

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLOTTI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

## Principio dell'onere di specifica e tempestiva allegazione dei fatti costitutivi della domanda

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. È stato infatti 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" ([Cassazione civile sez. I, 15.10.2014, n. 21847](#)).

## Tribunale di Monza, sezione prima, sentenza del 17.5.2016, n. 1410

NDR: in Rivista si segnala in argomento il recente [Schema: il principio della non contestazione nella giurisprudenza](#)

...omissis...

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 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).

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. Tale ordine, tuttavia, sarebbe stata finalizzato a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio 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 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.

pqm

Il Tribunale di Monza, Sezione prima civile, definitivamente pronunciando, sulla causa proposta dalla società correntista contro la Banca con atto di citazione notificato il *omissis* ogni contraria domanda ed eccezione rigettata e/o assorbita, così provvede: dichiara la inammissibilità della domanda di ripetizione d'indebito; rigetta le altre domande avanzate dalla attrice; 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.