



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 addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, già 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 **CHIARAVALLI** (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** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere di Stato) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Magistrato della Corte dei Conti) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (già Consigliere di Cassazione ed assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, già Magnifico Rettore, Presidente Anvur) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, già componente laico C.S.M.).

Difetto di legittimazione eccepito per la prima volta con la comparsa conclusionale: che succede?

Deve sottolinearsi che il difetto di legittimazione attiva è stato eccepito dal debitore, qui attore in opposizione, solo e per la prima volta in sede di comparsa conclusionale, con riferimento alle quali va confermato che hanno quale unica funzione quella di illustrare le ragioni di fatto e di diritto sulle quali si fondano le domande e le eccezioni già ritualmente proposte e pertanto non possono contenere domande o eccezioni nuove, che comportino l'ampliamento del thema decidendum. Quando, come nel caso di specie, ciò accade, il giudice non può e non deve pronunciarsi riguardo la nuova questione prospettata.

NDR: in tal senso Cass. n. 22970 del 2004 e n. 6858 del 2004.

Tribunale di Milano, sentenza del 15.12.2021, n. 19250

...omissis...

1. Sulla prova dei pagamenti.

Come già esposto nell'ordinanza che ha respinto le istanze istruttorie, dagli estratti conto prodotti dalla opponente (fino al 2006) risulta solo il pagamento della minor somma di €

11.760 circa; nell'atto di citazione la debitrice opponente ha elencato una serie di pagamenti successivi al pignoramento per € 195.870 circa, di cui non fornisce prova.

Come si può notare, l'elencazione è molto generica, non facendo riferimento a un numero di assegno o di operazione bancaria, né a una imputazione di pagamento.

La carenza di prova scritta sugli effettivi pagamenti, non è stata ritenuta superabile con un ordine di esibizione essendo l'onere della prova a carico del debitore.

Peraltro, il precetto oggi opposto è inferiore di circa 100.000,00 euro rispetto al primo, con conseguente riconoscimento, da parte del precettante, del pagamento della differenza.

In assenza di alcun principio di prova scritta la richiesta CTU è stata ritenuta inammissibile perché esplorativa.

2. Sulla pretesa estinzione del debito.

la documentazione prodotta dalla convenuta dimostra inequivocabilmente che con la rinuncia all'esecuzione la creditrice non ha inteso rinunciare anche al proprio credito.

In particolare risulta provato che nel corso dell'esecuzione immobiliare n. 1646/2006 sono intervenuti accordi tra le parti diretti a consentire il rientro degli arretrati al fine dell'ottenimento della remissione in bonis del mutuo (doc. 5 di parte opposta).

Peraltro, la convenuta opposta ha prodotto anche la dichiarazione di volontà della debitrice di proseguire nei pagamenti secondo l'originario piano di ammortamento (doc. 6 di parte opposta la cui autenticità della firma non è mai stata messa in discussione).

È dunque evidente che tra le parti non è intervenuto alcun accordo a saldo e stralcio e la documentazione smentisce l'affermazione della opponente che la mutuataria non avesse mai ricevuto il piano di ammortamento del mutuo.

Inoltre, smentisce l'integrale pagamento del debito sostenuto apoditticamente nell'atto di citazione.

La opponente insiste nella mancata conoscenza da parte della debitrice dell'originario piano di ammortamento, essendo quello prodotto dalla opposta privo delle firme delle parti.

Tuttavia si deve ritenere che nell'impegnarsi al regolare pagamento secondo l'originario piano di ammortamento la debitrice ne fosse in possesso, altrimenti quella sarebbe stata l'occasione per richiederlo.

3. Nullità, inesistenza, invalidità del precetto.

Per quanto attiene l'asserita indeterminatezza del credito e la mancata indicazione dei criteri di quantificazione degli interessi si evidenzia che non è necessario che tali elementi siano specificati nel precetto, ben potendo l'intimazione solo riportare la somma intimata.

L'intimazione di adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo - contenuta nel precetto a norma dell'art. 480, comma 1, c.p.c. - non richiede, quale requisito formale a pena di nullità, oltre alla indicazione della somma domandata in base al titolo esecutivo, anche quella del procedimento logico-giuridico e del calcolo matematico seguiti per determinarla.

Tuttavia la opposta ha specificato nell'atto di costituzione la composizione del credito e la convenuta non l'ha contestata nella memoria n. 1.

4. Legittimazione del creditore precettante.

Nella comparsa conclusionale, per la prima volta, la opponente eccepisce la carenza di legittimazione attiva del precettante omissis.

Deve sottolinearsi che il difetto di legittimazione attiva è stato eccepito dal debitore, qui attore in opposizione, solo e per la prima volta in sede di comparsa conclusionale. Secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, le comparse conclusionali hanno quale unica funzione quella di illustrare le ragioni di fatto e di diritto sulle quali si fondano le domande e le eccezioni già ritualmente proposte e pertanto non possono contenere domande o eccezioni nuove, che comportino l'ampliamento del thema decidendum. Quando, come nel caso di specie, ciò accade, il giudice non può e non deve pronunciarsi riguardo la nuova questione prospettata (Cass. n. 22970 del 2004; Cass. n. 6858 del 2004).

5. Sull'usurarietà.

Parte opponente, riportandosi pedissequamente alla perizia di parte prodotta, dopo aver evidenziato che, a livello tecnico, il tasso corrispettivo ed il tasso di mora hanno due funzioni e due ambiti di applicazione diversi (entrambi comunque costi), precisa che anche l'I.S.C. è una componente (in questo caso solo del tasso corrispettivo) che consente di accertare quale sia l'incidenza delle spese e delle commissioni sul capitale erogato.

Poiché l'art. 40 TUB consente alla Banca la facoltà di risolvere il contratto di mutuo, in caso di mancato pagamento di 7 rate anche non consecutive, la Banca ha due opportunità:

a. Applicare il predetto art. 40 TUB385/93 (quindi procedere alla maturazione sia degli interessi corrispettivi sia degli interessi di mora fino alla settima rata impagata e, dopo tale evento chiedere solo gli interessi di mora sul capitale - scaduto e a scadere- fino al completo soddisfacimento (strada ordinaria) b. Non applicare il predetto art. 40 TUB385/93 lasciando al cliente la possibilità di non pagare le rate a scadere e, per l'effetto, procedere al computo sia degli interessi corrispettivi sia degli interessi di mora fino all'ultima rata originariamente calcolata" (opportunità di lucro).

Poiché è la Banca a fare la scelta a seconda della situazione, quindi, la "mora" non può più essere considerata solo una "sanzione", ma diventa anche un potenziale di "lucro",

pertanto, la mora dovrà essere considerata per il solo fatto di essere stata pattuita indipendentemente dalla applicazione o meno.

Di conseguenza, sostiene l'opponente, l'Autorità Giudicante deve valutare quale sia il massimo costo potenziale (e possibile) cui il cliente potrà e/o dovrà far fronte avendo cura di calcolare anche l'eventuale applicazione della mora nella sua interezza (ed in applicazione delle condizioni originariamente sottoscritte).

L'opponente, sempre riportandosi alla perizia, espone quindi come si renda necessario esaminare il TIR, ovvero il Ta. Interno di Rendimento del finanziamento e all'esito di tale esame afferma che nel caso di specie, il tasso interno di rendimento (TIR) pari al 8,016% calcolato tenendo conto dell'effetto congiunto del tasso convenuto (TA. 3,000%) e del tasso di mora (6,200%) nonché degli oneri percentualizzati, pattuiti ab origine, supera notevolmente il tasso soglia usura come previsto ex L. 108/96 per la categoria "Mu. a tasso variabile" pari al 6,225% al momento della stipula.

In sintesi, la parte opponente, non somma i tassi (corrispettivi e di mora), ma gli interessi ipotetici che si genererebbero nel caso di mancato pagamento di tutte le rate del mutuo e successivamente ne ricava il tasso.

Tale procedimento non appare corretto: il sistema matematico adoperato per calcolare il TIR presuppone che siano noti ex ante (cioè al momento della pattuizione del tasso) tutti gli elementi necessari per effettuare il calcolo, (capitale, interessi e tempo del pagamento), cosa impossibile quando il tasso del contratto, come nel nostro caso, è variabile e non prevedibile nel caso degli interessi di mora, dal momento che non si può conoscere se e quale sarà la base di calcolo.

Ne consegue che la richiesta di accertamento della usurarietà del mutuo va respinta.

Le spese seguono la soccombenza.

Sussistono le condizioni per la condanna ai sensi dell'art. 96 co.3 c.p.c. rappresentate dalla reiterata mancata produzione documentale dei pagamenti posti a fondamento della domanda che appare essere, quanto meno sotto questo punto di vista, meramente dilatoria. Tale danno va quantificato equitativamente nella metà delle somme liquidate a titolo di spese di lite.

Sentenza provvisoriamente esecutiva per legge.

PQM

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così provvede: respinge l'opposizione a precetto; condanna parte opponente al rimborso delle spese di lite che si liquidano in € 7.795,00, oltre I.V.A. e C.P.A. e spese generali al 15%, dedotta la ritenuta d'acconto; condanna parte opponente alla rifusione del danno ex art. 96 co. 3 nella misura di € 3.897,50 - dichiara la sentenza provvisoriamente esecutiva.

COORDINATORE Redazionale: Giulio SPINA

Comitato REDAZIONALE INTERNAZIONALE:

Giovanni Alessi, **New York City** (United States of America)
Daria Filippelli, **London** (United Kingdom)
Wylia Parente, **Amsterdam** (Nederland)

Comitato REDAZIONALE NAZIONALE:

Jacopo Maria Abruzzo (**Cosenza**), Danilo Aloe (**Cosenza**), Arcangelo Giuseppe Annunziata (**Bari**), Valentino Aventaggiato (**Lecce**), Paolo Baiocchetti (**L'Aquila**), Elena Bassoli (**Genova**), Eleonora Benin (**Bolzano**), Miriana Bosco (**Bari**), Massimo Brunialti (**Bari**), Elena Bruno (**Napoli**), Triestina Bruno (**Cosenza**), Emma Cappuccio (**Napoli**), Flavio Cassandro (**Roma**), Alessandra Carafa (**L'Aquila**), Silvia Cardarelli (**Avezzano**), Carmen Carlucci (**Taranto**), Laura Carosio (**Genova**), Giovanni M. Casamento (**Roma**), Gianluca Cascella (**Napoli**), Giovanni Cicchitelli (**Cosenza**), Giulia Civiero (**Treviso**), Francesca Colelli (**Roma**), Valeria Conti (**Bergamo**), Cristina Contuzzi (**Matera**), Raffaella Corona (**Roma**), Mariantonietta Crocitto (**Bari**), Paolo F. Cuzzola (**Reggio Calabria**), Giovanni D'Ambrosio (**Napoli**), Ines De Caria (**Vibo Valentia**), Shana Del Latte (**Bari**), Francesco De Leo (**Lecce**), Maria De Pasquale (**Catanzaro**), Anna Del Giudice (**Roma**), Fabrizio Giuseppe Del Rosso (**Bari**), Domenico De Rito (**Roma**), Giovanni De Sanctis (**L'Aquila**), Silvia Di Iorio (**Pescara**), Iaria Di Punzio (**Viterbo**), Anna Di Stefano (**Reggio Calabria**), Pietro Elia (**Lecce**), Eremita Anna Rosa (**Lecce**), Chiara Fabiani (**Milano**), Addy Ferro (**Roma**), Bruno Fiammella (**Reggio Calabria**), Anna Fittante (**Roma**), Silvia Foiadelli (**Bergamo**), Michele Filippelli (**Cosenza**), Elisa Ghizzi (**Verona**), Tiziana Giudice (**Catania**), Valentina Guzzabocca (**Monza**), Maria Elena Iafolla (**Genova**), Daphne Iannelli (**Vibo Valentia**), Daniele Imbò (**Lecce**), Francesca Imposimato (**Bologna**), Corinne Isoni (**Olbia**), Domenica Leone (**Taranto**), Giuseppe Lisella (**Benevento**), Francesca Locatelli (**Bergamo**), Gianluca Ludovici (**Rieti**), Salvatore Magra (**Catania**), Chiara Medinelli (**Genova**), Paolo M. Storani (**Macerata**), Maximilian Mairov (**Milano**), Damiano Marinelli (**Perugia**), Giuseppe Marino (**Milano**), Rossella Marzullo (**Cosenza**), Stefano Mazzotta (**Roma**), Marco Mecacci (**Firenze**), Alessandra Mei (**Roma**), Giuseppe Donato Nuzzo (**Lecce**), Emanuela Palamà (**Lecce**), Andrea Panzera (**Lecce**), Michele Papalia (**Reggio Calabria**), Enrico Paratore (**Palmi**), Filippo Pistone (**Milano**), Giorgio G. Poli (**Bari**), Andrea Pontecorvo (**Roma**), Giovanni Porcelli (**Bologna**), Carmen Posillipo (**Caserta**), Manuela Rinaldi (**Avezzano**), Antonio Romano (**Matera**), Paolo Russo (**Firenze**), Elena Salemi (**Siracusa**), Diana Salonia (**Siracusa**), Rosangela Santosuosso (**Alessandria**), Jacopo Savi (**Milano**), Pierpaolo Schiattone (**Lecce**), Marco Scialdone (**Roma**), Camilla Serraiotto (**Trieste**), Valentina Siclari (**Reggio Calabria**), Annalisa Spedicato (**Lecce**), Rocchina Staiano (**Salerno**), Emanuele Taddeolini Marangoni (**Brescia**), Luca Tantalò (**Roma**), Marco Tavernese (**Roma**), Ida Tentorio (**Bergamo**), Fabrizio Testa (**Saluzzo**), Paola Todini (**Roma**), Fabrizio Tommasi (**Lecce**), Mauro Tosoni (**Lecco**), Salvatore Trigilia (**Roma**), Annunziata Maria Tropeano (**Vibo Valentia**), Elisabetta Vitone (**Campobasso**), Nicolò Vittoria (**Milano**), Luisa Maria Vivacqua (**Milano**), Alessandro Volpe (**Roma**), Luca Volpe (**Roma**), Giulio Zanardi (**Pavia**).

SEGRETERIA del Comitato Scientifico: Valeria VASAPOLLO



Distribuzione commerciale: *Edizioni DuePuntoZero*

