



L'angolo della giustizia

Sempre più numerose le controverse sentenze non sempre univoche

Un contenzioso giudiziario difficile tra banche ed imprese

di Giuseppe Magnoli

Fare oggi il punto circa i rapporti tra banca ed impresa nella prospettiva del contenzioso giudiziario è assai difficile, data la frequenza delle controversie e la non costante univocità delle decisioni.

Si possono, comunque, individuare fondamentalmente due filoni: l'uno relativo ai rapporti tra banca ed impresa dal punto di vista dell'accesso al credito, ove la banca opera in prevalenza quale finanziatrice, in senso ampio, l'altro relativo ai medesimi rapporti dal punto di vista dell'investimento, ove la banca opera quale intermediario.

Vi sono poi controversie relative ad altri rapporti che comunque alla banca fanno riferimento, da quelle in materia di fidejussioni, a quelle in materia di leasing, di factoring, ed ancora di sconto di titoli o di fatture, rapporti che, ovviamente, tutti coinvolgono in prima persona l'impresa. Le seguenti osservazioni non sono destinate all'approfondimento delle questioni in discussione, né, tanto meno, a fornire risposte chiarificatrici, ma si pongono in un'ottica, per così dire, semplicemente rappresentativa degli orientamenti prevalenti

con riguardo a taluni degli aspetti sopra cennati, e solo per quanto concerne il primo dei profili indicati.



Giuseppe Magnoli

Ciò posto, cominciamo col dire che può aversi oggi per sufficientemente consolidato l'orientamento giurisprudenziale in tema di determinazione degli interessi in misura extra-legale così come in tema di anatocismo.

A tale riguardo giova anzitutto ricordare che l'articolo 117 del testo

unico bancario (d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385) stabilisce, al primo comma, che «i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti» ed al secondo comma che «il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma»; il terzo comma aggiunge che «nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo»; il quarto comma del predetto articolo afferma che «i contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora»; il quinto comma aggiunge che «la possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificamente dal cliente»; il sesto comma prevede che «sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi,

prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati»; il settimo comma stabilisce le sanzioni connesse a tale disposizione, prevedendo che «in caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali con gli altri titoli similari eventualmente indicati dal ministro delle economie delle finanze, emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto».

L'art.117 legge 285/1993 (T.U.B.) sanziona, dunque, con la nullità tutte le clausole che per la determinazione dei tassi di interesse o di ogni altro prezzo o condizione praticati facciano rinvio agli usi, stabilendo che dette clausole si hanno per non apposte; in tale ipotesi, poiché gli interessi ultralegali devono essere pattuiti per iscritto (art.1284 cc e 4° comma citato art.117), altrimenti applicandosi il tasso sostitutivo di cui al comma 7 del citato art.117, la conseguenza è appunto quella dell'inserzione automatica della clausola di legge relativa alla misura del saggio di interesse, secondo il disposto di cui agli artt.1339 cc e 1419, cpv, cc.

Non solo: la determinazione del tasso deve essere espressa e direttamente contenuta nel contratto o nelle condizioni da esso richiamate; si ravvisa, pertanto, la necessità dell'esatta individuazione dei tassi di interesse nel contesto del contratto, senza che a ciò possa supplire la successiva comunicazione di estratti conto recanti indicazione del tasso di interesse applicato (la giurisprudenza di legittimità è oggi unanime - vedi per esempio Cass.25/02/2005 n.4095 - nell'af-

fermare la nullità degli usi piazza in tema di interessi ultralegali).

Un'ultima annotazione va fatta con riguardo al cosiddetto tasso sostitutivo: ad un'interpretazione letterale della norma, che fa riferimento ai "dodici mesi precedenti la conclusione del contratto", se ne contrappone un'altra, che, sulla base della "ratio" della disposizione, chiaramente intesa alla protezione del correntista, quale parte debole del rapporto, propugna l'applicazione, quale tasso sostitutivo, nei rapporti di durata, che non si risolvano in un'unica operazione di finanziamento, dei BOT annuali emessi nell'anno precedente a quello su cui conduce l'indagine (o, per meglio dire, assumendo quale termine di confronto quello dei BOT annuali emessi l'anno precedente la conclusione del contratto, via via adeguandone la misura all'andamento dei tassi dei BOT annuali così come modificatosi nel frattempo); tale seconda soluzione è stata accolta e fatta propria dalla Corte d'Appello di Brescia, con sentenza n.370/2007, Presidente dott.ssa Marina Dughi, Estensore dott. Gepino Rago, sulla base delle seguenti considerazioni: «...la normativa che dispone l'integrazione dei contratti, nell'ipotesi della clausola relativa alla pattuizione degli interessi, con il tasso dei BOT, è, chiaramente, una norma sanzionatoria nei confronti della banca, la cui ratio è quindi rinvenibile nella volontà di far percepire alla Banca un tasso inferiore a quello illegalmente pattuito, tasso che il legislatore ha ritenuto di individuare in quello dei BOT...»; da ciò la necessità di addivenire alla soluzione interpretativa come sopra prospettata, perché «in caso contrario si verificherebbe proprio l'effetto contrario voluto dal legislatore in quanto, in tempi di inflazione decrescente, la Banca finirebbe per percepire un tasso di interesse superiore a quello che otterrebbe normalmente,

proprio perché le sarebbero dovuti gli interessi dei BOT risalenti nel tempo»; perciò, «...considerando che la chiusura del conto avveniva ogni trimestre, si deve considerare il tasso BOT esistente all'epoca dell'entrata in vigore della L.154/92 e trimestralmente adeguato all'andamento del medesimo tasso BOT», e ciò in quanto «è vero che la legge sembra rinviare ad un tasso fisso ed immutabile e cioè a quello dei BOT "emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto", ma è anche vero che la suddetta disposizione trova una sua logica spiegazione solo nel caso in cui venga effettuata un'unica operazione, laddove, invece, si rivela incompatibile ed inapplicabile ad un rapporto di durata caratterizzato da una molteplicità di operazioni e, quindi, dalla variazione dei tassi di interesse; conseguentemente, per il periodo successivo al 7/7/1992 (data di entrata in vigore della L.152/1992) sullo scoperto di conto corrente alla Banca dev'essere corrisposto il tasso nominale minimo dei BOT annuali emessi nei dodici mesi precedenti ogni chiusura trimestrale del conto».

Quanto all'anatocismo, secondo la giurisprudenza di legittimità ormai consolidata, «in tema di capitalizzazione trimestrale degli interessi sui saldi di conto corrente bancario passivi per il cliente, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 425 del 2000, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'articolo 76 Cost., l'articolo 25, comma terzo, decreto legislativo n. 342 del 1999, il quale aveva fatta salva la validità ed efficacia - fino all'entrata in vigore della delibera CICR di cui al comma secondo del medesimo articolo 25 - delle clausole anatocistiche stipulate in precedenza, siffatte clausole, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, sono disciplinate dalla normativa

anteriore in vigore e, quindi, sono considerate nulle in quanto stipulate in violazione dell'art. 1283 cod. civ., perché basate su un uso negoziale, anziché su un uso normativo, mancando di quest'ultimo il necessario requisito soggettivo, consistente nella consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, ad una norma giuridica. Tale nullità è rilevabile d'ufficio, ai sensi dell'art. 1421 cod. civ. ... quando ... persista contestazione sul titolo posto dalla banca a sostegno della richiesta degli interessi anatocistici, rientrando nei compiti del giudice l'indagine sulla sussistenza delle condizioni dell'azione» (Cass. sent.4093 del 25.02.2005)

Le Sezioni Unite della Cassazione, con sent. n. 21095/2004 avevano in precedenza, con riferimento ai contratti di conto corrente di corri-

spondenza stipulati in data anteriore al 22 aprile 2000, ritenuto illegittima l'applicazione dell'anatocismo trimestrale degli interessi debitori da parte dell'istituto di credito, in quanto fondata su un uso negoziale, contrariamente a quanto previsto dall'art.1283 cc; avevano infatti escluso di poter ravvisare la fondazione di un uso normativo sulla base di quanto ritenuto dalla stessa giurisprudenza nel ventennio antecedente il mutamento di orientamento giurisprudenziale del '99; infatti:

a) né le norme del codice civile del 1865 né quelle del codice di commercio del 1882 potevano costi-

tuire fondamento normativo di un uso che veniva a costituire eccezione alla regola di cui all'art. 1283 cc, né, a maggior ragione, potevano ritenersi normativamente fondate le raccolte di usi e consuetudini bancarie anteriori al 1942, a meno che fossero recepite o fondate su una norma vigente;

- b) neppure le norme bancarie uniformi degli accordi di cartello bancario potevano costituire usi normativamente fondati, in quanto le prime rappresentavano mere raccolte di usi negoziali e le seconde, ai sensi dell'art. 32 della legge bancaria del 1938, dovevano essere considerati accordi volontari e liberi, pertanto inadatti a dar vita alla *opinio iuris ac necessitatis*;
- c) doveva comunque ritenersi errato il parallelo tra la normativa del conto corrente ordinario - ove agli



articoli 1823, 1825, 1831 e 1833 cc è prevista la capitalizzazione degli interessi - e quella del conto corrente bancario, data la radicale diversità dei due tipi contrattuali, che scaturisce dal fatto che:

1) le rimesse annotate sul conto corrente ordinario sono inesigibili ed indisponibili sino alla chiusura del conto, perché destinate alla compensazione con eventuali futuri crediti di controparte, mentre nel conto corrente bancario il credito risultante sulla base del saldo giornaliero è sempre disponibile;

2) mentre nel conto corrente ordinario le singole rimesse mantengono la loro individualità, in quello bancario, invece, la perdono, non dando luogo a rapporti di credito/debito autonomi, ma generando semplici variazioni del saldo disponibile.

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di merito e di legittimità (Corte d'appello di Milano sent. n. 1142/2003, Corte d'appello di Lecce sent. 13 maggio 2002 e Corte d'appello di Torino sent. 21 gennaio 2002 n. 64; Cass. sezioni unite sent. n.9653/2001, in motivazione) la nullità della clausola di anatocismo trimestrale non determina la nullità dell'intero contratto di conto corrente, ma comporta la nullità parziale del contratto ai sensi dell'art. 1419 cc, con esclusione dell'inserzione automatica di clausole contrattuali contemplanti la capitalizzazione secondo diversa periodicità, essendo l'anatocismo permesso della legge ma soltanto a determinate condizioni, in mancanza delle quali lo stesso deve ritenersi non validamente pattuito tra le parti e quindi inefficace.

In conseguenza, la problematica della nullità della clausola anatocistica riguarda in pratica esclusivamente i contratti bancari stipulati in data anteriore al 22 aprile 2000 (per quelli

successivi, ai sensi dell'art. 25 d.lgs 342/99, è infatti valida la clausola che prevede l'anatocismo sugli interessi debitori, purché con periodicità identica a quella degli interessi creditori), per i quali l'anatocismo deve ritenersi valido se decorrente dal giorno 1 luglio 2000, previo adeguamento delle disposizioni alla reciprocità dell'anatocismo tra interessi debitori e creditori.

A seguito del mutamento dell'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione in tema di validità delle clausole anatocistiche nei contratti bancari (Cass. 2374/1999 e 3096/1999), e della ritenuta nullità del rinvio agli usi di piazza (perché a carattere negoziale e non normativo), il legislatore, con l'art.25 d.lgs 342/1999 è infatti intervenuto novellando l'art.120 T.U.B., e ribadendo la validità dell'anatocismo bancario, alla condizione della medesima periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori, ed infine demandando al CICR l'incombente della determinazione delle modalità e dei criteri per la produzione degli interessi sugli interessi nelle operazioni di finanziamento attuate nel settore bancario (art.120, 2° comma, TUB, inserito dall'art.25, comma 2, d.lgs 4 agosto 1999 n.342; giova rammentare che il comma 3° del predetto art.25, il quale stabiliva che «le clausole relative alla produzione di interessi su interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, sono valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità ed i tempi dell'adeguamento. In difetto di adeguamento, le clausole divengono inefficaci e l'inefficacia può essere fatta valere solo dal cliente», è stato dichiarato illegittimo con sentenza n.425 del 9-17 ottobre 2000 della Corte Costituzionale).

Com'è noto, il CICR, con delibera 9.02.2000, ha stabilito che potesse trovare applicazione la periodizzazione trimestrale degli interessi, purché reciproca (tanto su quelli debitori che su quelli creditori), a condizione che la stessa fosse prevista in contratto.

(«art.1 Ambito di applicazione. Nelle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito poste in essere dalle banche e dagli intermediari finanziari gli interessi possono produrre a loro volta interessi secondo le modalità e i criteri indicati negli articoli che seguono.

art.2 Conto corrente.

1. Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità.

2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori.

3. Il saldo risultante a seguito della chiusura definitiva del conto corrente può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica.

...art.6 Trasparenza contrattuale. I contratti relativi alle operazioni di raccolta del risparmio e di esercizio del credito stipulati dopo l'entrata in vigore della presente delibera indicano la periodicità di capitalizzazione degli interessi e il tasso di interesse applicato. Nei casi in cui è prevista una capitalizzazione infraannuale viene inoltre indicato il valore del tasso, rapportato su base annua, tenendo conto degli effetti della capitalizzazione. Le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto.

art.7 Disposizioni transitorie.

1. Le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente

alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1 luglio.

2. 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.

3. Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela.

art.8 Entrata in vigore. La presente delibera entra in vigore il sessantesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Roma, 9 febbraio 2000»).

Pertanto, in buona sostanza:

- per i contratti stipulati in epoca anteriore, ferma l'inapplicabilità degli interessi anatocistici, per il carattere negoziale e non normativo degli usi che ne prevedevano l'applicazione, si tratta di verificare l'intervenuto adeguamento o no alla nuova disciplina, con l'introduzione del criterio della reciprocità;
- per quelli successivi, che a quest'ultima disciplina si sono pressoché tutti uniformati, non si pone alcun problema di legittimità dell'anatocismo.

Per quanto concerne la decorrenza delle valute e le modalità di calcolo degli interessi (intendendosi per giorni di valuta l'intervallo di tempo

che intercorre tra l'addebito di un assegno, bonifico o altro prelievo e l'accredito all'avente diritto, oppure fra il versamento di una somma e la data a partire dalla quale è visibile nell'estratto conto e iniziano a calcolarsi gli interessi attivi sul deposito), l'art.120 T.U.B. stabilisce che «1. Gli interessi sui versamenti presso una banca di denaro, di assegni circolari emessi dalla stessa banca e di assegni bancari tratti sulla stessa succursale presso la quale viene effettuato il versamento sono conteggiati con la valuta del giorno in cui è effettuato il versamento e sono dovuti fino a quello del prelevamento».

Trattasi di disposizione non cogente, e perciò liberamente derogabile dall'autonomia privata, salvo il rispetto degli oneri di forma posti dal sopra ricordato art.117 TUB, il quale, giova ricordarlo, sanziona con la nullità soltanto le clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizioni praticate nonché quelle che prevedono tassi, prezzi, e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. Pertanto, fermo il divieto del trattamento peggiore per il contratto singolo rispetto alle condizioni pubblicizzate, e ferma l'inammissibilità del rinvio agli usi ai fini della determinazione del contenuto negoziale, una disciplina delle valute che si discosti, anche a vantaggio della banca, purchè nei limiti di cui sopra, dal disposto di cui all'art.120, 1° comma, TUB, è legittima ove sorretta dalla forma scritta ed accompagnata dalla consegna del contratto al cliente, ed a condizione che la clausola che la prevede risulti sufficientemente chiara e specifica, non lasciando margini di dubbio in ordine alla sua applicazione; in caso contrario, e cioè ove la stessa risulti nulla per indeterminatezza, ex art.1418 cc, in combinato disposto con l'art.1346 cc, deve ritenersi applicabile la disciplina di legge,

in forza della quale deve applicarsi la valuta relativa alla data in cui la banca, rispettivamente, acquista o perde la disponibilità del denaro, sicchè gli interessi attivi decorrono dalla data in cui l'istituto bancario ha la disponibilità degli importi versati dal cliente e quelli passivi dalla data in cui l'istituto stesso ha messo le somme a disposizione del cliente. Analogamente, per quanto concerne le spese "per tenuta di conto", "per operazione", o altrimenti denominate, le stesse possono ritenersi legittime solo in quanto siano state previste in contratto e pattuite per iscritto (richiamandosi al riguardo quanto stabilito dall'art.117 TUB («sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati»); per conseguenza, in assenza di apposita pattuizione per iscritto, caratterizzata da sufficiente specificità, ovvero in presenza di clausola di mero rinvio agli usi, l'addebito per spese al correntista dovrà essere azzerato. Considerazioni analoghe a quelle svolte a proposito della disciplina convenzionale delle valute e delle spese potevano farsi, in passato, per la cosiddetta commissione di massimo scoperto.

Premesso che il fido bancario, o apertura di credito, o affidamento, è rappresentato dall'impegno assunto da una banca a mettere una somma a disposizione del cliente o ad assumere per suo conto un'obbligazione nei confronti di un terzo e che, nell'ambito di siffatto contratto di apertura di credito (fido bancario), si definisce commissione di massimo scoperto una percentuale, calcolata al tasso convenuto, sulla massima esposizione (saldo negativo) avuta sul conto corrente durante il trimestre di riferimento;

premesse ancora che detta commissione si aggiunge agli interessi con-

venzionali, trovando giustificazione in ragione del maggior rischio assunto dalla banca sulla somma massima utilizzata nel periodo, va anzitutto rilevato che, prima dell'entrata in vigore del decreto legge 29.11.2008 n.185 convertito in legge 28 gennaio 2009 n.2 - il quale, come vedremo, ha stabilito che la commissione di massimo scoperto è valida solo in relazione a sconfinamenti assistiti da fido e di durata superiore a 30 giorni - la giurisprudenza non ravvisava alcun profilo di illegittimità nella pattuizione di siffatto istituto, purchè, anche qui, debitamente sorretta da forma scritta, ritenendo, invece, invalida l'applicazione alla C.M.S. dell'interesse composto, o anatocistico (Cass.870/2006). Si riporta, al riguardo, quanto testualmente esposto nella sentenza Cass.11772/2002: «...o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi - come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate,

nel periodo considerato - che solitamente è trimestrale - e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi passivi ...o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo ... come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia del primo ottobre 1996 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso di soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve essere computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge 7 marzo 1996 n.108, ed allora dovrebbe essere conteggiata alla chiusura del conto. Nell'uno e nell'altro caso non è comunque dovuta la capitalizzazione trimestrale perché, se la natura della commissione di massimo scoperto è assimilabile a quella degli interessi passivi, le clausole anatocistiche, pattuite nel regime anteriore all'entrata in vigore della legge 154/1992, sono nulle

secondo la più recente giurisprudenza di legittimità...; se invece è un corrispettivo autonomo dagli interessi, non è ad esso estensibile la disciplina dell'anatocismo, prevista dall'art.1283 cod.civ. espressamente per gli interessi scaduti...».

Senz'altro più convincente appare la giustificazione causale dell'istituto in discorso quale contropartita per il rischio assunto per la messa a disposizione di somme a favore del correntista entro ed anche oltre il limite del fido; per ciò solo va esclusa, comunque, la stessa possibilità della reciprocità tra partite contrapposte che, a partire dal 2000, costituisce presupposto imprescindibile per la valida pattuizione di interessi anatocistici.

Giova sul punto, comunque, richiamare testualmente quanto esposto in una recentissima sentenza del tribunale di Brescia (Tribunale Civile di Brescia - Seconda Sezione Civile, Dott.ssa Lucia Cannella, Sentenza 18 gennaio 2010, n.124): «in merito il Tribunale ritiene che la commissione di massimo scoperto, laddove il conto corrente sia collegato ad un'apertura di credito, non partecipa della natura degli interessi - tanto che non a caso la Banca d'Italia, con circolare 1 ottobre 1996, intervenendo in merito alla rivelazione dei tassi di interesse per l'individuazione della soglia usuraria ha chiarito che la commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del T.E.G. (tasso effettivo globale) - sicchè alla stessa non può applicarsi il divieto anatocistico relativo ai soli interessi e dovrà calcolarsi solo alla chiusura definitiva del conto sempre che sia stata determinata specificamente e per iscritto. In caso di determinazione della medesima con il rinvio alle condizioni usualmente praticate sul mercato la stessa (v. art.7 contratto conto corrente) deve ritenersi nulla per il medesimo argomento utilizzato in ordine alla stessa clausola 7 del contratto bancario



relativamente alla determinazione degli interessi "uso piazza". Laddove, invece, il conto corrente non sia abbinato ad un'apertura di credito, allora la commissione deve ritenersi avere «natura di accessorio che si aggiunge agli interessi passivi e ripete dai medesimi la natura, cosicchè la clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale della commissione deve ritenersi nulla alla luce di quanto sopra detto».

Si riporta il testo dell'art.2 bis del decreto legge 185 citato:

«art.2 bis Ulteriori disposizioni concernenti contratti bancari.

1. Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelievo della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente, e sia specificamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento.

3. I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di con-

versione del presente contratto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo (di recesso: ndr) agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993 n.385, e successive modificazioni».

Qualche considerazione deve essere fatta anche con riguardo al tema, in qualche modo connesso e condizionato anche dalla C.M.S., dell'usura bancaria. Com'è noto, il legislatore nel 1996 è intervenuto per sanzionare la condotta di chi (banche ed operatori finanziari), a fronte di operazioni di erogazione di credito, applicasse "commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e [...] spese, escluse quelle per le imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito" (Art. 1 L. 108/96) superiori al limite determinato dall'Art 2 della L. 108/96 (c.d. Tasso Soglia Usura)".

L'art.4 della legge 7 marzo 1996 n.108 ha infatti modificato l'art.1815 del codice civile sostituendone il secondo comma col seguente: «Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi».

L'usura in conto corrente è determinata dai costi addebitati al correntista, connessi alle operazioni di erogazione del credito, ai sensi dell'art. 1, comma 3, L.108/96, "Per la determinazione del tasso d'interesse usurario si tiene conto, delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito".

Dunque, ai fini della determinazione dell'usurarietà degli interessi, non deve aversi riguardo soltanto agli "interessi" comunemente intesi quale remunerazione del capitale, ma più in generale al costo del denaro goduto, che è sì costituito dagli interessi, ma non solo da essi, costo del denaro

che, pertanto, deve essere contenuto entro il limite del Tasso Soglia Usura, determinato dal Legislatore (art. 2 L. 108/96), con il T.E.G. (Tasso Effettivo Globale), rilevato trimestralmente dalla Banca D'Italia, e pubblicato trimestralmente in G.U., aumentato del 50%: l'art.2, commi 1 e 2, della citata legge, hanno in particolare stabilito quanto segue:

«1. Il Ministro del Tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi, rileva trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993 n.385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I valori medi derivanti da tale rilevazione, corretti in ragione delle eventuali variazioni del tasso ufficiale di sconto successive al trimestre di riferimento, sono pubblicati senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale.

2. La classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è effettuata annualmente con decreto del Ministro del tesoro, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio italiano dei cambi e pubblicata senza ritardo nella Gazzetta Ufficiale», ed il successivo comma 4° ha previsto che «4. il limite previsto dal terzo comma dell'art.644 del codice penale (il quale recita: "la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari": n.d.r.), oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del

comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà».

Giova sottolineare che, mentre secondo le istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura date da Banca d'Italia a luglio 2001 la commissione di massimo scoperto (ivi definita «*come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso - che di norma viene applicato allorchè il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato periodo di giorni - viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento*») non entrava nel calcolo del TEG, e veniva rilevata separatamente, espressa in termini percentuali, siffatta esclusione non è più prevista nelle istruzioni dell'agosto 2009, laddove la Banca d'Italia ha invece previsto una disciplina transitoria, stabilendo che, nel periodo transitorio (1/7/09-31/12/09) sarebbero rimasti esclusi dal calcolo del TEG per la verifica del limite, tra gli altri, la commissione di massimo scoperto e gli oneri applicati in sostituzione della stessa, come previsto dalla legge 2 del 2009.

Quanto al presente, la materia è disciplinata, come si è visto, dal comma 2 dell'art.2 bis del predetto decreto legge 185/2008, convertito con modificazioni in legge n.2/2009, il quale dispone che «*gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazio-*

ne dell'art.1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996 n.108».

Pare opportuno un cenno finale ad alcuni aspetti, di minor rilievo, ma che tuttavia possono risultare pure di un qualche interesse: mi riferisco, in particolare, al cosiddetto *jus variandi*, agli effetti della mancata contestazione dell'estratto conto ed al diritto del correntista alla documentazione, ed infine al tema della decorrenza della prescrizione, in azione di ripetizione di indebito.

Quanto al primo aspetto, basti solo far presente che l'articolo 118 TUB, con riferimento al tema della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, stabilisce, al primo comma, che «*nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma del codice civile*» ed al secondo comma che «*qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula "proposta di modifica unilaterale contratto", con preavviso minimo di 30 giorni, in forma scritta e o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro 60 giorni. In tal caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all'applicazione delle condizioni precedentemente praticate*»; il successivo comma terzo stabilisce che «*le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente*»; il quarto comma infine precisa che «*la variazione dei tassi di*

interesse conseguente a decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente».

Quanto al secondo, l'articolo 119, in tema di comunicazioni periodiche alla clientela, stabilisce, al primo comma, che «*nei contratti di durata i soggetti indicati nell'articolo 115 forniscono per iscritto al cliente, alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta all'anno, una comunicazione completa e chiara in merito allo svolgimento del rapporto. Il CICR indica il contenuto e le modalità della comunicazione*»; il secondo comma prevede che «*per i rapporti regolati in conto corrente l'estratto conto è inviato al cliente con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile*»; il terzo comma che «*in mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi 60 giorni dal ricevimento*»; il quarto, che «*il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nella amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre 90 giorni, copia della documentazione inerente singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni*»; quanto all'onere della contestazione, è appena il caso di rilevare che per effetto della disposizione di cui al 3° comma dell'art.119 devono aversi per incontestate, e perciò approvate, le partite contabili in dare ed in avere relative a tutte le operazioni indicate negli estratti conto non opposti, con la conseguenza che nessuna contestazione può più essere sollevata al riguardo, in particolare con riferimento alla riconducibilità delle singole operazioni alla

sua sfera di determinazione, ferma restando la facoltà per il correntista - ma questa è tutt'altra questione - di sindacarne ex art.1418 cc la validità, per contrasto a norma imperativa o per altro motivo. Infatti, come rilevato dal Tribunale di Brescia, nella sopra citata sentenza 18 gennaio 2010, n.124, «per quanto attiene alla mancata contestazione degli estratti conto da parte del cliente la giurisprudenza - sia di merito che di legittimità - ha stabilito, con motivazione convincente e condivisa da questo Tribunale, che essa rileva solo ai fini del riconoscimento dei movimenti ivi documentati senza comportare alcun riconoscimento in ordine alla validità dei rapporti sostanziali a fondamento delle operazioni compiute. Più precisamente la mancata contestazione dell'estratto conto trasmesso dalla banca al cliente rende inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti unicamente sotto il profilo contabile restando impregiudicata la facoltà del correntista di contestare la validità e l'efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti che hanno dato luogo agli addebiti ed agli accrediti (Cass. sez. I civ.14.5.1998 n.4846, Cass.11.9.1997 n.8989 e da ultimo Cass. 4490/2002)».

Quanto infine, al tema della prescrizione dell'azione di ripetizione, come già chiarito nella citata sentenza del tribunale di Brescia «la giurisprudenza di legittimità ha affermato che si applica il termine decennale di cui all'art.2946 cc e non quello quinquennale di cui all'art.2948 n.4 cc (che riguarda gli interessi dovuti e non già quelli non dovuti): l'operatività della prescrizione quinquennale sarebbe, comunque, esclusa dalla stessa natura del conto corrente bancario - quale contratto di durata - ove il saldo a chiusura di ogni trimestre non comporta il frazionamento del debito in distinti rapporti obbli-

gatori trattandosi di obbligazioni unitarie con riferimento alle quali opera conseguentemente l'ordinaria prescrizione decennale (cfr tra tante Cass. 29.1.1999 n.802 e Cass. 3.2.1999 n.1110). E' stato inoltre precisato che la particolare natura del rapporto di conto corrente bancario incide sul dies a quo del termine prescrizione che comincia a decorrere dalla chiusura del rapporto perché solo il saldo finale - quale frutto di tutte le movimentazioni in dare ed avere - ha il carattere della definitività: in altri termini il rapporto, pur articolandosi in una pluralità di atti esecutivi, si atteggiava come unico ed unitario per cui è soltanto con quella chiusura che i crediti ed i debiti diventano definitivi (v. Cass.14.5.2005 n.10.127 e Cass.23.3.2004 n.5720)».

Da ultimo, quanto alla tesi, generalmente sostenuta, secondo cui non potrebbe darsi ripetizione dei pagamenti ricevuti dalla banca trattandosi di adempimento di obbligazione naturale, già nel lontano 1984 (sentenza n.2262 del 9 aprile 1984) la Cassazione aveva affermato che «il pagamento spontaneo di interessi in misura ultralegale, pattuita invalidamente, costituisce adempimento di obbligazione naturale e determina l'irripetibilità della somma così pagata, ma l'indicato presupposto non ricorre nel caso di una banca che abbia proceduto all'addebito degli interessi ultralegali sul conto corrente del cliente per sua esclusiva iniziativa e senza autorizzazione alcuna da parte del cliente medesimo»; di recente, la sopra richiamata sentenza n.370/2007 della Corte d'Appello di Brescia sul punto ha affermato quanto segue: «i presupposti giuridici per l'applicabilità dell'art.2034 cc (il cui primo comma statuisce: «non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata

eseguita da un incapace»: n.d.r.) sono i seguenti: il primo comma prevede una disposizione di carattere generico per il verificarsi della quale occorrono due presupposti:

- 1) l'adempimento spontaneo;
- 2) che l'adempimento sia stato eseguito in esecuzione di un dovere morale o sociale; il secondo comma, invece, prevede delle ipotesi tipizzate di obbligazioni naturali...; nel caso di specie, escluso che la fattispecie possa essere ricompresa nell'ipotesi di cui all'art.2034/2 cc, l'unica possibilità sarebbe quella che fosse sussumibile nel primo comma; il primo giudice ha accertato ed affermato che l'annotazione in conto non avvenne col consenso del cliente, in quanto la banca addebitò gli interessi sul conto corrente in modo unilaterale, e tale affermazione, in via di fatto, non è stata oggetto di alcuna contestazione da parte dell'appellante che adduce, a suo favore, solo argomenti di diritto; di conseguenza la doglianza deve respingersi mancando proprio uno dei requisiti giuridici per la configurabilità della soluti retentio ossia la spontaneità del pagamento».

Dunque può darsi irripetibilità dell'addebito soltanto se lo stesso è frutto, quanto meno, di accordo tra le parti, non già nell'ipotesi in cui esso derivi da unilaterale annotazione da parte della banca, difettando in tal caso il presupposto della spontaneità dell'adempimento.

Anche presso gli uffici bresciani, e da anni, si dibatte delle questioni testè illustrate; vi si sostiene, spesso, non solo la nullità delle clausole relative agli interessi ultra-legali e di quelle anatocistiche, ma pure di quelle relative alla disciplina di valute e spese e della CMS, quest'ultima non soltanto per indeterminatezza, ma anche per insufficienza della causa; è ancora di grande attualità il tema dell'usura bancaria, a proposito del quale chi scrive, muovendo

dalla considerazione della lettera dell'art.1815 cc, è orientato a recuperare una dimensione prevalentemente giuridico-negoziale della fattispecie, piuttosto che matematico-contabile; in tale prospettiva, posto che il giudice è chiamato a vagliare la validità o meno della clausola, da ciò consegue, per necessità logica, che a tale valutazione egli non debba procedere secondo il solo riscontro matematico a posteriori, trimestre per trimestre, andando a vedere – dopo - quale è stato l'ammontare degli oneri in concreto posti a carico del correntista, ma debba considerare la pattuizione a priori, riferendosi al tempo dell'accordo, e seguendo un criterio di interpretazione ed applicazione secondo buona fede degli accordi contrattuali, e perciò andando a vedere, soprattutto, quale ne avrebbe dovuto essere lo sviluppo fisiologico, sull'implicito presupposto della regolarità degli adempimenti da parte di entrambi i contraenti; pertanto, considerando che, in assenza di previsione contrattuale, lo scoperto, o, in presenza di un fido limitato, lo sconfinamento, costituiscono altrettante violazioni del programma contrattuale concordato, la commissione, ove applicata in conformità alle previsioni contrattuali, andrebbe intesa non già quale corrispettivo – e perciò da considerare ai fini della verifica circa l'eventuale superamento del tasso-soglia per l'usura – bensì, separatamente dagli interessi, semplicemente come sanzione, attribuendosi alla clausola contrattuale natura di clausola penale, in quanto finalizzata alla predeterminazione concordata del danno risarcibile. Come tale la commissione di massimo scoperto, nella sua configurazione antecedente la riforma, non rilevante ai fini del superamento del tasso soglia (se non per quanto riguarda la sua applicazione entro il limite del fido), sarebbe invece suscettibile,

ex art.1384 cod.civ, di riduzione ad equità, anche d'ufficio, da parte del giudice, ed a tale scopo oggi potrebbe tornare utile, quale parametro, proprio l'applicazione dei presupposti per la legittimità della commissione introdotti dalla disciplina sopravvenuta (con la conseguenza, per esempio, del radicale abbattimento della CMS in caso di sconfinamento per periodi inferiori a trenta giorni nell'arco del trimestre di riferimento).

Quanto alla natura delle controversie attualmente pendenti, va rilevato che, a fronte del permanere, in numero rilevante, delle azioni di ripetizione dell'indebito, sembra vi sia una progressiva diminuzione delle opposizioni ad ingiunzione, presumibilmente in ragione dello spontaneo uniformarsi, da parte degli istituti di credito, ai criteri che nel tempo si sono via via consolidati, quanto a determinazione del tasso ultra-legale, ad anatocismo ed applicazione di valute, che spesso ha indotto gli istituti stessi a depurare, in sede monitoria, dalle richieste quanto risulterebbe a tale titolo non dovuto (e ciò nell'intento, evidentemente, di dissuadere l'ingiunto dalla proposizione dell'opposizione).

Sono invece ancora abbastanza numerose le cause aventi ad oggetto rapporti iniziatisi prima delle modifiche apportate nel 2000, per i quali, ovviamente, trovano, di norma, applicazione i principi e criteri di giudizio di cui sopra.

Quanto allo svolgimento in concreto delle cause in materia, sia di quelle vecchie che di quelle nuove, il consolidarsi nel tempo degli orientamenti giurisprudenziali ha generato un progressivo spostamento di fatto del ruolo decisionale dal magistrato al consulente tecnico d'ufficio, al quale, con la formulazione ormai standardizzata dei quesiti, si assegna il compito di determinare l'effettivo ammontare del dovuto, così che il dibattito processuale tra le parti del giu-

dizio (giudice ed avvocati) di fatto in gran parte si trasferisce alle parti del contenzioso tecnico (CTU e CTP).

In tale prospettiva è bene rimarcare che, una volta scaduto il termine per il deposito della memoria istruttoria di cui all'art.183, 6° comma, n.2, cpc, si chiude la fase dell'acquisizione del materiale documentale, sicchè se ne deve ritenere preclusa l'ulteriore produzione, permanendo in capo al CTU soltanto il potere di «domandare chiarimenti alle parti», di «assumere informazioni da terzi» e di «eseguire piante, calchi e rilievi» (art.194, primo comma, cpc), ferma, comunque, la possibilità, nel quadro dell'esame contabile, di cui all'art.198 cpc, di «esaminare documenti contabili e registri», anche in ottemperanza al «compito di tentare la conciliazione delle parti»; in tale prospettiva il capoverso dell'art.198 cpc stabilisce, infatti, che «il consulente, sentite le parti, e previo consenso di tutte, può esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa» «Di essi tuttavia, senza il consenso di tutte le parti, non può fare menzione nei processi verbali o nella relazione di cui all'art.195».

Dott. Giuseppe Magnoli
Giudice presso il Tribunale di Brescia

