

2012

TRIBUNALE DI TARANTO

n. 1418

n. 3548 CRON.

n. 1760 RIF.



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE DI TARANTO,

in composizione monocratica, nella persona del Giudice unico , dr. Gianfranco COCCIOLI , Presidente della seconda sezione civile , ha pronunciato la seguente

SENTENZA NON DEFINITIVA

nella causa civile iscritta al n. 3645 del Ruolo Generale degli Affari Contenziosi dell'anno 2008- avente ad oggetto: domanda di ripetizione per versamento somme asseritamente versate in esecuzione di clausole contrattuali nulle

TRA

Ancaldo srl , Causi Alfonso , Causi Nicola , Perrone Angela ( avv. Giuseppe Cuppone )

Attori

Unciredit Banca di Roma ( avv. Giudo Pellè )

Convenuta

CONCLUSIONI

Le parti si sono riportate ai rispettivi scritti .

MOTIVI DELLA DECISIONE

La presente sentenza viene redatta senza la concisa esposizione dello svolgimento del processo e con una motivazione consistente nella succinta enunciazione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi, così come previsto dagli artt. 132 n. 4) c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., nel testo introdotto rispettivamente dagli artt. 45 e 52 della legge n. 69 del 18 giugno 2009, trattandosi di disposizioni applicabili anche ai procedimenti pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della legge (cioè il 4 luglio 2009) ai sensi dell'art. 58, 2° comma, della legge citata.

Va infine rilevato che questa causa , già assegnata a Magistrato della sezione , trasferito altrove , è stata da questo Presidente presa in carico , in aggiunta al proprio ruolo , pur non essendovi tenuto , in considerazione della grave e critica situazione economica dedotta a sostegno della istanza presentata al fine di prevenire il rischio di congelamento della causa , in attesa che altro Giudice assumesse il ruolo lasciato vacante.

*Sintetim* , la fattispecie è la seguente.

Si chiede che la banca convenuta sia condannata a restituire le somme versate dagli attori a) sulla base delle clausole contrattuali aventi per oggetto il pagamento di

interessi anatocistici , dal momento che esse sono nulle , in quanto fondate su usi negoziali e non normativi , secondo quanto precisato da orientamento giurisprudenziale , ormai pluriennale , culminato recentemente nella sentenza n. delle sezioni unite della cassazione, non rilevando al riguardo la eventuale mancata contestazione degli estratti conto , attesa l'inammissibilità della convalida delle pattuizioni nulle ; b) sulla base delle clausole prevedenti la commissione di massimo scoperto , per essere anch'esse nulle per indeterminatezza e/o per mancanza di causa ; c) in forza dell'esercizio del jus variandi , in quanto era stata imposta una variazione peggiorativa del tasso , senza accordo , unilateralmente , in aperta violazione del disposto degli artt. 117 e 118 del tub ; d) in esecuzione di un criterio di determinazione della valuta , applicato dalla banca in maniera arbitraria al solo fine di allungare il periodo del prestito e , dunque, far lievitare le somme dovute a titolo di accessori .

Precisato che dall'applicazione dei criteri di calcolo degli interessi richiamati deriva il tasso effettivo globale , chiedono gli attori che se ne tenga conto ai fini della determinazione delle somme da restituire oggetto della condanna richiesta .

Chiedono , infine, il risarcimento del danno scaturito dalla segnalazione illegittima alla centrale rischi.

La banca sostiene che : 1) i contratti stipulati sono numerosi e tutti prevedono , sulla base di pattuizioni validamente sottoscritte, il tasso di interesse intra ed extrafido , il tasso della cms , le spese e la capitalizzazione trimestrale ; 2) in ogni caso , non possono essere considerate le somme versate prima del 1998, in quanto il diritto a chiederne la restituzione è prescritto ai sensi dell'art. 2946 cc; 3) il piano di rientro , contestato dagli attori, è valido , in quanto da loro sottoscritto senza alcuna imposizione ; 4) la capitalizzazione trimestrale fu validamente sottoscritta e non è divisibile la giurisprudenza della cassazione , tenuto anche conto della delibera del c.i.r.c. ; 5) in ogni caso , andrebbe applicata la capitalizzazione annuale ; 6) pur a volere ritenere nulle le clausole dedotte , vi è la *soluti retentio* , trattandosi di obbligazione naturale; 7) non è ravvisabile alcun danno per la segnalazione alla centrale rischi, dal momento che vi era stata semplicemente la revoca dei fidi, nell'esercizio di una facoltà previsat contrattualmente .

La banca , infine, chiede la condanna degli attori, in via riconvenzionale, al pagamento della somma di euro 73.679,06 , quale saldo debitore del conto corrente n.148156 intrattenuto con la filiale di Taranto .

La causa , dopo alcune udienze , è stata assegnata a sentenza .

La domanda va accolta per quanto di ragione .

### **Eccezione di prescrizione**

*In primis*, stante il suo carattere preliminare , occorre prendere in considerazione l'eccezione di prescrizione , sollevata dalla banca.

Anzitutto , occorre sgomberare il campo dalla tesi dottrinale , del tutto infondata , a tenore della quale la prescrizione comincerebbe a decorrere dal momento in cui passa in giudicato il preliminare accertamento giudiziario della nullità della clausola .

Si dimentica , infatti , che 1) la nullità del contratto o di una sua clausola ne determina l'inefficacia ( *quod nullum est nullum producit effectum* ) , come si desume chiaramente dalla sua disciplina ( con particolare riguardo alla imprescrittibilità dell'azione , ex art. 1422 cc , , alla legittimazione ampia a farla valere, ex art.1421 cc., al regime della conversione , ex art. 1424 cc ) ; 2) ne è conferma la rilevabilità d'ufficio e la non convalidabilità del negozio nullo , ex art. 1423 cc, salvi i casi eccezionali in tema di successione e donazione, ex artt. 590 e 799cc ; 3) ne è ulteriore riscontro la natura dichiarativa della sentenza che pronuncia la nullità ; 4) quando viene pagata una somma sulla base di una clausola nulla , si ha diritto di ripeterla , come si desume dall'art.1422 cc; 5) l'accertamento della nullità , propedeutico alla configurabilità come indebito di quanto pagato in esecuzione del contratto nullo , può avvenire nello stesso giudizio promosso per l'indebito ; 6) è fisiologico che in un giudizio promosso per la ripetizione di somme non dovute si faccia questione della sussistenza o meno di un titolo che ne legittimi o meno il pagamento; 7) la norma dell'art. 1422 cc, nel dichiarare l'imprescrittibilità dell'azione di nullità , fa salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione , da ciò desumendosi che la prescrizione dell'azione di ripetizione non subisce slittamenti , ma decorre dal momento in cui è eseguito il pagamento , non dovuto , per esserne causa un contratto in tutto o in parte nullo ( o una clausola ).

Sul tema della prescrizione , di recente, è intervenuta la sentenza delle sezioni unite della cassazione (SS.UU. 2.12.2010 N.24418) , secondo cui , ove , in un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola , con la quale sono pattuiti interessi anatocistici , per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale , cui tale azione di ripetizione è soggetta , decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

Questo presidente , peraltro , con suoi precedenti provvedimenti , si era espresso in senso diverso , facendo perno sulla considerazione che l'art. 2935 cc, nel prevedere che la prescrizione comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, costituisce una regola generale , derogabile soltanto sulla base di espresse previsioni contrarie che , essendo caratterizzate da eccezionalità , sono di stretta interpretazione , ai sensi dell'art. 14 delle preleggi.

Le cause di sospensione della prescrizione , in genere derivanti dalla particolare condizione del creditore o dalla particolare sua debolezza economica rispetto al debitore , tale da potergli impedire l'esercizio del diritto , hanno carattere tassativo e , dunque, devono essere espressamente previste nel nostro ordinamento . Il loro carattere derogatorio , peraltro , come detto , ne preclude un'estensione applicativa ampia .

Nell'ambito dei rapporti bancari, non è prevista alcuna causa di sospensione della prescrizione e dunque se ne deve far decorrere il termine nel momento in cui il

pagamento viene eseguito , sorgendo immediatamente il diritto alla ripetizione delle somme anatocistiche corrisposte sulla base di una clausola nulla .

Nell'ordinanza emessa da questo giudice , si è avuto modo di precisare anche che non rilevano gli impedimenti di fatto , ma solo quelli giuridici , dalla legge individuati in una espressa previsione .

Si è anche precisato che le ipotesi in cui una disposizione legislativa sospende la decorrenza della prescrizione , perché ritiene sussistente , con valutazione discrezionale non censurabile da parte del legislatore, un impedimento all'esercizio di un determinato diritto , sono di stretta interpretazione , ai sensi dell'art. 14 delle preleggi , sicché , anche per tale ragione , non può farsene un'applicazione estensiva , fino a ricomprendervi casi non previsti .

D'altronde, la correttezza di questa esegesi è dimostrata dalla constatazione che , lì dove il legislatore non ha ritenuto di sospendere la prescrizione , pur in presenza di situazione di debolezza del creditore rispetto al contesto o all'altra parte , è stato necessario l'intervento delle corte costituzionale, come accaduto per i crediti del lavoratore subordinato in costanza di rapporto di lavoro ed in assenza di tutela reale .

Con la sentenza n.24418/2010 , le sezioni unite della cassazione hanno individuato una via mediana , fondata sulla dicotomia tra versamento solutorio e versamento ripristinatorio.

Pur confermando la costruzione che l'apercredito concreta un rapporto unitario , sicché i singoli prelevamenti e versamenti costituiscono atti esecutivi privi di autonomia , la cassazione individua una categoria di atti che , determinando uno spostamento patrimoniale attuale dal cliente alla banca , si configurano come veri e propri pagamenti .

Si tratta di versamenti che mirano (non a ripristinare la provvista in favore del cliente , nell'ambito del fido ricevuto , ma ) ad estinguere l'esposizione debitoria ultra fido , cioè quella che supera la disponibilità finanziaria messa a disposizione dall'istituto , secondo le pattuizioni contrattuali .

Sostiene la corte che non c'è pagamento quando il versamento di somme è eseguito per ripristinare la provvista messa a disposizione del cliente , perché in tal caso le somme versate non possono essere utilizzate dalla banca , tenuta a mantenere a disposizione del cliente, dietro remunerazione , un determinato importo fino alla scadenza pattuita .

Pertanto , quando ciò si verifica il cliente non si spoglia definitivamente delle somme versate , destinate invece al ripristino della provvista , con la conseguenza che soltanto alla cessazione del rapporto , chiusi i conti , è possibile verificare la sussistenza di un indebito ed il suo ammontare.

Se , invece , il versamento fuoriesce da questo schema , perché serve ad estinguere un debito extrafido , allora si tratta di pagamento che , ove indebito, perché frutto di clausole nulle , consente al cliente di chiederne immediatamente la ripetizione e dunque la prescrizione decorre a partire dal momento in cui la banca riceve la somma.

La cassazione , tra l'altro , esclude che il versamento ripristinatorio costituisca pagamento , in quanto la banca non può far sue le somme che ne formano oggetto,

ma è vincolata a tenerle a disposizione del cliente sino alla scadenza del rapporto , sicché si tratterebbe di somme inesigibili .

Va , però , rilevato che , ai sensi dell'art. 1185 cc , costituisce pagamento , in senso tecnico , anche quello fatto in costanza di termine o di condizione .

Inoltre , se prima del pagamento al cliente sono stati già applicati interessi , è evidente che la funzione ripristinatoria non si realizza appieno , perché , anche sulla base del criterio di imputazione di cui all'art. 1194 cc , la somma va a ridurre o ad estinguere il debito degli interessi e , soltanto per l'eccedenza , il capitale , con l'eventuale ripristino della provvista .

In conclusione , la tesi della cassazione , pur costituendo un passo avanti rispetto al passato, non si sottrae del tutto a considerazioni critiche .

Deve, però , rilevarsi che , pur vigendo nel nostro ordinamento il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge , è stato di recente introdotto per le sezioni semplici della cassazione l'obbligo di chiedere motivatamente la riconvocazione della sezioni unite , ove si prospetti una motivazione diversa da quelle poste a fondamento di una sentenza precedente da esse adottata.

Inoltre , la riforma dell'ordinamento giudiziario stabilisce che costituisce illecito disciplinare disattendere , naturalmente senza dimostrare di averne contezza , un precedente della cassazione.

Si tratta di un assetto normativo recente che , mirando a realizzare una maggiore certezza , per quanto concerne l'applicazione giurisprudenziale della legge , non può che essere visto con favore, dal momento che questo obiettivo asseconda un'esigenza diffusa nella società , per molto tempo sacrificata .

Pertanto , questo giudice , pur con le perplessità palesate, ritiene di doversi adeguare al *dictum* della cassazione richiamato .

Ed è appena il caso di rilevare che la corte costituzionale (Presidente Quaranta, Rel. Criscuolo) ha *dichiarato* l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 61, del decreto legge 29 dicembre 2010 n.225 ( proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011 n.10, con cui era previsto che *"In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge"* .

La corte , infatti, ha avuto modo di precisare che la disciplina, innanzitutto, viola l'art. 3 Cost., perché facendo retroagire la disciplina in esso prevista, non rispetta i principi generali di eguaglianza e ragionevolezza (sentenza n. 209 del 2010), rilevando che *"L'efficacia retroattiva della deroga rende asimmetrico il rapporto contrattuale di conto corrente perché, retrodatando il decorso del termine di prescrizione, finisce per ridurre irragionevolmente l'arco temporale disponibile per l'esercizio dei diritti nascenti dal rapporto stesso, in particolare pregiudicando la posizione giuridica dei correntisti che, nel contesto giuridico anteriore all'entrata in*

vigore della norma denunciata, abbiano avviato azioni dirette a ripetere somme ai medesimi illegittimamente addebitate.

Inoltre, afferma la Consulta, che non sono ravvisabili i motivi imperativi d'interesse generale, idonei a giustificare l'effetto retroattivo, sicché si sostiene derivarne la la violazione anche del parametro costituito dall'art. 117, primo comma della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

In conclusione, l'eccezione di prescrizione deve essere rigettata, in quanto non erano decorsi dieci anni dall'estinzione del rapporto, quando la domanda è stata proposta con citazione notificata in data 3 giugno 2008, avuto riguardo anche all'atto interruttivo del 3.4.2008, prodotto dagli attori.

Quanto ai versamenti solutori, per i quali la corte di cassazione consente la decorrenza della prescrizione dal momento del relativo pagamento indebito, rileva il tribunale che a) parte resistente non li ha allegati, comunque non ha fornito elementi per poterne desumere l'esistenza, b) è onere di chi eccepisce la prescrizione, secondo lo schema di cui all'art. 2697 cc, fornire gli elementi sui quali l'eccezione si fonda, sicché parte resistente, avendola sollevata, avrebbe dovuto indicare *nominatim* i singoli versamenti solutori, c) tale onere, invece, non risulta adempiuto.

Per completezza, occorre dire che la suggestiva tesi, a tenore della quale dovrebbe aversi riguardo alla chiusura dei conti annuali ai fini di individuare il momento di decorrenza del termine prescrizione, trascura di considerare che queste sono semplicemente operazioni contabili, nell'ambito di un rapporto unitario che perdura nel tempo.

Con la conseguenza che, secondo lo schema motivazionale della cassazione, è il momento della cessazione del rapporto che, consentendo di individuare in maniera definitiva il dare e l' avere, fa sorgere il diritto alla ripetizione delle somme eventualmente pagate in esecuzione di clausole nulle e dunque lo rende esercitabile ai sensi dell'art. 2935 cc.

### **Nullità delle clausole anatocistiche ed effetti**

Partendo dalla dedotta nullità della clausola prevedente l'anatocismo, rileva il tribunale anzitutto che la stessa banca non nega di avere applicato il meccanismo di capitalizzazione degli interessi scaduti e degli interessi sulle somme capitalizzate con periodicità trimestrale.

Invero, come si desume dalle sue difese, riportate nella parte in fatto, la convenuta per un verso contesta la tesi della cassazione, a tenore della quale l'anatocismo non può essere praticato se non sulla base di un uso normativo, inesistente in ambito bancario, e per altro verso sostiene la legittimità della capitalizzazione trimestrale.

In ciò, come è evidente, è implicito il riconoscimento che l'anatocismo, inteso come capitalizzazione degli interessi, è stato applicato (anche se si adduce a sua giustificazione l'esistenza dell'uso normativo), con periodicità trimestrale.

Inoltre, la clausola n. 7 delle norme generali, regolatrici del contratto concluso, prevede, nel suo terzo comma, che "gli interessi dovuti dal correntista all'azienda di

credito , salvo patto diverso, si intendono determinati alle condizioni praticate usualmente dalla aziende di credito sulla piazza e producono a loro volta interessi nella stessa misura” .

Infine , l'indagine svolta dalla ctu ha potuto accertare , sulla base dell'analisi degli estratti e dell'altra documentazione messale a disposizione , che la banca ha seguito la pratica della capitalizzazione degli interessi e dell'applicazione degli interessi sulla somma conseguente , con periodicità trimestrale , sull'erroneo presupposto della sussistenza di un uso normativo , quando è oramai assodato che si tratta di uso negoziale .

**Orbene** , l'art. 1283 cc stabilisce che gli interessi scaduti non possono normalmente produrre interessi , imponendo così un divieto generale di anatocismo che soffre due sole eccezioni: la prima è legata alla presentazione di una domanda giudiziale ovvero alla conclusione di una convenzione posteriore alla scadenza , purché si tratti di interessi dovuti per almeno sei mesi; la seconda invece scaturisce dall'esistenza di usi normativi che lo consentano .

Nel caso di specie , l'anatocismo è previsto da una clausola del contratto dal quale è scaturito il rapporto , risalente al 1983 .

Non ricorre , dunque , la prima eccezione , perché la pratica anatocistica non è legittimata da una convenzione posteriore alla scadenza del contratto , né e è stata chiesta la capitalizzazione con una domanda giudiziale .

La fattispecie concreta non rientra neppure nella seconda eccezione , dal momento che non esiste un uso normativo , né questo vi era al momento in cui il contratto è stato concluso .

Al riguardo , infatti, vale il profluvio di argomentazioni, precise e puntuali , sviluppate dalla cassazione , a partire dalla sua primigenia sentenza , e ribadite nella sentenza n.24418 / 2010 resa dalle sezioni unite .

Non può seriamente dubitarsi della piena fondatezza della tesi della cassazione , dal momento che le clausole anatocistiche sono frutto non della convinzione che esse siano il portato di un precetto vincolante, al quale le parti non possono sottrarsi , ma della subordinazione del cliente al maggiore potere contrattuale della banca che , quindi , le impone , pur in difetto del convincimento del cliente di esservi tenuto. L'uso cui fa riferimento l'articolo 1283 cc è per opinione indiscussa un uso normativo .

Si tratta , quindi, di una fonte di diritto , sebbene del livello più basso , secondo quanto ne dice l'art. 1 delle preleggi e la regolamentazione che ne fa l'art. 8 delle disposizioni sulla legge in generale .

L'uso è definibile quale norma non scritta che un ambiente sociale osserva costantemente nella convinzione della sua vincolatività (cosiddetta opinio iuris ac necessitatis ) .

L'uso negoziale, invece, non è fonte del diritto e si ha quando costantemente in alcuni contratti viene abitualmente inserito un certo contenuto negoziale .

Sino al 1999 , la cassazione ha ritenuto sussistente un uso normativo e quindi ha legittimato la pratica negoziale dell'inserimento della clausola anatocistica nel contratto .

Con la sentenza n. 12507/1999 , la prima sezione della cassazione , come è noto , ha mutato indirizzo , attribuendo alle consuetudini bancarie la diversa natura di usi negoziali.

In seguito a questo intervento , il decreto legislativo 342/1999 dichiarò legittime per il futuro le clausole anatocistiche , salvò quelle antecedenti e consentì l'ultrattività delle stesse se tempestivamente adeguate alle nuove regole dettate in materia con la delibera del cicr del 9 febbraio 2000.

La norma , che prevedeva la salvezza delle clausole stipulate prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo , è stata dichiarata incostituzionale con la sentenza del 17 ottobre 2000 n.425.

Con la declaratoria di incostituzionalità , è venuta meno la possibilità di compiere l'adeguamento delle clausole in maniera unilaterale.

Dunque , se è possibile per le banche , dopo il 2000, rinegoziare con i vecchi clienti le clausole che prevedono l'anatocismo , non è invece possibile una modifica unilaterale .

Va inoltre notato , poi, che , in realtà , non di adeguamento si può parlare , in quanto le vecchie clausole sono radicalmente nulle , bensì di vera e propria modifica delle condizioni contrattuali , con l'inserimento di nuove pattuizioni ; modifica unilaterale che , in deroga alle norme del codice , la delibera non poteva certo autorizzare.

Le sezioni unite, **quanto alla periodicità della capitalizzazione**, tema sul quale la difesa della banca si è molto diffusa , hanno escluso che possa essere praticata la capitalizzazione annuale , ove sia dichiarata la nullità della clausola anatocistica comportante la capitalizzazione trimestrale .

E' stato affermato, infatti , che "L'interpretazione data dal Giudice di merito all'art. 7 del contratto di conto corrente bancario, stipulato dalle parti in epoca anteriore al 22 aprile 2000, secondo la quale la previsione di capitalizzazione annuale degli interessi contemplata dal primo comma di detto articolo si riferisce solo ad interessi maturati a credito del correntista, essendo invece la capitalizzazione degli interessi a debito previsto dal comma successivo su base trimestrale, è conforme ai criteri legali di interpretazione del contratto, ed in particolare, a quello che prescrive l'interpretazione sistematica delle clausole; *con la conseguenza che, dichiarata la nullità della surriferita previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c. (il quale osterebbe anche ad un'eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale), gli interessi a debito del correntista debbono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna.*"

Per vero , anche siffatto principio è stato praticato in questa sezione , da parte di tutti i suoi Giudici , anche precedentemente alla sua affermazione ***in apicibus*** ad opera delle sezioni unite .

Si tratta , infatti, di una corretta esegesi, dal momento che , in materia di contratti , ha esclusivo rilievo la volontà delle parti , che , nell'esercizio dell'autonomia che la legge conferisce loro ( ai sensi dell'art.1322 cc) , ne determinano liberamente il contenuto , il quale , una volta così fissato , ha forza di legge , come dice l'art. 1372 , al tempo stesso enfaticamente ed icasticamente .

Ne viene che l'inserzione automatica di clausole, prevista nell'art. 1339 cc, costituisce una norma eccezionale, in quanto l'eterointegrazione del contratto che ne deriva viene ad incidere negativamente sul principio generale della riconducibilità del contratto alla esclusiva volontà delle parti, che, nei termini stabiliti dalla legge, sono libere di determinarne il contenuto. La sostituzione, dunque, può avvenire soltanto nei limiti in cui siano esistenti norme che impongono un contenuto diverso da quello voluto dalle parti. Sennonché, nel caso di specie, non ricorre tale eccezionale ipotesi, dal momento che nessuna disposizione legislativa prevede, con carattere imperativo, che, nel contratto di apertura di credito assistito da conto corrente, deve essere inserita una clausola di capitalizzazione con periodicità più ampia di quella trimestrale.

Va esclusa, dunque, qualsivoglia capitalizzazione, come del resto dimostra la circostanza che soltanto in seguito, a partire dal 2000, se ne è sancita l'operatività a condizioni di reciprocità.

L'esposta opzione esegetica appare coerente con quanto statuito dalla Suprema Corte, secondo cui *a seguito della sentenza della Corte cost. n. 425 del 2000, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 76 cost., l'art. 25 comma 3 d.lg. n. 342 del 1999, il quale aveva fatto salva la validità e l'efficacia - fino all'entrata in vigore della delibera CICR di cui al comma 2 del medesimo art. 25 - delle clausole anatocistiche stipulate in precedenza, tali clausole, secondo i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, sono disciplinate dalla normativa anteriormente in vigore e, quindi, sono da considerare nulle in quanto stipulate in violazione dell'art. 1283 c.c., 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, per la convinzione che il comportamento tenuto è giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme ad una norma che già esiste o che si reputa debba fare parte dell'ordinamento giuridico (opinio juris ac necessitatis); infatti, va escluso che detto requisito soggettivo sia venuto meno soltanto a seguito delle decisioni della Corte di cassazione che, a partire dal 1999, modificando il precedente orientamento giurisprudenziale, hanno ritenuto la nullità delle clausole in esame, perché non fondate su di un uso normativo, dato che la funzione della giurisprudenza è meramente ricognitiva dell'esistenza e del contenuto della regola, non già creativa della stessa, e, conseguentemente, in presenza di una ricognizione, anche reiterata nel tempo, rivela poi inesatta nel ritenerne l'esistenza, la ricognizione correttiva ha efficacia retroattiva, poiché, diversamente, si determinerebbe la consolidazione "medio tempore" di una regola che avrebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero creata (Cass., sezioni unite, 4 novembre 2004 n.21095; Cass., sez. I, 8 maggio 2008 n.11466).*

Pertanto, nel caso di specie: a) le clausole anatocistiche, stipulate prima del 2000, sono nulle, perché non esiste un uso normativo che possa legittimarle; b) l'adeguamento non può essere affidato, come vorrebbe la banca, alla pubblicazione sulla gazzetta ufficiale, perché ciò integra un intervento unilaterale non consentito, essendo indispensabile l'accordo con il cliente, dal quale si può prescindere nel solo

caso di peggioramento , di cui non è stata fornita la prova; c) gli aumenti del tasso , praticati dalla banca in difetto di consenso da parte del cliente , non possono conclusivamente essere considerati ai fini della determinazione delle somme da restituire .

Non coglie nel segno la tesi della banca, incline a ritenere sussistente un'obbligazione naturale , con la conseguente soluti retentio disciplinata dall'art. 2033 cc.

Come prescrive tale norma che , sia pure indirettamente, fornisce la nozione di obbligazione naturale , questa si configura quando la prestazione è eseguita spontaneamente in esecuzione di doveri morali e sociali.

Nel caso di specie , anzitutto è da escludere che il cliente versi quanto richiestogli dalla banca spontaneamente .

Invero , il rischio , immanente nell'ambito dei rapporti bancari , di subire l'esecuzione forzosa in caso di inadempimento ( evento corrispondente , peraltro , all'id quod plerumque accidit ) , rende evidente che il cliente , pur versando quanto non dovuto nella consapevolezza dell'indebito , vi è spinto ( e , dunque, costretto ) dall'esigenza di prevenire l'imminente pericolo di stasi del credito ( quasi sempre , in rapporti bancari come quello in esame , necessario all'espletamento dell'attività imprenditoriale o commerciale ) e di aggressione dei propri beni , spesso quelli strumentali all'esercizio dell'attività predetta .

E' davvero arduo , pertanto, ipotizzare , in una simile dinamica , un adempimento spontaneo , dovendosi rilevare che una congettura del genere è del tutto al di fuori della realtà e dunque presuntivamente improponibile .

Va rilevato, inoltre, che non ricorrono neppure i doveri sociali e morali , posto che le somme , delle quali parte attrice chiede la restituzione , sono frutto del pagamento in esecuzione di clausole nulle , perché contrarie a norme imperative .

I doveri sociali e morali , dunque, nel caso di specie , sono nel senso che le banche non devono inserire nel contratto clausole dalla legge considerate illecite perché frutto dell'abuso della condizione di minorità economica di chi ne è vittima .

In conclusione, gli unici doveri morali e sociali esistenti nella fattispecie sono quelli considerati dal legislatore nel momento in cui ha imposto il rispetto , a pena di nullità, delle norme che precludono la previsione contrattuale di clausole anatocistiche e di interessi al tasso ultralegale e tutte le altre dello stesso tipo, espressione di un evidente abuso dell'asimmetria del potere delle parti nell'ambito di alcuni contratti bancari .

**Nullità della pattuizione , con la quale la determinazione degli interessi superiori a quelli legali è rimessa all' uso piazza .**

Risulta, al riguardo, peculiare il riferimento alla giurisprudenza secondo cui "in tema di contratti bancari, nel regime anteriore all'entrata in vigore della disciplina dettata dalla legge sulla trasparenza bancaria 17 febbraio 1992 n. 154, poi trasfusa nel t.u. 1° settembre 1993 n. 385, la clausola che, per la pattuizione di interessi dovuti dalla clientela in misura superiore a quella legale, si limiti a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, è priva del carattere della

sufficiente univocità, per difetto di univoca determinabilità dell'ammontare del tasso sulla base del documento contrattuale, e non può quindi giustificare la pretesa della banca al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale quando faccia riferimento a parametri locali, mutevoli e non riscontrabili con criteri di certezza (...)” (cfr, in termini, Appello Bari, sez.II, 14 ottobre 2009 n.983; nonché Cass. 02/4490).

La clausola di determinazione dell'interesse ultralegale mediante riferimento al c.d. “*uso di piazza*”, contenuta nel caso di specie nell'art. 7 del contratto, è nulla ed improduttiva di ogni effetto per violazione del disposto di cui agli artt.1284<sup>3</sup> c.c., 1346 e 1418<sup>2</sup> c.c..

Infatti, premesso che gli interessi ultralegali devono essere pattuiti per iscritto, non può ritenersi rispettosa di tale inderogabile prescrizione la disposizione contrattuale che rimetta ad un momento successivo alla stipulazione del contratto la fissazione del tasso, senza neppure precisare la sua misura, ma rimettendone la determinazione ad un dato vago come l'uso.

In tal modo, infatti, oltre ad essere violata la lettera della norma prescrivente la forma scritta, non se ne osserva la ratio, che consiste nel mettere il soggetto obbligato a corrispondere gli interessi ultralegali di comprenderne la misura e di valutare *ex ante* la convenienza della pattuizione.

### **Commissioni di massimo scoperto**

Anche per quanto concerne tale istituto, in teoria occorrerebbe fare distinzione tra il periodo anteriore all'entrata in vigore del decreto legge 185/2008 e quello attuale.

Tuttavia può prescindere, avuto riguardo al fatto che con la domanda in esame i crediti a questo titolo sono maturati prima della predetta normativa.

Circa gli aspetti rilevanti, ai fini della valutazione della domanda, va anzitutto precisato che manca una definizione univoca dell'istituto, peraltro frutto di prassi bancarie non del tutto perspicue.

Peraltro, non si è alcun riscontro definitorio nel tessuto normativo bancario, sicché l'istituto non ha avuto un'applicazione univoca.

In genere, invero, tali clausole si limitano in maniera aspecifica ad indicare la percentuale di CMS relativa al conto, senza peraltro indicare *nominatim* gli importi sui quali ne va disposta l'applicazione, né il periodo della sua operatività.

Ed il caso di specie non fa eccezione, dal momento che la banca si è mossa su questo versante, rimanendo vaga sia sotto il profilo delle somme considerate ai fini della sua applicazione, sia per quanto concerne le ragioni o la causa, intesa come funzione economico/sociale dell'istituto, sia con riferimento al periodo in relazione al quale la cms è stata applicata.

Ma, al di là di tale rilievo, un dato non può disconoscersi, vale a dire che il cliente stenta a comprendere la reale entità della commissione e conseguentemente versa anche in notevole difficoltà quanto alla verifica delle modalità di applicazione di essa. Volendo sintetizzare, deve dirsi che l'indeterminatezza non consente per un verso di apprezzare il contenuto negoziale della clausola e la sua funzione e dall'altro di

2.  
individuare la causa negoziale della previsione della commissione di massimo scoperto.

Sotto il primo profilo, infatti, viene in rilievo la norma dell'art. 1346 cc che prescrive che l'oggetto del contratto, considerato elemento essenziale di esso ai sensi dell'art. 1325 n.3 cc, deve essere determinato o, per lo meno, determinabile.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418 cc, poi, è nullo il contratto che non abbia un oggetto determinato o determinabile.

Sotto il secondo profilo, in effetti non è ben chiara la funzione economico/sociale della CMS, dal momento che se essa viene applicata alle somme non sconfinanti dal fido, ne deriva la sua nullità, posto che in tal caso la CMS maschera una forma di anatocismo, in quanto essa viene applicata anche sugli interessi, i quali, in tal modo entrano a far parte della base di calcolo e sono considerati anche come capitale ai fini della determinazione degli importi successivamente dovuti a titolo di Csm.

Si tratta, cioè, di una forma surrettizia di anatocismo, subdola perché mascherata da una enunciazione o da un'esecuzione contrattuale priva di agganci esplicativi al meccanismo anatocistico.

Se, invece, la csm viene applicata alle somme sconfinanti dal fido, allora non può prescindere da una precisa previsione negoziale in grado, per la sua formulazione, di indurre il cliente ad avere perfetta conoscenza dei meccanismi di operatività della commissione, onde prevenire il rischio di subire un peso della cms con gravi pregiudizi per l'equilibrio dei suoi conti.

Nel caso concreto, come correttamente rilevato dalla difesa di parte attrice, la commissione di massimo scoperto è stata applicata dalla banca nel corso dell'esecuzione del contratto, in mancanza di una previsione contrattuale coerente con le regole codicistiche in punto di determinazione o determinabilità dell'oggetto, secondo quanto desumibile dal combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, dal cui assetto normativo si ricava la comminatoria di nullità dei contratti o delle clausole sdi essi con oggetto non determinato, né determinabile (per quanto concerne, posizioni giurisprudenziali analoghe, v., *ex multis*, Trib Milano sent. 4.7.2000; trib Lecce sent. 22.02.2005; corte di appello di Lecce 22.10.2001; trib. Lecce sent. 422 del 6 marzo 2006).

### **Illegittimo esercizio del jus variandi delle condizioni economiche**

Dall'indagine peritale si è potuto appurare che la banca ha praticato tassi effettivi diversi e superiori rispetto a quelli previsti.

Essendone derivata una variazione peggiorativa del tasso unilateralmente, senza cioè un preventivo accordo tra le parti, come detto, vi è stata violazione degli artt. 117 e 118 del tub.

### **Calcolo del teg**

Su questo versante, vi è stato aspro dibattito tra ctp e ctu.

rilevarsi che sono coforte le richieste del ctu . Al riguardo vanno fatte le seguenti precisazioni .

1) Se non può negarsi che la legge 108/1996 non si esprime in ordine alla metodologia di calcolo del teg , non può neppure sottacersi che , come esattamente rilevato dal ctu " **la formula scientifica che interpreta il dettato normativo è la formula inversa dell'interesse semplice , poiché la normativa statuisce che per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni , remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese , escluse quelle per imposte e tasse , collegate alla erogazione del credito**" ... **Pertanto , il tasso applicato dalla banca deve necessariamente essere il risultato , in funzione al tempo , di tutto quanto viene corrisposto a fronte di un capitale preso a credito;**

2) La norma vincolante per il giudice , dunque , quella che detta la regola alla quale occorre attenersi nella determinazione del teg , è non la circolare della banca D'Italia , ma la disciplina recata dalla legge n.108/1996( cosa che non è sicuramente sfuggita al ct di parte , né a *fortiori* al difensore ) ;

3) È appena il caso di rilevare , infatti , che il giudice è soggetto solo alla legge ( art. 101 , secondo comma , della Costituzione ) , sia nel senso che non deve travalicarla , sia nel senso che essa soltanto lo vincola , sicché va escluso che possa darsi peso a circolari , ancorché emesse dalla banca d'Italia , in presenza di un dettato normativo contenuto in una legge ordinaria , alla quale è tenuto a dare esecuzione anche la banca d'Italia , essendo la legge , nella gerarchia delle fonti , poizore rispetto alla circolare che , pur dettando regole all'interno di un comparto , ha natura amministrativa , e non essendo previsto dalla legge , che attribuisce alla banca di Italia il potere di interloquire in materia , la possibilità che essa possa derogare ai criteri sopra richiamati , fissati dalla legge statale;

4) Queste elementari nozioni , dunque , portano a ritenere fondata la valutazione del ctu , il quale correttamente , attenendosi al dettato normativo , a tenore del quale "**per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni , remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese , escluse quelle per imposte e tasse , collegate alla erogazione del credito**" , è pervenuto a determinare le somme contestate dal ct di parte ;

5) Nelle pagine 13 e 14 delle integrazioni del ctu in data 16 settembre 2011 , si precisano le ragioni per cui non ha fondamento il rilievo del ct di parte , secondo cui non sarebbero stati mai superati i tassi soglia , e si evidenzia , sulla base dei documenti presi in esame evidenti errori in cui è incorso il ct di parte , che , per vero , mai ha risposto ai controrilievi del ctu in maniera circostanziata e specifica;

6) Va rilevato inoltre che la Cassazione , con un recente arresto (sez. II penale , sent. N. 46669 del 19 dicembre 2011 , pres. Esposito , est. Chindemi ) , ha avuto modo di precisare , superando un precedente orientamento contrario (Cass. 26.11.2008,n. 8551), che , in tema di usura , ai fini della valutazione dell'eventuale carattere usurario del tasso effettivo globale di interesse (TEG) praticato da un istituto di credito , deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto praticata sulle operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile (Sez. 2, Sentenza n. 28743 del 14/05/2010 Ud. (dep. 22/07/2010) Rv. 247861 ; Sez. 2,

Sentenza n. 12028 del 19/02/2010 Cc.(dep.26/03/2010)Rv.246729).  
La norma di cui all'art. 644 c.p. configura una norma penale in bianco il cui precetto è destinato ad essere completato da un elemento esterno, che completa la fattispecie incriminatrice giacché rinvia, al fine di adeguare gli obblighi di legge alla determinazione del tasso soglia ad una fonte diversa da quella penale, con carattere di temporaneità, con la conseguenza che la punibilità della condotta non dipende dalla normativa vigente al momento in cui viene emessa la decisione, ma dal momento in cui avviene l'accertamento, con esclusione dell'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole. (cfr Sez. 3, Sentenza n. 43829 del 16/10/2007 Ud. (dep. 26/11/2007) Rv. 238262; Sez. 1, Sentenza n 19107 del 16/05/2006 Ud. (dep. 30/05/2006) Rv. 234217 Sez. 3<sup>^</sup>, 22 febbraio 2000 n. 3905, rv. 215952; Sez. 3<sup>^</sup>, 23 aprile 1986 n. 5231, rv. 173042). Si è così stabilito che , per la messa a disposizione fondi, le penali e gli oneri applicati nel caso di passaggio a debito di conti non affidati o negli sconfinamenti sui conti correnti affidati rispetto al fido accordato entrano a far parte dell'indicatore del costo del credito, ai fini della verifica della usurarietà del tasso di interesse praticato .

#### **Inefficacia del piano di rientro .**

Va escluso che vi si possa attribuire l'efficacia confessionaria prospettata dalla banca.

Invero, pur a voler prescindere dalla genericità delle indicazioni circa l'origine del credito al quale vi è cenno nel relativo atto , deve rilevarsi che si tratta di determinazione negoziale che , mirando a dare conferma a clausole nulle , dalla cui esecuzione il credito che ne è oggetto scaturisce , è evidente che si tratta di atto inammissibile , come recita l'art. 1423 cc , a mente del quale non è ammissibile la convalida di un negozio nullo .

Non è ravvisabile neppure un negozio abdicativo del diritto alla ripetizione dell'indebito , perché a tal uopo sarebbe stata necessaria una precisa indicazione in grado di far desumere che la parte volesse rinunciare a farla valere. h

Di ciò , invece, non vi è traccia , mentre si coglie esclusivamente il proposito dei sottoscrittori , esposti con la banca, di evitare di perdere la liquidità e di subire l'esecuzione in loro danno.

#### **Infondatezza dell'istanza di risarcimento danni per segnalazione alla centrale rischi.**

Tale domanda non può essere accolta , perché non vi è stata la dimostrazione del fatto, anche perché la documentazione prodotta con la comparsa conclusionale , oltre ad essere tardiva e pertanto non acquisibile, non comprova in maniera chiara e circostanziata l'assunto .

Inoltre , è dirimente che gli attori non hanno dimostrato i danni da risarcire. E' , infine, appena il caso di rilevare che tali oneri erano a carico di parte attrice , ai sensi dell'art. 2697 cc. g

### Esigenza di approfondimenti peritali

Il ctu ha determinato le somme , a suo dire , dovute , ma non sono ben chiari gli snodi e i vari passaggi , anche perché i quesiti che gli furono formulati risentivano di una diversa impostazione tecnico-giuridica , giustificata anche dal fatto che un assetto più definitivo alla materia è stato dato , al livello esecutivo-applicativo , dalla sentenza della cassazione a sezioni unite , sopra richiamata .

Inoltre , vanno svolti precisi accertamenti in merito alla domanda di riconvenzionale spiegata dalla banca .

La decisione delle questioni sopra indicate , peraltro , può essere funzionale all'avvio di un più concreto percorso di conciliazione anche da parte della banca .

Al ctu, sulla base delle precisazioni contenute in questa sentenza parziale , vanno dati i quesiti di cui all'ordinanza che verrà emessa per la prosecuzione del giudizio.

Le spese saranno regolate in sede di decisione conclusiva del giudizio .

Ptm

Non definitivamente pronunciando nella causa in oggetto, così provvede:

- 1) Rigetta l'eccezione di prescrizione ;
- 2) dichiara la nullità delle clausole anatocistiche;
- 3) dichiara la nullità della clausola di determinazione degli interessi superiori al tasso legale rimessa all'uso piazza;
- 4) dichiara la nullità delle clausole aventi per oggetto la previsione della commissione di massimo scoperto ;
- 5) dichiara illegittima la variazione in *pejus* delle condizioni economiche ;
- 6) dichiara illegittimo il calcolo del teg praticato dalla convenuta;
- 7) dichiara privo di incidenza ed efficace il piano di rientro ;
- 8) dichiara il diritto degli attori alla restituzione delle somme versate in esecuzione delle clausole nulle e delle pratiche di cui ai punti che precedono 9) dispone , come da separata ordinanza, per quanto concerne la prosecuzione della causa e per gli ulteriori accertamenti relativi ai punti da assodare ( determinazione esatta delle somme in favore degli attori, sulla base delle decisioni di cui ai punti che precedono , e verifica del credito vantato dalla banca ed oggetto di condanna chiesta in via riconvenzionale ).

Taranto , 27 giugno 2012

Il presidente est. dott. Gianfranco Coccioni



( sentenza depositata in data 27 giugno 2012 in causa nella quale l'estensore è subentrato nel maggio 2010 )

DEPOSITATA OGGI

28.6.12

NELLA

CANCELLERIA DEL TRIBUNALE DI TARANTO

IL FUNZIONARIO RESPONSABILE

(Paolo ROLLA)

