

Domanda riconvenzionale ed onere probatorio

Qualora l'attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria ma proponga domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispettive contrapposte pretese.

Tribunale di Busto Arsizio, sezione terza, sentenza del 15.02.2018

...omissis...

Rilevato che:

in ordine all'eccezione di nullità del contratto si osserva quanto segue;

l'attore ebbe a disconoscere alla fine di pagina 1 di prima memoria i documenti della convenuta ai numeri di allegazione da 1 a 3 (contratto 12.5.2015, remunerazione e apertura credito);

per tale ragione con ordinanza datata 2.10.2017 veniva richiesto alla banca di produrre gli originali;

come da verbale d'udienza del 24.1.2018 tali originali non furono depositati;

in seconda memoria la convenuta chiedeva la verifica di tali documenti;

orbene tale ultima richiesta è inammissibile avendo più volte il giudice di legittimità affermato che la verifica può compiersi solo con gli originali dell'atto richiesto di verifica, Cass. 18 febbraio 2000, n. 1831, 29 settembre 2014, n. 20484, 26 gennaio 2016, n. 1366;

va pure detto che l'attore non indicava se la banca durante il rapporto attuava modifiche alle condizioni contrattuali ex art. 119 TUB così da poter ricavare da tali modificazioni le previsioni contrattuali;

in conclusione manca del tutto la possibilità di esaminare quali condizioni contrattuali avesse applicato la banca durante il rapporto;

l'affermazione attorea a pagina 2 di citazione che il contratto era nullo è infondata perchè l'attore riconosceva di aver intrattenuto dal 1994 rapporto di conto corrente e poichè dal 1992 tale contratto era a forma scritta (art. 3 L. n. 154 del 1992) era onere dell'attore che ha svolto la domanda di produrre il contratto ovvero indicare le ragioni per cui il contratto sarebbe stato concluso in forma verbale;

è evidente che un contratto come indicato dall'attore con il numero c/c (...) è in forma scritta e chi afferma la nullità per assenza di tale forma è tenuto a dimostrarlo, badando bene che mai l'attore ha affermato di aver concluso il contratto in forma verbale e mai ha chiarito per quale ragione il contratto in forma verbale avrebbe il detto numero;

l'attore confonde la nullità con l'onere probatorio nel senso che la nullità sussisterebbe solo ove avesse provato che il contratto era stato concluso in forma verbale ma non avendo ciò affermato resta che il contratto fu concluso in forma scritta e qui manca solo la produzione del contratto, produzione della quale era onerato l'attore;

si badi bene che onerato della produzione dei contratti era l'attore in quanto l'art. 119 comma 4 TUB pone come unico obbligo della banca di consegnare al cliente gli estratti conto dell'ultimo decennio restando così che tutta la residua documentazione va prodotta dal cliente;

per intenderci la domanda non era autosufficiente in quanto era onere dell'attore produrre i detti documenti ed, in loro assenza, è impossibile determinare ed accertare la fondatezza della domanda avendo la Suprema Corte, ex art. 118 disp. att. c.p.c., così statuito sulla autosufficienza della domanda e sul divieto di richiedere ed ordinare l'esibizione anche perchè, si ripete, unico onere della banca ex art. 118 TUB, è quello di produrre gli estratti conto dell'ultimo decennio;

la Corte di Cassazione con sentenza del 7 maggio 2015, n. 9201 ha affermato in parte motiva:

"Va premesso che la giurisprudenza di questa Corte ha costantemente ritenuto che qualora l'attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria ma proponga domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispettive contrapposte pretese.(Cass. 3374/07; Cass. 12963/05; Cass. 7282/97). In tal senso è stato altresì ritenuto che l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude ne' inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, in tal caso la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo. (Cass. 23229/04; Cass. 9099/12). In tal senso, la Corte d'appello ha ritenuto che l'onere probatorio in ordine al saldo zero gravava sugli allora appellanti ed ha ritenuto che tale prova non fosse stata fornita, per cui ha provveduto all'inizio del calcolo degli interessi dal primo estratto conto prodotto dagli appellanti risalente all'1.1.91.

Tale valutazione appare corretta";

pertanto essendo impossibile attuare il ricalcolo sulla sola base degli estratti conto non sapendosi quali fossero le previsioni contrattuali non era possibile disporre la richiesta consulenza;

si badi bene che l'attore da pagina 4 di citazione eccepiva che i tassi applicati erano usurari, che non vi era previsione determinata in contratto della commissione di massimo scoperto, che in contratto non vi era regolamentazione delle spese, commissioni, competenze e valute, di quali pattuizioni parla l'attore se non ha prodotto il contratto ed eventuali variazioni contrattuali ex art. 119 TUB;

si badi bene che la perizia prodotta dall'attore (doc. V) usa a suo uso e consumo la formula TEGM utile ai fini del calcolo del saggio usura perchè aggiunge addendi non previsti in detta formula;

per essere chiari con l'espressione usura oggettiva ci si riferisce alla formula TEGM con gli addendi lì indicati ex art. 644 comma 3 c.p. mentre con l'espressione usura soggettiva ci si riferisce alla valutazione "discrezionale" del giudice per altri interessi, commissioni e spese non previsti in formula TEGM ex art. 644 commi 4-5 c.p.;

ma in caso di usura soggettiva è necessario che la parte che l'eccepisce dimostri che il tasso d'interesse applicato era usurario indicando il parametro per tale affermazione per esempio superiore al tasso di interesse previsto per le transazioni commerciali ex D.Lgs. n. 231 del 2002 ovvero superamento dei tassi d'interesse massimi in misura considerevole non come spesso accade dello 0,01% praticati dalle banche come pubblicati da B.I.;

così l'eccezione a pagina 8 di citazione che non era stata dall'attore sottoscritta la clausola con la quale favorevolmente per il cliente veniva concesso pari diritto di trimestralizzazione ai sensi dell'art. 2 Del.CICR 9 febbraio 2000 è infondata ex se in quanto la detta disciplina non prevedeva la sottoscrizione di nulla richiedendo l'art. 7 comma 2 Del.CICR 9 febbraio 2000 solo la pubblicazione sulla G.U. e la comunicazione al cliente;

tale disposizione recita:

"Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000";

la disposizione era a favore del cliente attribuendogli il vantaggio della trimestralizzazione a suo favore e perciò non si applicava il comma 3 dell'art. 7 Del.CICR 9 febbraio 2000 citato;

pertanto la domanda va rigettata;

le spese e competenze del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano da dispositivo sulla base dello scaglione fino ad 52.000,00;

iva sulle competenze solo ove dovuta e non recuperata fiscalmente;

la sentenza è clausolata ex art. 282 c.p.c..

pqm

Il giudice del Tribunale di Busto Arsizio, definitivamente pronunciando, così provvede:

Rigetta la domanda;

zzzz a rimborsare a favore di C. spa le spese e competenze del giudizio che liquida in Euro 4mila di compenso, oltre al 15% di detto compenso per spese generali, oltre cpa ed iva ove quest'ultima dovuta;

Dichiara che la presente sentenza è provvisoriamente esecutiva.

Così deciso in Busto Arsizio, il 14 febbraio 2018.

Depositata in Cancelleria il 15 febbraio 2018.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola