

N. R.G. 72/2008



TRIBUNALE DI SPOLETO
Sezione Civile

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice del Tribunale di Spoleto, dott. Luca Marzullo, in funzione di giudice monocratico, all'esito della discussione orale e sulle conclusioni precisate nel verbale che precede, pronuncia a norma e nelle forme dell'art. 281 *sexies* c.p.c. la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. **R.G. 72/2008** tra

....., in persona del legale rappresentante *p.t.*,
Rappresentato e difeso dall'avv. Emanuele Argento e ed elettivamente domiciliato
presso lo studio del difensore, sito in giusta delega in atti;

Attore

CONTRO

CASSA in persona del suo legale rappresentante *p.t.*;
Rappresentata e difesa dall'avv. ed elettivamente domiciliata in
..... giusta delega in atti;

Convenuta

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La società si è
rivolta a questo Tribunale rappresentando:
- di aver intrattenuto presso la società convenuta, filiale di due distinti rapporti, il n.
1095 ed il n. 1096, utilizzati nella propria attività commerciale;
- di aver richiesto, avendo iniziato a nutrire dubbi circa la correttezza delle condizioni contrattuali
applicate, copia di tutta la documentazione afferente tali rapporti ma che detta richiesta è rimasta
priva di riscontro;
- che i sig.ri avevano rilasciato una garanzia fideiussoria a fronte della
concessione di una nuova linea di credito e che, nonostante ciò, la convenuta aveva chiesto ed



ottenuto tre distinti decreti ingiuntivi, che avevano dato luogo a tre distinti giudizi di opposizione dinanzi a questo Tribunale;

- di aver fatto condurre una analisi economica dei rapporti oggetto di causa, da cui era risultato un credito a favore del correntista, pari ad € 62.658,08, dovuto alla indebita applicazione della clausola anatocistica, del cd. delta interessi, alla illegittima applicazione della commissione di massimo scoperto e costi non pattuiti non ch  all'applicazione di interessi usurari.

Quindi, ripercorsa, in punto di diritto, la condotta della Banca e tratteggiati i contenuti delle illegittimit  negoziali riscontrate, parte attrice ha chiesto in questa sede l'accertamento di tali illegittimit  e la condanna della Banca convenuta alla restituzione dell'importo di € 62.658,08, oltre il risarcimento del danno quantificato in € 25.000,00.

1.1. Si   costituita la Banca la quale, dopo aver ripercorso i rapporti bancari fra le parti (con indicazione di circostanze, per vero, prive di rilevanza nel caso di specie), ha contestato la fondatezza delle deduzioni evidenziando:

- che la clausola anatocistica sarebbe stata validamente pattuita;
- che, analogamente, doveva ritenersi per la clausola relativa alla commissione di massimo scoperto;
- che graverebbe sulla parte attrice l'onere di allegare e provare il superamento dei tassi soglia.

Ha quindi rappresentato che, anche riconoscendo un credito per l'indebita applicazione di interessi anatocistici, lo stesso ammonterebbe alla somma di € 4.559,52 e non certo alla somma richiesta dall'attrice.

1.2. La causa   stata trattata con lo scambio delle note di cui all'art. 183, c. 6, c.p.c. ed inizialmente istruita dando ingresso alle prove orali richieste dalle parti.

Il procedimento  , quindi, giunto dinanzi lo scrivente per la prima volta all'udienza del giorno 8 aprile 2014; quindi, presa contezza dell'esito negativo del tentativo di una composizione bonaria della lite, per il raggiungimento del quale erano stati disposti alcuni rinvii dell'udienza, il procedimento   stato istruito mediante lo svolgimento di un accertamento tecnico, teso a verificare l'esatta estensione dei rapporti di dare ed avere tra le parti.

All'esito, la causa   giunta all'udienza odierna, ove le parti hanno precisato le conclusioni ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c.

2. La domanda di parte attrice   fondata nei sensi e nei limiti di cui si dir .

Prima, tuttavia,   bene svolgere alcune considerazioni – che fungeranno da premessa metodologica di quel che si dir  nel prosieguo – concernenti le regole di governo in tema di riporto dell'onere probatorio e, per l'altro, la tipologia di azioni esperibili.

Orbene, va doverosamente premesso che la giurisprudenza della Corte di Legittimit  ha costantemente ritenuto che qualora l'attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria ma proponga domanda



riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, *ambidue le parti* hanno l'onere di provare le rispettive contrapposte pretese (Cass. 3374/07; Cass. 12963/05; Cass. 7282/97; di recente, cfr. Cass. civ. sez. I, 7 maggio 2015, n. 9201).

A ben guardare, ed in via di estrema sintesi, non si tratta altro che fare applicazione ai consueti principi in tema di riparto dell'onere probatorio di talché colui il quale affermi in giudizio l'esistenza di un proprio diritto è tenuto altresì ad allegare i fatti costitutivi su cui detta pretesa si fonda, non subendo deroghe la consueta articolazione delle regole di riparto dell'onere probatorio, in ragione della (peraltro solo apparente: su tale aspetto *infra*) *natura negativa* dei fatti dedotti.

Sicché, affermata in giudizio l'illegittimità delle condizioni contrattuali che regolamentano un rapporto contrattuale, è precipuo onere di chi tale aspetto deduca, allegare i fatti costitutivi che fondano la pretesa, principiando dal regolamento contrattuale impugnato.

Per completezza espositiva si osserva, ancora che quanto sopra non è certo, di poi, smentito da quanto affermato da Cass. civ. 12 dicembre 2014, n. 26158: è ben vero che ivi si legge che, ancorché la causa venga introdotta nelle forme di una azione di accertamento negativo, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ. l'onere di provare i fatti costitutivi di un diritto grava sempre su colui che se ne afferma titolare ed intenda farlo valere (Sez. 3, Sentenza n. 26158 del 12/12/2014, Rv. 633786).

Ma è altresì vero che detto precedente fa riferimento e ha ad oggetto la posizione del creditore che escuta una polizza fideiussoria; è evidente, senza che ciò determini alcuna deroga all'art. 2697 c.c., che in quella situazione sia il creditore tenuto a provare i presupposti per l'operatività della garanzia ed il proprio conseguente diritto ad escutere la polizza.

Ancora una volta, giova ribadire, si tratta di far semplice applicazione del principio di diritto per cui in tema di riparto dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava sempre su colui che si afferma titolare del diritto stesso ed intende farlo valere, ancorché sia convenuto in giudizio di accertamento negativo (Sez. 6 - L, Ordinanza n. 16917 del 04/10/2012, Rv. 624120).

Il principio di diritto al quale lo scrivente intende uniformarsi e dare convinta continuità è quello secondo nei giudizi in cui il correntista agisca in via preventiva per la restituzione degli interessi anatocistici, ultralegali, usurari o comunque (come nel presente caso) per l'accertamento di addebiti illegittimi effettuati sul conto, l'onere della prova ricade per intero a suo carico, secondo il principio generale per il quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento mentre chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.



Conseguentemente è onere dell'attore produrre i documenti contrattuali nonché gli estratti di conto corrente dai quali desumere le somme che egli assume illegittimamente pagate alla banca e delle quali rivendica la restituzione.

2.1. Tale principio, come sopra detto, ha trovato autorevole recente conferma in una pronuncia resa in relazione alla questione dell'onere della prova del saldo zero in un'azione di accertamento negativo laddove la Corte di Cassazione (nella sentenza sopra richiamata) ha affermato che chi esperisce una azione di accertamento negativo deve fornire la prova della fondatezza della propria domanda e che pertanto è onere del correntista fornire (anche) l'estratto conto zero, dovendosi altrimenti correttamente porre a base dell'istruttoria il primo estratto conto in atti.

Come detto, il richiamato principio, infine, subisce una deroga (ma in verità solo apparente) nelle ipotesi in cui (i) il correntista deduca che non è stato stipulato alcun rapporto contrattuale ed in quelle in cui (ii) il medesimo correntista, ancorché attore in senso formale e sostanziale, sia destinatario nel medesimo giudizio di una domanda riconvenzionale tesa ad ottenere la condanna al pagamento dell'eventuale saldo negativo portato dal conto corrente: in tali casi, nell'ipotesi da ultimo considerata graverà, come detto, su entrambe le parti, offrire la prova dell'esistenza dei fatti costitutivi adottati e, dunque, la Banca convenuta (ma attrice in riconvenzionale) dovrà provare i fatti costitutivi della propria pretesa per come esercitata mentre nell'ipotesi *sub (i)* sarà onere dell'Istituto che affermi l'avvenuta stipulazione per iscritto del contratto offrirlo in produzione, non potendo in tal caso gravare sul correntista la prova di un fatto – questo, sì – negativo.

Tale passaggio offre la stura per un'ulteriore considerazione.

Non può certo condurre a differente conclusione la pronuncia n. 13533/2001 in punto di vicinanza della prova e del riparto dell'onere della prova allorché vengano in rilievo *fatti negativi*.

Ciò in quanto, in siffatta tipologia di azioni non viene certo in rilievo un problema di prova della “non esistenza” del credito (l'ipotetico fatto negativo) bensi il differente profilo della nullità di determinate condizioni contrattuali per effetto delle quali il credito in ipotesi vantato sarebbe destinato a ridursi o addirittura ad azzerarsi.

2.2. Peraltro, si osserva che è stato altresì ritenuto che l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto “fatti negativi” tutte quelle volte in cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui; tuttavia, in tal caso la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo. (Cass. 23229/04; Cass. 9099/12).



Del resto, il fatto che tali doglianze, ove fondate, possano determinare una riduzione od un azzeramento del saldo passivo di conto corrente – in sintesi, una “non esistenza” del credito che costituirebbe il teorico fatto negativo – non muta il fatto che il *thema probandum* di tali giudizi continua ad essere rappresentato dall'illiceità delle condizioni contrattuali, cioè a dire un fatto positivo e, come tale, rimesso alla disponibilità del cliente/correntista che non è certo estraneo al rapporto contrattuale contestato.

3. Così ricostruito il quadro degli oneri probatori, nel merito è possibile osservare quanto segue.

Come ricordato, parte attrice si duole della violazione della disposizione in tema di anatocismo, nonché dell'illegittima applicazione della clausola relativa alla commissione di massimo scoperto; lamenta, altresì, la nullità delle condizioni contrattuali concernente spese ed oneri applicati, ma non pattuiti, nonché la violazione della normativa in tema di usura.

Sotto il profilo documentale, oggetto di indagine sono stati due distinti rapporti, il n. 1095 ed il n.1096.

Entrambi aperti in data 25 novembre 1993, il primo è stato chiuso in data 19 gennaio 2006 mentre il secondo è stato chiuso in data 11 aprile 2003.

Dalla documentazione contabile, si ricava che per il rapporto di conto corrente n. 1095 si era previsto un tasso creditore pari al 2,00%, un tasso debitore per apertura di credito pari al 17,50% e analoga percentuale era prevista in caso di scoperto di conto.

Si era quindi prevista una commissione di massimo scoperto pari allo 0,250 nonché spese di tenuta conto e spese di operazione.

Ancora, si era prevista una differente periodicità per la capitalizzazione degli interessi.

Le stesse identiche condizioni contrattuali assistevano il contratto di conto corrente n. 1096, in relazione al quale, è bene precisare sin da ora, non si è registrata la necessità di procedere ad una rideterminazione del saldo di conto corrente atteso che il relativo saldo è rifluito nel conto corrente n. 1095, sul quale, in definitiva, è andato ad incidere.

Ancora, sotto il profilo documentale, sono stati prodotti gli estratti conto ed i relativi scalari in relazione all'intero periodo di vigenza contrattuali di entrambi i rapporti ad eccezione del solo anno 1995.

In detta evenienza, pertanto, correttamente il CTU ha comunque tenuto conto dell'incremento di passività documentato in relazione ad entrambi i rapporti (e pari a £ 27.165.600 con riferimento al rapporto n. 1095 e £ 43.006.310 con riferimento al rapporto 1096): ciò in quanto in presenza del cd. “estratto conto zero” è possibile comunque procedere alla ricostruzione del rapporto nonostante l'assenza di un singolo segmento della produzione contabile che era preciso onere del correntista, attore formale e sostanziale, produrre nella sua interessezza.

3.1. Orbene, tanto evidenziato circa il materiale a disposizione, nel merito delle singole deduzioni, si evidenzia quanto segue.



Per vero, costituisce oramai circostanza acquisita al dibattito giurisprudenziale quella per cui con delibera CICR 9/2/2000 (applicabile al presente contratto *ratione temporis* e, sicuramente, sino al 31.12.2013) è stato disposto, in relazione ai contratti di conto corrente, all'art. 3, che nell'ambito di ogni singolo conto corrente debba essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori.

In particolare, l'art. 120 cpv. T.U. bancario, introdotto dall'art. 25 co. 2 del d. lgs. 4.8.1999 n. 342 e vigente fino al 31.12.2013, ha previsto che il CICR stabilisca «modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori».

Con ciò è stata introdotta nell'ordinamento una norma di rango primario, evidentemente in deroga all'art. 1283 c.c., che consente l'anatocismo nei limiti e secondo le modalità previste dalla fonte secondaria autorizzata (deliberazione del CICR) e alla condizione della pari periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori quando si tratti di operazioni in conto corrente.

Al riguardo, l'art. 7 della delibera CICR 9.2.2000, dedicato ai contratti già in essere alla data di entrata in vigore della delibera, ha previsto in via transitoria che «...Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30/6/00, 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 30/12/00.

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

In generale, invece, per i contratti di nuova conclusione, l'art. 6 ha previsto che «...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 infrannuale 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...».

In sostanza, tanto per le modifiche peggiorative (per cui non è sufficiente il mero dato della pubblicazione in gazzetta ufficiale) quanto per i nuovi contratti è necessario che la clausola contenente la capitalizzazione degli interessi sia approvata per iscritto e che ciò avvenga mediante la specifica approvazione per iscritto (art. 6 e art. 7 co. 3) della clausola, mediante sottoscrizione *ad hoc* ai sensi dell'art. 1341 c.c.; ciò, così venendo alla deduzione difensiva della convenuta, rende privo di qualsivoglia rilievo l'adeguamento alla decreto interministeriale che non sia passato per il tramite di una nuova pattuizione.



Orbene, il contratto di conto corrente prodotto in atti del 25 novembre 1993 reca, come detto, la clausola anatocistica, sprovvista della identica periodicità di capitalizzazione degli interessi, difettando, come peraltro notato anche dal CTU, alcuna altra pattuizione successiva.

Da qui l'esclusione di ogni forma di capitalizzazione: ed infatti, a tal riguardo, giova dare continuità all'orientamento giurisprudenziale secondo cui in tema di controversie relative ai rapporti tra la banca ed il cliente correntista, il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente e negoziato dalle parti in data anteriore al 22 aprile 2000, il giudice, dichiarata la nullità della predetta clausola, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c., **deve calcolare gli interessi a debito del correntista senza operare alcuna capitalizzazione** (cfr. *ex plurimis* Sez. 1, Sentenza n. 17150 del 17/08/2016, Rv. 641046 - 01).

È dunque evidente che ciò abbia comportato la necessità di rideterminazione del saldo.

3.2. Peraltro, è appena il caso di notare che tale situazione ha reso priva di una concreta rilevanza la circostanza del riscontrato superamento del tasso soglia.

Ed infatti tale indagine, condotta dal CTU con l'osservanza, coerentemente con le indicazioni proprie del quesito, delle istruzioni della Banca d'Italia, ha, sì, fatto emergere il superamento del tasso soglia in determinati trimestri (sempre riconducibile alla variazione del tasso di riferimento e solo in un caso ad una modifica unilaterale delle condizioni), ma ciò è stato sovente privo di alcuna rilevanza in considerazione del fatto che per effetto del citato ricalcolo del saldo per effetto dell'espunzione della componente anatocistica, lo sfioramento del tasso si è avuto in trimestri che sono successivamente diventati a credito.

È, dunque, per completezza espositiva che si osserva la correttezza delle determinazioni del CTU, anzitutto, nell'osservanza delle istruzioni della Banca d'Italia.

In verità, la disciplina relativa all'usura è posta da una fonte legislativa primaria, ricavata dagli articoli 644 c.p. e 1815 c.c., che demanda alla fonte sublegislativa secondaria del Decreto Ministeriale, emanato sulla base delle rilevazioni della Banca d'Italia, l'individuazione del TEGM (Tasso Effettivo Globale Medio, in base al quale viene poi fissato il tasso usurario), e quindi della soglia di usurarietà per ciascuna operazione e per ciascun periodo trimestrale di rilevamento.

Ne consegue che dette istruzioni, oltre a rispondere alla elementare esigenza logica e metodologica di avere a disposizione dati omogenei al fine di poterli raffrontare, hanno anche natura di norme tecniche autorizzate e che è innegabile che le stesse siano autorizzate dalla normativa regolamentare e siano necessarie al fine di dare uniforme attuazione al disposto della norma primaria di cui all'art. 644, comma 4, c.p., proprio ove si pensi che la questione del computo nel TEG delle commissioni, remunerazioni e spese collegate all'erogazione del credito richiede necessariamente l'esercizio di discrezionalità tecnica per la definizione della relativa formula matematica sicché a tal fine la scelta operata dalla Banca d'Italia appare



del tutto congrua e ragionevole nell'ambito della ricordata discrezionalità (cfr. Trib. Milano sez. VI, 01 ottobre 2015 in www.iusexplorer.it);

Altro, invece, è discorrere della valenza delle attività e delle direttive della Banca d'Italia, anche in tema di TAEG, relativi alla segnalazione dei tassi poi utilizzati per l'emaneazione dell'atto normativo secondario consacrato nel decreto ministeriale trimestrale, per le quali dette istruzioni non rivestono la qualifica di normatività i presupposti dell'attività di rilevazione.

A riguardo è appena il caso di osservare che la rilevazione del TEGM, sulla base delle Istruzioni della Banca d'Italia, e la determinazione del TEG della singola operazione creditizia, ai fini della verifica di legalità, sono due operazioni distinte, rispondenti a funzioni diverse e aventi a oggetto aggregati di costi che, seppure definiti con un criterio omogeneo (interessi commissioni spese collegate all'erogazione del credito), non sono perfettamente sovrapponibili.

Funzione del TEGM, e quindi delle Istruzioni della Banca d'Italia, è infatti ai sensi dell'art. 2 legge n. 108 (cfr. tra molte Cass. pen. 18.3.2003 n. 20148) quella di fotografare l'andamento dei tassi medi di mercato, praticati da banche e intermediari finanziari sottoposti a vigilanza (comma 1), distinti per classi omogenee di operazioni *«tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie»* (comma 2) al fine di determinare e rendere noto alla generalità di banche e intermediari *«il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari»*.

Tuttavia, risponde ad evidenti regole di matematica finanziaria l'impossibilità di rapportare al tasso soglia, che è determinato in base a determinate regole e criteri di analisi, aggregati di costo determinati consapevolmente prescindendo da quegli stessi elementi che, invece, non concorrono a formare il primo: si opererebbe un raffronto tra voci non più omogenee

Al contempo, è corretta la determinazione del CTU di procedere ad una rideterminazione dei rapporti in caso di accertato sconfinamento del tasso soglia operando una riconduzione del tasso entro i limiti della soglia, in caso di sconfinamento in costanza di rapporto ed eliminando il tasso applicato unicamente in caso lo sconfinamento sia conseguenza di una modifica unilaterale del rapporto, equiparabile ad una nuova pattuizione.

3.3. Sono di contro da disattendere le doglianze riferite alla indebita applicazione di tassi di interesse in misura ultralegale nonché alla applicazione di voci non pattuite avendo il CTU riscontrato nel proprio conteggio – ed avendone fatto coerente applicazione – lo sviluppo del rapporto conformemente al tasso di interesse pattuito ed alle spese ed oneri previsti contrattualmente.

Sicché sono assolutamente coerenti e condivisibili le determinazioni del CTU in punto di rideterminazione del saldo, ossequiose dei principi di diritto sopra richiamati e trasposti nel quesito assegnato.



4. Con riferimento alla Commissione di Massimo Scoperto, siano consentite alcune notazioni di carattere generale.

In generale, deve rilevarsi che, dovendosi fare riferimento al periodo anteriore all'entrata in vigore del decreto legge 185/2008, la mancanza di una definizione univoca della CMS aveva determinato una conseguente differente applicazione della stessa nelle differenti banche. In particolare, in relazione alla definizione della CMS operata dalla Banca d'Italia (la CMS costituisce il corrispettivo della banca a fronte dell'onere di tenere a disposizione del cliente una determinata somma nell'ambito di un contratto di affidamento), si deve rilevare che la CMS è legittimamente applicabile solo alla commissione di affidamento e non certo alla commissione sullo scoperto, dato che è prospettabile uno "scoperto" (ossia un extrafido) solo fuori dei limiti dell'affidamento. Tuttavia, la prassi bancaria aveva applicato tale onere non già sulla parte di fido inutilizzata, bensì, al contrario, sul massimo importo utilizzato "intra fido", sebbene le clausole relative alla CMS, presenti nei contratti bancari, si limitassero genericamente ad indicare la percentuale di commissione di massimo scoperto applicata al conto, senza specificare su quali importi e per quali periodi venisse applicata.

È noto il dibattito sorto con riferimento alla denunciata illiceità di tale pattuizione, sotto il duplice profilo della nullità per assenza di causa e per indeterminatezza dell'oggetto.

Come si diceva, nella tecnica bancaria la commissione di massimo scoperto viene comunemente definita la remunerazione accordata dalla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del cliente: infatti, quando la banca concede un "fido" deve predisporre una disponibilità finanziaria, indipendentemente dall'effettivo prelevamento di somme.

La commissione di massimo scoperto viene di norma applicata nelle aperture di credito in conto corrente, ma è anche utilizzata nei cc.dd. affidamenti occasionali, quali scoperti e sconfinamento senza fido. Sicché, anche dal punto di vista economico, la commissione di massimo scoperto andrebbe a remunerare non il finanziamento (e quindi l'erogazione di credito), bensì il servizio di "pronta disponibilità" della somma per provvedere alle mutevoli necessità finanziarie del cliente in funzione del fido concesso.

Non era infrequente, peraltro, che nella pratica operativa le banche commisurassero la commissione di massimo scoperto non già all'importo affidato, ma allo scoperto massimo di conto corrente verificatosi nel periodo di riferimento.

Proprio in ragione di tali modalità di calcolo, la commissione di massimo scoperto è (era) assimilata ad un (ulteriore) costo sopportato per l'erogazione del credito, e quindi agli interessi passivi, anche se potrebbe ritenersi che tale modalità di calcolo abbia rilievo solamente ai fini contabili, ma non anche sotto il profilo giuridico-causale, che permane quello della remunerazione per la messa a disposizione dei fondi.

Da ciò, come noto, il sorgere di due opposti orientamenti.



Una parte della giurisprudenza ha ritenuto tale commissione compatibile con l'esercizio dell'autonomia contrattuale delle parti, «a condizione che le stesse abbiano previsto espressamente modalità obiettive per assicurarne la conoscibilità e determinabilità» (Trib. Novara 16 luglio 2010), precisando, al contempo, che la commissione di massimo scoperto, in ragione della sua natura e della sua funzione, «non può, a differenza dell'anatocismo, in alcun modo essere considerata una componente del tasso di interesse o una modalità di calcolo dello stesso» (Trib. Salerno 1. giugno 2009) o, ancora, che le clausole in questione sono valide «solo se costituenti l'utilizzo, da parte del cliente, di importi superiori al credito a sua disposizione» (Trib. Teramo 18 gennaio 2010), potendosi la commissione ritenersi sorretta da una causa lecita solo in relazione allo scoperto del conto, di talché «non sussistendo, entro il limite del fido, per definizione uno "scoperto" e potendo riconoscersi validità alle clausole contrattuali che prevedano "commissione di massimo scoperto" solo se costituenti corrispettivo per l'utilizzo, da parte del cliente, di importi superiori al credito a sua disposizione», dovrebbe ritenersi illegittima la clausola che ponga a carico del cliente il pagamento di una somma, a tale titolo, da calcolarsi anche su importi entro il limite del fido (Trib. Mondovi 17 febbraio 2009, in Giur. Merito, 2009,4, 973).

Altra impostazione giurisprudenziale ha affermato la nullità *tout court* della clausola prevedente la commissione di massimo scoperto, «non trovando essa alcuna giustificazione causale, né quale corrispettivo per un servizio prestato al cliente, né quale remunerazione per il denaro prestato, essendo tale funzione già assolta dalla corresponsione, degli interessi» (Trib. Salerno 12 giugno 2009; v. anche Trib. Monza 7 aprile 2006; Trib. Lecce 11 marzo 2005).

In tal guisa, la commissione di massimo scoperto nella sua forma di onere aggiuntivo da pagarsi in percentuale sul picco massimo dello scoperto nel periodo di riferimento, si sostanzia in un ulteriore e non pattuito addebito di interessi corrispettivi rispetto a quelli convenzionalmente pattuiti per l'utilizzazione dell'apertura di credito, e come tale la relativa clausola deve considerarsi priva di causa, ed è quindi nulla.

4.1. La materia, in verità, è stata oggetto di regolazione legislativa da parte dell'articolo 2 *bis* della legge 28 gennaio 2009 n. 2 di conversione in legge con modificazioni del Decreto Legge 29 novembre 2008, n. 185 ove si delineano due distinte fattispecie negoziali e di commissioni, la prima denominata, appunto, *commissione di massimo scoperto*, che è legittima solo se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo pari o superiore a 30 giorni e può essere calcolata entro i limiti dell'utilizzo dell'apertura di credito concessa; la seconda tipologia denominata invece *corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme*.

Tale disciplina normativa, ove la si interpreti alla stregua di una ricognizione della realtà di fatto esistente nell'ambito bancario, potrebbe indurre, per il passato, a superare l'obiezione rivolta contro la commissione di massimo scoperto, quale usualmente applicata dalle banche, cioè quella dell'assenza di causa, ora invece individuata dalla legge e descritta dalla norma citata come una remunerazione per



l'erogazione del credito che si aggiunge agli interessi passivi ed è calcolata sul saldo massimo effettivamente utilizzato dal cliente in un certo arco di tempo, purché entro i limiti dell'apertura di credito concessa.

Ad ogni buon conto, tale norma, che ha avuto il pregio di definire legislativamente per la prima volta l'ambito applicativo di tale clausola e, soprattutto, i presupposti di validità, è stata successivamente abrogata dall'art. 27 comma 1, D.L. n. 1/2012 convertito nella Legge n. 27/2012.

Tale previsione è stata, quindi, modificata dall'art. 1, comma 1 *bis*, D.L. 24 marzo 2012, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 maggio 2012, n. 62 con cui il Legislatore ha stabilito, a pena di nullità relativa della clausola apposta in violazione, che «...I contratti di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate. L'ammontare della commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i conti correnti, non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente...»; a sua volta «...a fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento...».

In buona sostanza, solo con l'entrata in vigore del nuovo art. 117 *bis* D.Lgs. n. 385/93, si è provveduto a disciplinare per il futuro una clausola di fatto sostitutiva della "commissione di massimo scoperto", definita "commissione onnicomprensiva" e "di istruttoria veloce" a fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido concesso, stabilendo requisiti specifici ed assolutamente precisi in assenza dei quali la clausola è affetta da nullità.

4.2. Orbene, entrambi i rapporti di conto corrente sono sorti e si sono sviluppati in epoca ben antecedente alla normativa sopra richiamata.

In entrambi i contratti, i contraenti avevano previsto una commissione di massimo scoperto di 0,250 a valere sia in caso di apertura di credito sia in caso di scoperto di conto corrente: null'altro.

Ed allora, osserva il Tribunale, anche a voler superare, per le ragioni che si sono sopra esposte, la nullità della clausola per carenza di causa, non v'è chi non veda che la stessa sia nullità per l'indeterminatezza del suo oggetto non essendone in alcun modo chiarito la modalità applicativa e su quale importo la stessa avrebbe trovato applicazione.

Ed infatti, in tema di conto corrente bancario, le clausole di commissione di massimo scoperto debbono ritenersi nulle per indeterminatezza dell'oggetto, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1346 e 1418 c.c., quando recano solo il valore percentuale della commissione rispetto allo scoperto del conto e la periodicità di calcolo, senza alcuna specificazione sul concreto meccanismo di funzionamento della commissione (cioè se la clausola di massimo scoperto vada riferita al montante utilizzato o alla provvista



accordata, ovvero se l'indicata percentuale debba riferirsi al momento di punta massima dello scoperto ovvero a un periodo più prolungato di un certo numero di giorni di tale scoperto, ovvero ancora alla media dello scoperto distribuito su più giorni, etc.), così da risultare pattuite in modo insufficientemente determinato e quindi difforme da quanto previsto dall'articolo 1346 del codice civile, non consentendo al correntista di comprendere il concreto criterio di computo della commissione, il suo funzionamento e lo specifico impatto sui saldi trimestrali di chiusura periodica del conto corrente bancario. Alla nullità della clausola di commissione di massimo scoperto consegue l'epurazione dal saldo debitorio degli addebiti di conto corrente generici effettuati dall'istituto bancario a tale titolo.

Ne consegue che anche tale voce dovrà essere presa in considerazione ai fini del ricalcolo del saldo.

5. A tal riguardo, si osserva che il CTU, con una indagine di assoluto rigore scientifico e, dunque, attendibile nelle conclusioni raggiunte che, pertanto, possono agevolmente essere poste a fondamento della presente decisione, ha, per un verso, operato la ricostruzione del materiale documentale in maniera del tutto lineare con quella sopra indicata.

Quindi, sulla scorta del materiale in atti, il CTU ha ricostruito i rapporti di dare ed avere, evidenziando correttamente:

- che è stata eliminata la componente anatocistica;
- che ciò ha reso concretamente privo di una reale incidenza pratica la violazione delle disposizioni in tema di usura, i cui sconfinamenti sono stati caratterizzati da un effetto del tutto marginale, andando ad incidere su un saldo divenuto passivo;
- che, per il resto, sono state applicate le condizioni contrattualmente previste in punto di interessi e spese.

A ciò deve aggiungersi, per le ragioni appena dette l'esclusione della commissione di massimo scoperto.

Alla luce del quadro descritto dal CTU, indubbiamente esaustivo per lo sforzo ricostruttivo da questi svolto, è stato possibile determinare **il credito dovuto dall'istituto bancario per effetto della rideterminazione del saldo di conto**: alla luce di quanto sopra, infatti, ritenuta la nullità della clausola di capitalizzazione degli interessi e della commissione di massimo scoperto nonché per violazione della normativa in tema di usura, deve riconoscersi in favore del correntista un credito restitutorio pari ad € 55.559,30,

6. Infondata, è invece la pretesa risarcitoria in relazione alla condotta posta in essere dall'istituto, non risultando specificamente né allegati né provati i fatti costitutivi della relativa pretesa risarcitoria.

7. Le spese di lite seguono la soccombenza, risultando comunque un saldo a credito in favore del correntista; le stesse sono liquidate tenuto conto del valore della controversia e dell'assenza di particolari questioni in punto di fatto e di diritto.

Lo stesso criterio governa la regolamentazione delle spese di CTU.



P.Q.M.

Il Tribunale di Spoleto, definitivamente pronunciando sulla causa di cui in epigrafe, ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- **In parziale accoglimento** della domanda **condanna** Cassa *_____* in persona del legale rappresentante al pagamento della somma di € 55.559,30 in favore della società *_____* oltre interessi dalla domanda al saldo;
- **Condanna** parte convenuta al pagamento delle spese di lite che liquida in € 340,00 per spese ed in € 5.456,00 per compensi professionali oltre rimborso forfetario ed accessori di legge;
- **Condanna** parte convenuta al pagamento delle spese di *_____* per come liquidato con separato decreto.

Spoleto, li 20 giugno 2017

Il Giudice
(dott. Luca Marzullo)

IL CASO.it

