giudizio dei documenti di cui la parte è direttamente onerata ex art. 2697 c. c., sicché esso non può essere considerato in funzione sostitutiva dell'onere probatorio, né l'istanza di parte, cui è subordinata la possibilità di emissione del provvedimento, può avere un effetto modificativo dell'incombenza legale derivante dall'applicazione dell'art. 2697 (cfr. Cass. n. 17149 del 2008; Cass.n. 10043 del 2004; Cass. n. 9126 del 1990. Trib. Pescara 4 ottobre 2007, n. 1288), non può quindi in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante.

Invero, ai fini dell'accoglimento della domanda, la parte che agisce in giudizio per l'accertamento dell'illegittimità delle condizioni contrattuali è tenuta a dar prova della fondatezza delle proprie pretese ed, in ossequio al principio di cui all'art. 2697 c.c., ha l'onere di indicare e documentare, in sede di merito, in maniera precisa e non equivoca, la pattuizione originaria, le somme pagate ogni anno a titolo di interessi, i trimestri in cui è avvenuto il superamento, e le modalità con cui lo stesso è stato accertato (ex multis Cassazione Civile, ordinanza n. 2311/2018).

Nel caso di domanda di accertamento negativo e indebito proposta dal cliente della banca è quest'ultimo a dover provare i fatti costitutivi della sua pretesa (secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c.): quando ad agire sia il cliente, 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.

Nel caso in lite, la tardività della produzione dei contratti, unitamente alla genericità delle allegazioni non consente una valutazione critica di alcuna doglianza sollevata, che è da ritenersi, dunque, inammissibile, in difetto dell'asserzione delle previsioni eccedenti la normativa antiusura oltre che dell'allegazione della documentazione dalla quale desumere le soglie o il dedotto anatocismo.

In definitiva, rilevato che parte attrice non ha assolto al proprio onere di allegazione e prova, in assenza della produzione tempestiva della documentazione contrattuale di conto corrente in originale, assenza non imputabile alla banca, la domanda attorea risulta sfornita di alcuna verificabilità in concreto, non avendo parte attrice, che ne era onerata, prodotto la documentazione utile a sostegno della propria pretesa nei termini di legge.

A ciò si aggiunga che la genericità delle doglianze, unitamente all'omessa indicazione della posta di credito in concreto contestata, declassa a mere asserzioni le deduzioni attoree, che restano sfornite di qualsivoglia riscontro e non possono trovare accoglimento.

§ Al rigetto della domanda consegue la condanna di parte attrice alla refusione alla parte convenuta delle spese di lite, le quali sono liquidate come da dispositivo in applicazione dei parametri minimi dello

Sentenza, Tribunale di Avellino, Giudice Aureliana Di Matteo del 14.06.2021 n. 1108

scaglione di riferimento ex dm 55/2014, indeterminabile bassa difficoltà, con decurtazione della fase istruttoria, di fatto non tenutasi.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

rigetta ogni domanda.

Condanna altresì la parte attrice a rimborsare alla parte convenuta le spese di lite, che si liquidano in € 3.000,00 onorari, oltre i.v.a., c.p.a. e 15 % per spese generali.

AVELLINO, 14 giugno 2021

Il Giudice
dott.ssa Aureliana Di Matteo

EX PARTE CREDITORIS