

**IL CONTENZIOSO CON LE BANCHE
LA PROVA
E
LA CONSULENZA TECNICA
dott.ssa Maria Teresa Onorato**

PREMESSA. QUADRO DELLE FONTI NORMATIVE

La censura della illegittimità degli interessi capitalizzati trimestralmente (in base a previsioni contrattuali fatte oggetto di specifica impugnazione) si pone, nella pratica applicativa forense, o in sede di opposizione a decreto ingiuntivo o per le azioni definite “in prevenzione” (rispetto alla richiesta della banca di recupero del credito), in relazione alle quali viene, altresì, proposta domanda restitutoria a mente dell’art. 2033 c.c..

Nell’uno e nell’altro caso in relazione a questa censura il Giudice si avvale dell’ausilio di un consulente in materia contabile.

I quesiti riguardano, *in primis*, la verifica di cui sopra sotto l’aspetto della capitalizzazione trimestrale; della sostituzione con la capitalizzazione annuale o con la capitalizzazione semplice, a seconda dell’opzione interpretativa prescelta; della verifica della conformità dei tassi alle rilevazioni trimestrali di quella soglia; dell’accertamento degli importi effettivamente dovuti *inter partes*

Tutto ciò si connette all’evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha riguardato la questione, alla quale occorre, dunque, fare un sia pure sintetico cenno.

Conviene specificare che il panorama normativo in materia è fortemente condizionato dalle fonti di origine comunitaria. Esso si articola come di seguito:

- Direttiva del Consiglio n. 89/646/CEE del 15.12.1998 sul “Coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l’accesso all’attività degli enti creditizi ed il suo esercizio e D.Lgs 14.12.1992, n. 481 di attuazione;
- Legge 142/1992 nella parte relativa all’attuazione delle Direttive comunitarie in materia di credito al consumo e di raccolta del risparmio;
- Legge 287/1990 recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”;
- Legge sulla trasparenza in materia bancaria n. 154 del 17.02.1992;
- Testo Unico in materia bancaria e creditizia n. 385/1993 che ha abrogato la legge 154/1992 a far data dall’1.01.1994, artt. 115 – 120, con le modifiche introdotte dal D.Lgs 342/1999 (art. 25, sulla cui costituzionalità si è pronunciato la Corte delle leggi con sentenza 425 del 17.10.2000);
- Delibera CICR del 9.02.2000, in vigore dal 22.04.2000;
- Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e legge 52/1996 di attuazione che ha introdotto gli artt. 1469 *bis* e segg. c.c.;
- Legge 108 del 7.03.1996 recante disposizioni in materia di usura;

- Legge n. 24 del 28.02.2001 di conversione del D.L. 29.12.2000, n. 394 e sentenza della Corte Costituzionale n. 29 del 25.02.2002;
- Artt. 1283, 1284, 1831, 1832, 1815, 1852-1857 c.c..

L'ONERE DELLA PROVA

L'ALLEGAZIONE

Omessa ogni considerazione di ordine più strettamente giuridico, sia sufficiente dire che anche in questa materia deve trovare applicazione il principio per il quale l'onere della prova compete a colui che afferma il diritto del quale chiede riconoscimento, con la conseguenza che quest'ultimo cadrà sull'istituto bancario, ove esso abbia dato impulso all'azione con un ricorso per decreto ingiuntivo ovvero al cliente se agisce ai sensi dell'art. 2033 c.c..

Sovente i clienti, anche quando assumono la veste di attori, non hanno disponibilità della documentazione contabile quanto meno per l'intero periodo di svolgimento del rapporto ed è assai dubbio che il Giudice possa colmare la carenza istruttoria con esercizio di poteri officiosi.

Per rendere possibile l'esercizio del diritto di difesa e stabilire la sostanziale parità di armi processuali tra i contraddittori è stato fatto sovente ricorso all'istituto dell'ordine di esibizione che il codice di rito prevede all'art. 210 c.p.c..

Per casi simili gli istituti di credito convenuti ai sensi dell'art. 2033 c.c. oppongono giustificate resistenze, assumendo che detta documentazione dovrebbe essere nella disponibilità di controparte in quanto destinataria delle scritture e degli estratti con la periodizzazione prevista in contratto.

La giurisprudenza in alcuni casi ha sì considerato come l'attore sia onerato della prova dell'avvenuto pagamento delle poste contese; del collegamento causale del pagamento suddetto con una causa illecita e dell'inesistenza della *causa debendi* (fatti cd. Principali), ma ha anche rilevato come detta prova possa essere fornita anche con l'allegazione di fatti contrari a quelli posti a fondamento della pretesa dell'assunto creditore (che il pagamento ha movimentato) fino a sostenere, in alcuni casi, ammissibile finanche il ricorso alla presunzione.

Inoltre, a suffragare il ricorso all'istituto in commento vi sarebbe anche un riferimento alla norma sostanziale dell'art. 119 D.Lgs 385/1993. In altre parole, la pretesa del cliente ad ottenere dall'istituto bancario la consegna di copia della documentazione relativa alle

operazioni dell'ultimo decennio, previsto dal comma 4 dell'art. 119 D.lgs citato, si configura come un diritto sostanziale, la cui tutela sarebbe ammissibile anche con il ricorso allo strumento cautelare innominato ed atipico ed a quello monitorio (nei quali casi, per altro, è indifferente l'utilizzazione che il cliente intende fare della documentazione suddetta).

Per similitudine, allora, dovrebbe consentirsi che una simile istanza sia contenuta – anche eventualmente in forma di ordinanza ex art. 186 *ter* c.p.c. – in un giudizio ordinario di cognizione con il solo limite della necessità ed indispensabilità all'esercizio del diritto inerente il rapporto contrattuale dedotto in giudizio (in argomento, Cassazione civile, I sezione, 19 ottobre 1999, n. 11733; Cassazione civile, sez. lav. 25 maggio 2004, n. 10043; Cassazione civile, I sezione, 8 settembre 2003, n. 13072).

Condivisibile è l'ideale trasposizione sul piano processuale della norma sostantiva dell'art. 119, comma 4, al pari della necessità che della stessa sia data interpretazione alla luce del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (Cassazione civile, I sezione, 12 maggio 2006, n. 11004), purché il cliente – attore abbia, con la sua richiesta, fornito al Giudice e, tramite il decidente, alla banca gli elementi minimi indispensabili per consentirle l'individuazione dei documenti richiesti (ossia i dati concernenti il soggetto titolare del rapporto, il tipo di rapporto a cui è correlata la richiesta, mentre il periodo di tempo è quello di cui all'art. 2220 c.c.) e che non sia di ostacolo alla richiesta di ordine di esibizione il fatto che tali documenti rientrino nella disponibilità della parte che ha formulato la richiesta - con l'argomento che l'intervento giudiziale assumerebbe una valenza integrativa e sostitutiva dell'onere probatorio gravante sulle parti (come nel caso statuito da Tribunale Verona, 11 luglio 2003 per ipotesi in cui la richiesta sia indirizzata ad un soggetto terzo, ai sensi dell'art. 213 c.p.c.) - sarebbe possibile rendere un ordine di tal fatta.

Nell'indicato senso milita anche un ragionato esame del fondamento dell'obbligo di consegna della documentazione gravante sulla banca che è stato fatto risiedere nel principio di buona fede contrattuale ed in quel suo particolare risvolto rappresentato dal dovere di reciproca solidarietà tra i contraenti, quale fonte di integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c. (Tribunale Napoli, 26 aprile 2000).

LA PROVA E LA CONSULENZA TECNICA

Questo essendo il quadro giurisprudenziale e normativo di riferimento, è opportuno richiedere al consulente di determinare l'esatto ammontare della sola parte capitale del credito vantato dalla banca, epurando il saldo contabile dagli interessi già scaduti, compresi quelli di mora e gli oneri assimilati, dagli addebiti per tenuta conto, per il servizio incassi e per i servizi accessori, dalle eventuali spese per assicurazioni e dalle commissioni di massimo scoperto; di quantificare l'importo degli interessi passivi; di computarli nuovamente facendo riferimento al sistema della capitalizzazione annuale (o, volendosi aderire a diversa interpretazione, al sistema della cosiddetta capitalizzazione semplice, su cui, tuttavia, io dissento¹) e di verificarne la conformità ai tassi soglia.

Per questo motivo, sulla premessa della necessità di armonizzare anche i c/c al principio valido a far data dalla entrata in vigore della disposizione del decreto legislativo del 4 agosto 1999, attesa la censura di incostituzionalità della disposizione del graduale adeguamento alle disposizioni da assumersi dal C.I.C.R., va nuovamente computato l'importo dovuto a titolo di interessi, facendo al più applicazione della capitalizzazione annuale, ove non si prediliga il sistema della capitalizzazione semplice, essendo la capitalizzazione con detta cadenza prevista – tra l'altro - in contratto, quale effetto della chiusura contabile del conto al dicembre di ciascun anno, in ogni caso e quindi, in via ordinaria, per l'ipotesi di chiusura dello stesso a creditore².

L'argomento viene sviluppato in prosieguo.

Preliminarmente occorre rammentare che – e ciò dicasi anche nell'ipotesi in cui l'illegittimità degli interessi applicati dall'istituto di credito sia stata dedotta nel corso di una opposizione a decreto ingiuntivo, chiesto ed ottenuto da quest'ultimo (che ha assunto così l'iniziativa processuale, sobbarcandosi, quanto meno in questa fase non contenziosa, dell'onere di dimostrare la ricorrenza delle condizioni per le quali chiede la

¹ a favore della esclusione anche della capitalizzazione annuale Corte Appello Torino 21.01.2002, Corte Appello Milano 1142/2003; Tribunale Brindisi 13.05.2002; Tribunale Mantova 21.01.2005; Tribunale Pescara 7.04.2005

² la soluzione della capitalizzazione annuale è allo stato prevalente. Per i richiami giurisprudenziali si rinvia al testo, mentre conviene, sia pure sinteticamente, esporre le ragioni sottese a tale scelta:

- cadenza pari a quella applicata dalla banca in favore della clientela;
- cadenza temporale ex lege, a mente dell'art. 1284 I comma c.c., secondo cui il saggio degli interessi legali è determinato in ragione dell'anno;
- considerazione per l'operatività della clausola uniforme generale riportata nei contratti bancari con riguardo alla chiusura del conto al 31.12 di ogni anno;
- previsione di anatocismo annuale anche nella delibera CICR che è atto di alta amministrazione, ma pur sempre emanato su delega del Legislatore.

condanna della controparte: art. 50 T.U.B.³) - la contestazione, per essere rilevante e far sì che l'avversa richiesta di pagamento, basata su documentazione predisposta dalla medesima banca, non sia sottratta all'accertamento giudiziale, non dovrebbe essere generica, né compendiarsi in formule di stile, espressioni apodittiche o asserzioni meramente negative.

Esse neppure possono consistere nel mero rifiuto del cliente, non motivato, delle risultanze contabili, occorrendo la formulazione di censure circostanziate, specificamente dirette contro singole e determinate annotazioni⁴.

Nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, si è sostenuto, allora, in passato, che l'impugnazione deve essere operata in modo dettagliato e specifico, cioè con specifico riferimento alle annotazioni riportate sul conto⁵.

Nel caso di azione di accertamento negativo e ripetizione, come si vedrà, l'onere probatorio per il cliente è ancora più gravoso.

Si segnala un precedente del Tribunale di Roma (26.10.2002) che nel caso di atto di citazione generico si è spinto fino a ritenerlo nullo per contrasto con l'art. 163, nn. 3 e 4 c.p.c., non avendo la parte attrice provveduto a fornire *“alcun elemento di fatto utile ad inquadrare nel tempo la controversia ed a fondare la pretesa di ricalcolo degli estratti conto per l'intera durata, non precisata ... dei rapporti di conto corrente, né la causa petendi della ritenuta illegittimità delle somme addebitate Senza alcuna allegazione ed indicazione delle clausole contrattuali applicate dalla Banca e contestate da esso correntista, sotto la generica voce di 'illegittimità' e delle violazioni di legge specificamente invocate”*. Nel caso in esame il Tribunale ha ritenuto che la genericità della *causa petendi* era tale da non avere consentito il compiuto esercizio del diritto di difesa.

³ attualmente l'art. 50 cit. richiede l'allegazione dell'estratto conto certificato con forme alle scritture contabili da uno dei dirigenti della banca il quale deve altresì dichiarare che il credito è vero e liquido. Ciò, a differenza del regime previgente basato sull'estratto di saldaconto, a mente dell'art. 102 del r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, convertito nella legge 7 marzo 1939, n. 141 (la vecchia legge bancaria), ispirata ad una logica agevolativi del recupero del credito, ha comportato un vantaggio per la clientela in termini di trasparenza, in quanto è possibile per il destinatario verificare il procedimento di calcolo in base al quale, a seguito della registrazione delle varie partite di dare ed avere, la banca giunge alla determinazione del saldo. Da questo punto di vista si è sostenuto che l'art. 50 cit. non è norma di favore per le sole banche (CONDEMI).

⁴ in questo senso Cass. 7 marzo 1992, n. 2765; Cass. 27 aprile 1988, n. 3176; Cass. 29 gennaio 1982, n. 575; Tribunale Milano, 20 febbraio 1997.

⁵ Cass. 19 luglio 1980, n. 4378; Tribunale Piacenza, 29 ottobre 1981.

Anche i quesiti che potranno dal Giudice essere sottoposti al consulente, affinché non si vada *ultra petita* e si chiedo nella sostanza un accertamento superfluo alla definizione della vertenza, dovranno rispecchiare le contestazioni dell'attore ovvero dell'opponente. Ciò dicasi anche per il caso in cui, come sovente nella pratica degli Uffici giudiziari, si impieghi un modello prestampato contenente la formulazione dei quesiti, di tal che, in una evenienza del genere, il perito dovrebbe avere la cura di non sottovalutare l'espressione, solitamente preliminare alla indicazione dei punti da considerare, essa sì certamente di stile, ma non per questo formalistica, "letti gli atti di causa".

L'utilizzo di modelli predisposti in genere con poche varianti, invero, trova, comunque, una qualche giustificazione nel fatto che anche la contestazione generica ha una sua rilevanza (sia pure tale da non legittimare poteri sostitutivi giudiziali per ipotesi non cadenti nella vera e propria nullità) almeno con riguardo ai fatti costitutivi del diritto, appartenendosi la cognizione della disciplina legale e contrattuale al potere del Giudice (*da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*).

Ciò che preme rilevare è, invero, il fatto che, anche in questa materia, a prescindere alla minore rilevanza che può essere annessa alle prospettazioni difensive ed ai comportamenti processuali (ciò dicasi, con particolare riguardo, per le conseguenze giuridiche dell'omesso adempimento dell'ordine di esibizione, su cui oltre), devono certamente ritenersi pacifici ed incontrovertibili gli elementi costitutivi del diritto (fatti cosiddetti principali) che, compiutamente allegati da una parte, non siano in tutto o in parte confutati dall'altra.

Minore l'incidenza della mancata (puntuale) contestazione dei fatti cosiddetti secondari, dedotti al solo fine di dimostrare l'esistenza di quelli principali, tra cui si annoverano, tradizionalmente, i conteggi elaborati da chi si afferma creditore per la quantificazione del suo credito. La conclusione si giustifica alla luce della valenza meramente contabile degli estratti conto unilateralmente predisposti dalla banca, su cui oltre.

In applicazione di questi principi, ad esempio, l'opponente a decreto ingiuntivo può, effettivamente, limitarsi ad addurre che quanto richiesto dall'istituto di credito non corrisponda alla sua effettiva esposizione debitoria (contestazione generica su fatto secondario), ma nel caso in cui contesti l'applicazione *abusque pactis*, ad esempio, della Commissione di Massimo Scoperto, è onerato della chiara presa di posizione sul punto (prima ancora che della prova la quale, effettivamente, può essere acquisita anche a mezzo CTU).

Allo stesso modo - per quanto si considererà appena di seguito - mentre è pacifico che l'approvazione, pure tacita, dell'estratto conto, ex art. 1832 I comma c.c., non pregiudica l'impugnazione in ordine alla validità ed all'efficacia dei rapporti obbligatori da cui derivano gli accrediti e gli addebiti (ed i titoli contrattuali al fondamento), essa preclude, di contro, ogni contestazione concernente la conformità delle singole concrete operazioni sottostanti ai predetti rapporti e ne fa derivare la sostanziale legittimità (con l'eccezione del II comma del medesimo art. 1832 c.c. che fa salva l'impugnabilità per errori, omissioni, duplicazioni...).

CONTESTAZIONE CIRCA LA MANCATA IMPUGNAZIONE DEGLI ESTRATTI CONTO – L'ESTRATTO DI CHIUSURA CONTO

Convieni, sempre in via preliminare, sgomberare il campo da un equivoco che attiene alla documentazione contabile.

Come visto e come sarà meglio chiarito in seguito, la *ratio* della consulenza risiede tutta nella possibilità della sostituzione del tasso come convenuto e come capitalizzato con il sistema legale e, in alcuni termini, con quello prescelto dal Giudicante.

Il meccanismo è quello della sostituzione cui, solitamente, l'istituto di credito oppone l'argomento che essa è preclusa per il fatto che il cliente, per ipotesi, come sovente accade, non ha contestato gli estratti conto come fattigli periodicamente pervenire.

Come più volte chiarito dalla giurisprudenza, anche di legittimità, la mancata contestazione dell'estratto di conto corrente bancario trasmesso dalla banca al correntista può rendere inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti esclusivamente sotto il profilo contabile, ma non può giammai pregiudicare la possibilità per il correntista di contestare la validità e l'efficacia delle clausole del rapporto obbligatorio che hanno dato luogo agli addebiti ed agli accrediti (sul punto da ultimo Cass. civ. I sez., 26.07.2001, n. 10186; Cass. civ. III sez., 25.07.2001, n. 10129; Cass. civ. I sez., 11.05.2001, n. 6548; Tribunale Orvieto 28 marzo 2001; Tribunale di Milano, VI sez., 4.07.2002, n. 8898; Cass. civ. 4788/1984; Cass. civ. 587/1991; Cass. civ. 4110/1995; Cass. civ. 1978/1996; Cass. civ. 7.09.1984, n. 4788).

Diversamente ragionando si dimenticherebbe l'unicità del rapporto negoziale e il suo perdurare tra le parti (di tal che il cliente effettivamente potrebbe omettere l'impugnazione al fine di evitare che l'esposizione debitoria possa essere volturata a

sofferenza con chiusura unilaterale del conto e ricorso monitorio da parte dell'istituto di credito, anche avverso eventuali fideiussori).

Analogamente la conclusione cui si perviene osservando che la spedizione dell'estratto conto, operata dalla banca, non ha la funzione di rendere esigibili le somme risultanti dal saldo, attesa la possibilità data al cliente di disporre delle somme risultanti a suo credito in qualsiasi momento (art. 1857 c.c.), ma solamente quella di informare il cliente in ordine allo svolgimento del rapporto⁶.

Diverso discorso merita l'estratto conto di chiusura (artt. 1831 e 1832 c.c., quest'ultima norma richiamata dall'art. 1857 c.c. per quel che attiene il c/c bancario⁷) che, stante la cessazione del rapporto e la sua natura riepilogativa dello svolgimento dello stesso, sarebbe, secondo una tesi non peregrina, bisognevole quanto meno di contestazione preventiva rispetto alla proposizione della domanda giudiziale.

Anche sul punto si registra una recente presa di posizione della Cassazione I sezione civile. Con sentenza del 5 aprile 2005, n. 7087, per una fattispecie relativa ad una opposizione a decreto ingiuntivo, nella quale, com'è noto, la posizione processuale delle parti appare invertita, si è ritenuto che: *"in tema di operazioni bancarie in conto corrente, le comunicazioni al cliente sulla situazione finale del conto, inviate alla banca allo scioglimento del rapporto ovvero alle scadenze periodiche contrattualmente previste, sono qualificabili come estratti conto chiusura, ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 1832 II comma c.c. (già sopra ricordato e per il quale, sebbene l'approvazione del conto non precluda il diritto di impugnarlo per errori di scritturazione o di calcolo, omissioni o duplicazioni, l'impugnazione va proposta, a pena di decadenza entro sei mesi dalla ricezione del medesimo, che va spedito a mezzo raccomandata) ove non si limitino a contenere le indicazioni del saldo, con il calcolo delle spese e degli interessi, ma portino anche un preciso riferimento alle partite di dare e avere che hanno condotto a quel risultato. Se il documento prodotto in giudizio dalla banca non contiene l'indicazione*

⁶ la trasmissione dell'estratto conto, allora, si inquadra nell'ambito di un obbligo di informazione che fa carico alla banca, ciò anche alla luce delle norme sulla trasparenza bancaria (INZITARI, SANTORO, TALIERCIO).

⁷ la definizione di estratto conto di chiusura è stata da tempo acquisita dalla giurisprudenza di legittimità per la quale esso *"non è soltanto quello che esprime la situazione finale del rapporto al momento in cui esso ha termine, ma anche quello che rappresenta il risultato di tutte le operazioni verificatesi fino ad una certa data e la contabilizzazione delle medesime con l'indicazione di un saldo, attivo o passivo, comprensivo di ogni ragione di dare ed avere e, quindi, tale da costituire la prima parte della successiva fase del conto"* Cass. civ. 12.04.1980, n. 22336; Cass. SS.UU. 10.10.1977, n. 4310.

delle singole partire che hanno concorso a formare il saldo, il correntista non può ritenersi onerato, nel momento in cui il documento viene portato a sua conoscenza, di provvedere, al fine di superarne l'efficacia probatoria, alla sua contestazione, con la conseguenza che a detto documento, anche se il correntista si sia limitato ad una generica contestazione di nulla dovere, non potrà essere attribuita dal Giudice, nel giudizio di opposizione, a decreto ingiuntivo, efficacia probatoria del credito".

**CONSEGUENZE DELLA MANCANZA TOTALE O PARZIALE DEGLI ESTRATTI CONTO:
NELL'OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO**

Per il caso di opposizione a decreto ingiuntivo si rammenta che, in genere, viene prodotto in sede monitoria un estratto conto relativo all'ultimo periodo del rapporto bancario (per lo più risalente ad un trimestre antecedente il saldo finale), senza che siano al ricorso ex art. 633 c.p.c. allegati anche gli estratti conto a scalare od un estratto generale analitico dall'inizio del rapporto. Tale documentazione, com'è noto, ha efficacia probatoria limitata alla fase monitoria (Cass. SS.UU. 6707/1994; Cass. civ. 11084/1993). Si richiama, all'uopo, quanto già considerato in tema di modifica della legge bancaria del '38 per effetto dell'art. 50 del T.U.B. (per cui si parla di estratto conto e non più di estratto dei saldaconti). La più pregnante e completa documentazione, tuttavia, continua ad essere indefettibile nel caso di opposizione.

Giova, poi, rammentare che l'opposizione a decreto ingiuntivo introduce un processo ordinario di cognizione di primo grado, il quale non costituisce un autonomo e distinto procedimento rispetto alla fase sommaria, bensì un'ulteriore fase di svolgimento a cognizione piena ed in contraddittorio tra le parti. Il rilievo appare di ovvia evidenza ove si consideri che, per l'espressa previsione dell'art. 643, ultimo comma c.p.c., la pendenza della lite viene determinata dalla notifica di copia del ricorso e del decreto, in un momento cioè antecedente l'opposizione, nulla rilevando in senso contrario l'eventualità o comunque il differimento del contraddittorio.

Da tale premessa deriva che, sul piano sostanziale, la qualità di attore è propria del creditore che ha richiesto l'ingiunzione, con la conseguenza che, in base ai principi generali in materia di prova, incombe su di lui l'onere di provare l'esistenza del credito, mentre spetta all'opponente quello di provarne i fatti estintivi, modificativi o impeditivi. Del resto, anche sul piano processuale, non può trascurarsi che se, dal punto di vista formale, l'opposizione ha la struttura della citazione, per contro, sotto l'aspetto

contenutistico, si modella sullo stampo di una comparsa di risposta, con la conseguenza che il creditore opposto può essere considerato convenuto solo nei limiti in cui ha subito la *vocatio in ius*. Al di fuori di questi limiti deve, invece, ritenersi che egli continui ad essere - o comunque riacquisti - il suo ruolo di attore anche dal punto di vista processuale, posto che è stato lui ad introdurre il giudizio nella fase sommaria, con la notifica del ricorso e del decreto, poi opposto, e che il debitore, per converso, riacquisti l'originario ruolo di convenuto anche processuale, che gli spetta dal momento in cui il giudizio fu introdotto dal ricorrente nei suoi confronti, ex art. 643 ultimo comma c.p.c..

Nelle fattispecie di causa deve farsi riferimento alla domanda iniziale, proposta in via monitoria dalla Banca (attrice in senso sostanziale) la quale ha l'onere di depositare, se del caso nella fase eventuale a contraddittorio integro, i contratti intercorrenti con il cliente.

Tale produzione documentale può, del caso, essere sollecitata dall'opponente con la istanza rivolta al Giudice di formulare ordine di esibizione ex art. 210 c.c., la cui mancata evasione genera meccanismi probatori valutabili al fine del decidere (a differenza - a rigore - del caso in cui detta acquisizione sia demandata al consulente designato dall'Ufficio, specie ove si ponga attenzione alla disposizione di cui all'art. 91 Il comma disp. att. c.p.c.⁸).

Frequente è l'argomento opposto dagli istituti di credito i quali dichiarano di non essere più in possesso degli estratti risalenti ad oltre 10 anni addietro, che è il termine previsto per la conservazione dei documenti *de quibus*.

Effettivamente l'art. 2220 c.c. prescrive che le scritture contabili devono essere conservate per un decennio dall'ultima registrazione. La Cassazione ha ribadito il principio affermando che "*nessun obbligo di conservazione grava sulla parte oltre il decennio finché non sia presentata l'istanza di esibizione ex art. 210 c.p.c.*" (Cass. 11225/2000).

È evidente come per la ricostruzione dell'ammontare effettivo del debito del cliente deve aversi riguardo alla documentazione versata in atti, ad iniziativa di entrambi i

⁸ si ritiene che nell'evenienza in cui il consulente necessiti di acquisire documentazione per poter compiutamente rispondere ai quesiti postigli o che l'istituto, avendo il perito esplicito mandato ad acquisirla, comunque gliela rifiuti, il primo debba interpellare il Giudice istruttore, come consente la disposizione di cui all'art. 92 disp. att. c.p.c.. Si rammenta, infatti, che a mente dell'art. 198 c.p.c. il consulente designato può acquisire ed esaminare i documenti che non abbia avuto esplicito incarico di reperire per via giudiziale solamente con il consenso delle parti.

contraddittori (essendo anche all'opponente trasmessa periodicamente la notizia sull'andamento del conto⁹), con facoltà di ricorrere, al fine di colmare le naturali lacune:

- all'argomento della contestazione o meno di talune poste a debito, secondo quanto già rammentato (principio di non contestazione attualmente valorizzato dal novellato I comma dell'art. 115 c.p.c. come modificato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69);
- alle presunzioni.

All'esito delle superiori considerazioni vale certamente la regola di giudizio di cui all'art. 2697 I e II comma c.p.c..

... E NELLE AZIONI DI ACCERTAMENTO NEGATIVE E/O RESTITUTORIE

Nel casi di domanda formulata ex art. 2033 c.c. dal cliente avverso il suo istituto di credito l'onere probatorio cade, certamente ed in applicazione dell'art. 2697 c.c., sul primo (*onus probandi incumbit ei qui dicit*)¹⁰.

Costui deve dimostrare, nell'ordine:

- l'avvenuto pagamento delle poste contese;
- il collegamento causale del pagamento suddetto con una causa illecita;
- l'inesistenza della *causa debendi*.

Detta prova certamente può essere fornita anche con l'allegazione di fatti contrari a quelli posti a fondamento della pretesa dell'assunto creditore (che il pagamento ha esatto e movimentato) e finanche a mezzo presunzioni¹¹.

I LIMITI DELL'ACCERTAMENTO GIUDIZIALE E LA QUESTIONE DELLA PRESCRIZIONE

Alcuna preclusione all'indagine, neppure nei termini di prescrizione eccepita in tutto od in parte dalle banche convenute, opera nel caso di specie. Invero, essendo stata esperita

⁹ al correntista gli estratti conto vengono regolarmente trasmessi, mentre il menzionato art. 119 TUB stabilisce il diritto del cliente di ottenere dalla Banca "a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni"

¹⁰ per Cass. civ. 9604/2000 "l'attore in ripetizione che assume di avere pagato un importo superiore al proprio debito è tenuto a dimostrare il fatto costitutivo del suo diritto alla ripetizione e cioè l'eccedenza del pagamento".

¹¹ C.f.r. Cass. civ. 1557/1998; Cass. civ. 11029/2000; per Cass. 1250/1987 "il pagamento dell'indebito oggettivo, quale trasmissione di un bene o di un valore patrimoniale che il solvens non aveva l'obbligo di effettuare né l'accipiens il diritto di ricevere costituisce il presupposto per l'esercizio dell'azione di ripetizione di indebito ex art. 2033 c.c., configurabile come azione di nullità pr difetto di causa".

una azione di impugnazione di clausole nulle (relativamente all'interesse capitalizzato, illegale per contrasto i tassi soglia quali rilevati trimestralmente ed indeterminato perché connesso al c.d. uso piazza) e, contestualmente, una di ripetizione dell'indebitto oggettivo, è solamente alla chiusura del rapporto che è possibile stabilire l'esatto dare/avere ed agire per il recupero del dovuto. Il termine di prescrizione, poi, è indubbiamente quello decennale perché scopo dell'azione è il conseguimento delle somme indebitamente corrisposte a titolo di interessi e remunerazioni indebite, secondo il generale principio di cui all'art. 2033 c.c. (Tribunale Monza, 7 aprile 2006 che ha osservato come la domanda di ripetizione delle somme percepite dalla banca a titolo di anatocismo non sia soggetta al termine di prescrizione breve previsto dal n. 4 dell'art. 2948 c.c., bensì, trattandosi di azione mirata a conseguire la restituzione di interessi indebitamente corrisposti, ex art. 2033 c.c. e non di azione diretta ad ottenere il pagamento di interessi non corrisposti, al termine ordinario decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.).

Il *dies a quo* dal quale inizia a decorrere il termine di prescrizione è, allora, quello della chiusura del conto (Tribunale Arezzo, 1 febbraio 2010 che ha richiamato l'orientamento della Corte di Cassazione in base al quale "Il momento iniziale del termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme indebitamente trattenute dalla banca a titolo di interessi su apertura di credito in conto corrente, nella specie perché calcolati in misura superiore a quella legale in assenza di pattuizione scritta, decorre dalla chiusura definitiva del rapporto, trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi; perciò, la serie successiva di versamenti prelievi ed accreditamenti non dà luogo a singoli rapporti costitutivi o estintivi, ma determina solo variazioni quantitative dell'unico originario rapporto costituito tra banca e clienti. Sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e debiti delle parti tra loro", Cassazione civile, 9.04.1984 n. 2262; Corte d'Appello Lecce 22.10.2001; Tribunale Bari 5.05.2005; Tribunale Cagliari 26.01.1994).

ANATOCISMO NEL CODICE CIVILE

Dall'art. 1283 c.c. si comprende come anatocistici o composti sono gli interessi sugli interessi già scaduti i quali, in mancanza di usi contrari, sono ammissibili o dal giorno

della domanda giudiziale oppure per effetto di una convenzione posteriore alla loro scadenza e sempre che si tratti di interessi semplici dovuti da almeno sei mesi.

La *ratio* della norma è tutelare la posizione del debitore, mettendolo in condizione di conoscere anticipatamente l'ammontare del proprio debito, impedendo il prelievo di interessi composti, percetti con sostanziale elusione dell'obbligo della forma scritta per la convenzione di interessi ultralegali e del rispetto delle norme antiusura (in argomento Cass. 2374/1999).

L'ambito di applicazione della norma in esame è il più vasto ipotizzabile, essendo il debito per interessi, anche per l'ipotesi di avvenuta estinzione dell'obbligazione da capitale, ugualmente soggetto alla disposizione *de qua* piuttosto che all'art. 1224 c.c..

Il problema riguarda l'eccezione all'operatività della norma offerta dagli usi normativi (fonte del diritto ex art. 8 delle disposizioni sulla legge in generale) che si compongono, com'è noto, di un elemento oggettivo e di altro soggettivo.

In forza della tradizionale ricostruzione della diversa chiusura dei conti (a creditore annualmente ed a debitore trimestralmente) come di uso normativo, recepito dalle N.B.U. del 1952 la materia alcun problema aveva creato per lunghissimi anni di pratica giudiziaria. Di queste N.B.U., ad un certo momento in poi, si è dubitata la natura di corollario di un uso fonte del diritto, stante la novellata considerazione per le stesse quali mere proposte (unilaterali) di condizioni contrattuali, prive di valore indiziario, l'adesione alle quali (recepite in contratto) giammai è l'effetto di una spontanea adesione ad esse.

EXCURSUS NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI CAPITALIZZAZIONE

Nuovo corso della giurisprudenza – legge 342/1999 – Delibera CICR – Corte Costituzionale.

Conviene prendere le mosse proprio dalla pronuncia della Corte Costituzionale la quale, con la sentenza del 9 – 17 ottobre 2000, n. 425, nell'affrontare la questione della validità *ratione temporis* della delibera del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio di cui all'art. 120 del T.U bancario prevista dal d.lgs 1° settembre 1993, n. 385 circa le “*modalità ed i criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria*”, secondo quanto statuito dall'art. 25, III comma del d.lgs. 4.08.1999, n. 342, in merito alla sanatoria per il pregresso delle disparità di trattamento come commesse dalle banche in danno dei

clienti ha, tra l'altro, censurato la diversa periodicità della capitalizzazione tra il cliente e l'istituto di credito (sul punto cfr. Cass. III sez., 30.03.1999, n. 3096; sulla sorte delle clausole di capitalizzazione trimestrale convenute precedentemente alla pronuncia della Corte Costituzionale cfr. Cass. Civ. 28.03.2002, n. 4490).

In realtà, per quanto latamente dedotto, la Corte delle leggi non ha affrontato il problema, variamente risolto in giurisprudenza, della legittimità delle clausole di capitalizzazione in relazione alla disposizione di cui all'art. 1283 c.c..

Sul tema si dibattono, sostanzialmente, due orientamenti.

A) Secondo la posizione tradizionale (ante 1999) *“nell’ambito delle operazioni tra istituti di credito e clienti l’anatocismo trova generale applicazione attraverso comportamenti della generalità degli interessati, con il convincimento di adempiere a un precetto di diritto, presentando i caratteri obiettivi di costanza, generalità e durata ed il carattere subiettivo della opinio iuris che contrassegnano la norma giuridica consuetudinaria vincolante gli interessati”* (ex pluris Cass. 4920/1987; Cass. 20.06.1995, n. 7571; Cass. 12675/1998; Tribunale Roma 13.03.2000; Tribunale Palermo, 17.12.1999).

B) La più recente opzione interpretativa, sostenuta nelle decisioni di cui alle sentenze della Suprema Corte di Cassazione 16 marzo 1999, n. 2374; 30 marzo 1999, n. 3096; 11 novembre 1999, n. 12507; 1 ottobre 2002, n. 14091 e, più recentemente, I sez., 20 agosto 2003, n. 12222, sconfessa l'ipotesi della configurabilità di un uso normativo in materia ed opta per la ricostruzione della fattispecie in termini di uso solo negoziale, non idoneo, in quanto tale, a portare deroga alla menzionata disposizione codicistica recante un generale divieto, a maggior ragione in caso di pattuizione antecedente alla scadenza (analoghe le conclusioni per Corte d'Appello Milano, 6.03.2002; Tribunale Milano, 31 luglio 2001; Corte d'Appello di Roma, 16 gennaio 2002; Tribunale Roma 13 settembre 2001; Corte d'Appello di Roma 19.10.1999; Tribunale Roma 24 giugno 1999).

In breve, è stato detto che, perché l'anatocismo, *sub specie* di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dai clienti alle banche, assurga ad uso normativo, non è sufficiente la generale applicazione dello stesso nei rapporti tra banca e cliente, specie se ciò derivi dalla mera e passiva adesione a schemi negoziali unilateralmente predisposti dagli istituti di credito, sulla base delle N.B.U. alle quali va riconosciuta natura pattizia (Cass. n. 12507/1999), ma occorrerebbe in entrambi i contraenti la convinzione di dare attuazione, con ciò, ad una regola giuridicamente rilevante per l'oggetto da disciplinare, laddove, in fatto, l'atteggiamento psicologico del cliente non è

di consapevolezza dell'esistenza di un uso normativo che legittimi la convenzione di capitalizzazione trimestrale, ma, piuttosto, di passiva accettazione, in quanto anello debole della relazione contrattuale (Cass. n. 2374/1999 e n. 3096/1999).

Il *revirement* della Cassazione si può compendiare nell'affermazione della inesistenza di usi sulla capitalizzazione coevi se non antecedenti alla entrata in vigore del codice civile, per essere la clausola tralaticciamente riprodotta nella più parte dei contratti bancari dopo l'adozione delle Norme Bancarie Uniformi, che datano 1952.

La gerarchia delle fonti, in una al carattere successivo della positivizzazione dell'uso, privo, *ad abundantiam*, dell'elemento soggettivo della *opinio iuris ac necessitatis*, destituisce, nel ragionamento della Suprema Corte, l'uso in parola da normativo a negoziale, come tale non recepito nella menzionata disposizione del 1283 c.c., né idoneo a derogare al generale divieto ivi contemplato, atteso che tanto necessita dell'uso normativo (artt. 1 e 8 disp. prel. c.c.), all'uopo essendo insufficiente sia l'uso negoziale (art. 1340 c.c.) che l'uso interpretativo (art. 1368 c.c.).

Per completezza espositiva, merita osservare che l'assunto, per quanto condivisibile nelle conseguenze ultime, in realtà non tiene conto dell'esistenza già nella modulistica della Confederazione Bancaria Fascista del 1929 della clausola di capitalizzazione trimestrale.

C) Secondo un'opzione interpretativa mediana (sostenuta, tra gli altri, da Tribunale di Roma, 26 maggio 1999; Tribunale Monza, 2 marzo 1999; Tribunale Monza 2 ottobre 2000), la clausola recante la previsione della capitalizzazione, lungi da porsi quale uso o consuetudine di cui all'*incipit* della discussa disposizione dell'art. 1283 c.c., si porrebbe quale condizione generale di contratto che avrebbe, come tale, margini di validità. Analogo *modus procedendi*, di contro, ha portato il Tribunale di Roma (sent. del 21.01.2000) ad ipotizzare un contrasto con l'art. 1469 *quinquies* c.c..

Il ragionamento da cui muove l'indirizzo nasce dalla ovvia constatazione della conclusione del contratto all'esito della materiale sottoscrizione di un modulo o formulario predisposto dall'istituto di credito (per altro coincidente con le indicazioni fornite dall'A.B.I.) che impone il concetto della chiusura periodica del conto.

Recentemente si registra l'intervento della Cassazione I sezione civile del 22 marzo 2005, n. 6187 (Pres. Criscuolo, rel. Fioretti) che pur senza prendere posizione sul sistema della chiusura periodica ha affermato il principio di cui alla massima che segue: *"la disposizione dettata dall'art. 1831 c.c. con riguardo al contratto di conto corrente*

ordinario (secondo cui la chiusura del conto con la liquidazione del saldo è fatto alle scadenze stabilite dal contratto o dagli usi e, in mancanza, al termine di ogni semestre computabile dalla data del contratto, si che è ammissibile una pattuizione anatocistica degli interessi in deroga al principio generale di cui all'art. 1283 c.c., della posteriorità di questa pattuizione rispetto al tempo di maturazione degli interessi e senza vincolo alcuno di frequenza della capitalizzazione) non trova applicazione con riguardo al conto corrente bancario".

Orbene, dirimente è, all'esito di detta ricostruzione, solamente la circostanza della non paritaria chiusura (fittiziamente alla fine dei mesi di marzo, giugno, settembre e dicembre di ogni anno, per il caso di conto anche saltuariamente a debitore) per l'eventualità che il saldo intertemporale sia a creditore o a debitore.

Censurato, anche alla luce della recente disposizione normativa di cui all'art. 25 del d.lgs 342/1999, il diverso *modus procedendi* (contro l'uso *dispari* si è, per altro, espressa la Cassazione con la menzionata sentenza n. 3096/1999), non può – tuttavia – sottacersi la disposizione della stessa clausola (la n. 7 del modulo) secondo la quale *"i rapporti di dare ed avere vengono chiusi contabilmente in via normale a fine dicembre di ogni anno, portando in conto gli interessi e le commissioni nella misura stabilita, nonché le spese postali, telegrafiche e simili e le spese di tenuta e chiusura del conto ed ogni eventuale altra, con valuta data di regolamento"*.

L'argomento è stato recentemente fatto proprio dal Tribunale di Bologna, Il sezione sentenza 6 ottobre 2004, n. 2831, G.I. Acierno, per il quale *"non sussistendo un uso normativo derogatorio del divieto di cui all'art. 1283 c.c., è illegittima l'applicazione della capitalizzazione trimestrale degli interessi a favore di quella annuale, il cui ritmo corrisponde a quello praticato sugli interessi attivi, secondo un principio di "pari periodicità" nel conteggio tra interessi a credito e a debito oggi definitivamente sancito dall'art. 25 comma II del Dlgs 342/1999"*.

Preme menzionare un ulteriore orientamento seguito dalla giurisprudenza di merito (specie capitolina, Tribunale Roma, 9 maggio 2001; Tribunale Bari, 28 febbraio 2001; Tribunale Firenze, 8 gennaio 2001; Tribunale Roma, 17 dicembre 1999) per pervenire sostanzialmente alla analoga conclusione secondo il quale la mancata richiesta del pagamento del saldo al verificarsi della chiusura del conto corrente (al dicembre di ciascun anno), pone il saldo stesso quale prima rimessa di un nuovo rapporto di conto corrente, con rinnovazione del contratto a tempo indeterminato (art. 1823 c.c.), con la

conseguenza di poter fare applicazione della disposizione dell'art. 1825 c.c. secondo cui *"sulle rimesse decorrono gli interessi nella misura stabilita dal contratto, ovvero dagli usi, ovvero, in mancanza, di quella legale"*, con buona pace della controversa disposizione dell'art. 1283 c.c..

In tal modo prospettata la questione, il sistema della capitalizzazione a chiusura del conto (*id est*, annuale), si rappresenta, secondo una tesi allo stato maggioritaria, quale la naturale conseguenza della medesima sua periodica chiusura, quale l'effetto positivizzato nel codice (art. 1823 e 1831 c.c.) ed, indi, in contratto, della facoltà che ha l'istituto di credito di recedere *ad nutum* dal rapporto, a sua volta corollario del noto disfavore che il sistema normativo per i contratti di durata a tempo indeterminato.

Sul punto, come già ricordato, la Suprema Corte di Cassazione ha fatto sentire la sua voce, contestando la possibilità di applicare al conto corrente bancario puramente e semplicemente le disposizioni del conto corrente ordinario.

Invero, la Corte di Cassazione, affrontando specificamente la questione, ha sottolineato come neppure questo ragionamento sia corretto, atteso che l'art. 1857 c.c. non richiama integralmente la disciplina del conto corrente ordinario, difforme nella funzione economico-sociale e nella necessità della sua periodica chiusura (in particolare, al conto corrente bancario non sarebbero applicabili gli artt. 1825 e 1831 c.c., secondo cui gli interessi sono liquidati ad ogni chiusura del conto, per la quale cosa la relativa capitalizzazione è inserita nella liquidazione del saldo; in argomento, oltre la Cass. civ., I sez., 22 marzo 2005, n. 6187 già ricordata, Cass. civ. I sez., 1.10.2002, n. 14091; analogamente Tribunale Napoli, 24 novembre 2000; Tribunale Milano, 4 luglio 2002; Tribunale Lecco, 9 settembre 2002; Tribunale Roma, 18 ottobre 2002; Tribunale Mantova 3 febbraio 2004).

C'è da dire, tuttavia, che qui la disciplina, oltre che normativa è pattizia, di tal ché, per accedere ad un ragionamento difforme nelle conseguenze, sarebbe opportuno censurare anche la previsione della chiusura annuale con capitalizzazione a favore del cliente, laddove, ciò che in definitiva rileva, alla luce della recente legislazione in materia, è che non ci sia discriminazione alcuna tra le parti del rapporto contrattuale per quel che riguarda il calcolo degli interessi.

A prescindere da tale ultimo assunto, interpretando sistematicamente la legislazione vigente in ambito bancario, deve certamente censurarsi la sperequata previsione di cui all'art. 7 Il comma delle condizioni di contratto accettate dal cliente, oltre che affermarsi

la nullità delle clausole contrattuali di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debitore per l'epoca in cui le stesse prevedevano la capitalizzazione annuale dell'interesse a creditore.

Ed, invero, l'attuale tendenza dell'ordinamento in materia bancaria (legge 17.02.1992, n. 154 in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari; art. 120 d.lgs. 1.09.1993, n. 358, da cui anche il d.lgs. 342/1999; legge 7.03.1996, n. 108), è al controllo dell'incidenza degli interessi sui rapporti obbligatori, con il disfavore per i rinvii a norme d'uso (art. 4, III comma della legge 154/1992 "*le clausole contrattuali di rinvio agli usi sono nulle e si considerano non apposte*"), neppure più giustificabili con la natura pubblica delle aziende di credito, interessate da un ampio ed ormai concluso processo di privatizzazione.

Si rammenta, inoltre, che la menzionata legge 154/1992 (artt. 2, 3, 4, 5 e 6) ed il T.U. bancario n. 385 del 1993 (artt. 116, 117 e 118) hanno introdotto obblighi generali di pubblicità e di pattuizione scritta delle condizioni contrattuali in materia bancaria e finanziaria, con la previsione della sanzione della nullità della determinazione delle clausole di mero rinvio agli usi, per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo o condizione praticata, oltre che delle clausole che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per il cliente rispetto a quelle pubblicizzate. L'art. 117, comma VII, del T.U.B., su cui anche oltre, ha poi introdotto un meccanismo di integrazione *ex lege* della clausola nulla che prevede, quanto alle operazioni attive, l'applicazione del tasso nominale minimo dei buoni ordinari del Tesoro (BOT) annuali, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Si è, infine, prevista, per il caso di contratti di durata in cui sia concesso all'istituto creditizio lo *ius variandi* dei tassi, dei prezzi e delle altre condizioni, la necessità di comunicazioni specifiche (nei modi e nei termini stabiliti dal CICR) al cliente delle variazioni per il medesimo sfavorevole, al fine di consentire l'esercizio del recesso (art. 118).

Tale possibilità sostitutiva avrebbe margini di applicabilità anche per il caso della capitalizzazione dell'interesse

A favore dell'automatica sostituzione di clausole in tema di capitalizzazione, da trimestrale in annuale, si è espressa, la giurisprudenza di merito (Tribunale Terni, 16.01.2001; Corte d'Appello di Lecce 16.02.2001; Corte d'Appello di Lecce, 22.10.2001; per le diverse soluzioni al problema della sorte delle clausole di capitalizzazione trimestrale relative a contratti stipulati prima del 22.04.2000, data di entrata in vigore

della delibera del 9.02.222 con cui il C.I.C.R. ha fissato le modalità e i criteri per la disciplina dell'anatocismo nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria cfr. Tribunale Roma, 9 maggio 2001; Tribunale Bari, 28 febbraio 2001; Tribunale Firenze, 8 gennaio 2001; Tribunale Monza, 2 ottobre 2000; Tribunale Terni, 16 gennaio 2001; Tribunale Vercelli, 9 febbraio 2001; contro il meccanismo dell'automatica sostituzione Tribunale Mantova, 3 febbraio 2004; Corte Appello Milano, 4 aprile 2003, n. 1142)¹².

Nel fare ciò, infatti, oltre a dare concreta attuazione alla disposizione di cui all'art. 120 del testo unico in materia bancaria, si realizza l'uso "pari" voluto dalla legislazione, anche recente (da ultimo Tribunale Bologna 6.10.2004 cit.).

LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE A SEZIONI UNITE 4.11.2004, N. 21095

In tema di capitalizzazione trimestrale, com'è noto, è intervenuta, recentemente, la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con decisione del 4 novembre 2004, n. 21095.

Il massimo consesso, in sede di esegesi dell'art. 1283 c.c., ha osservato come le sentenze (nn. 2374, 3096, 3845) della primavera del 1999, ponendosi in consapevole e motivato contrasto con pronunzie del ventennio precedente (6631/1981; 54091/1983; 4920/1987; 3804/1988; 2444/1989; 7575/1992; 9227/1995; 3296/1997; 12675/1998), abbiano enunciato il principio - poi confermato dalle successive sentenze 12507/1999; 6263/2001; 1281, 4490, 4498, 8442/2002; 2593, 12222, 13739/2003 e che ha trovato riscontro anche nell'art. 25 del D.Lgs. 342/1999 che ha, come già detto, ridisciplinato le modalità di calcolo degli interessi su base paritaria tra banca e cliente - per il quale gli "usi contrari", idonei a derogare il precetto di cui alla norma, sono solo gli usi "normativi" in senso tecnico.

Di tal ché la nullità delle clausole bancarie anatocistiche, la cui stipulazione risponde ad un uso meramente negoziale.

La Suprema Corte ha colto nelle pronunzie del "nuovo corso" l'affermazione del principio di nullità delle clausole bancarie anatocistiche quale conclusione obbligata di

¹² C'è, invero, motivo di dubitare dell'applicabilità retroattiva della ipotesi di sostituzione in forza del menzionato art. 117 TUB e prima ancora dall'art. 4 della legge 154/1992; in senso favorevole Tribunale Mantova 21.01.2005; Tribunale Terni 16.01.2001; Tribunale Monza 4.02.1999; Tribunale Roma 19.02.1998 sul tema degli interessi ultralegali, laddove si è sottolineata la scadenza successiva dell'obbligazione, a prescindere dal fatto che la sua pattuizione sia antecedente al 9.07.1992.

un ragionamento di tipo sillogistico, in cui la premessa maggiore è espressa dalla affermazione che gli “usi contrari, suscettibili di derogare al precetto dell'art. 1283 c.c., sono non i meri usi negoziali di cui all'art. 1340 c.c. ma esclusivamente i veri e propri usi normativi, di cui agli artt. 1 e 8 disp. prel. c.c., consistenti nella ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento (*usus*), accompagnato dalla convinzione che si tratta di comportamento (non dipendente da un mero arbitrio soggettivo ma) giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme a una norma che già esiste o che si ritiene debba far parte dell'ordinamento giuridico (*opinio juris ac necessitatis*)” e “la premessa minore è, invece, rappresentata dalla constatazione che dalla comune esperienza emerge che i clienti si sono nel tempo adeguati all'inserimento della clausola anatocistica non in quanto ritenuta conforme a norme di diritto oggettivo già esistenti o che sarebbe auspicabile fossero esistenti nell'ordinamento, ma in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive dell'associazione di categoria, insuscettibili di negoziazione individuale e la cui sottoscrizione costituiva al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. Atteggiamento psicologico ben lontano da quella spontanea adesione a un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste l'*opinio juris ac necessitatis*, se non altro per l'evidente disparità di trattamento che la clausola stessa introduce tra interessi dovuti dalla banca e interessi dovuti dal cliente”.

In altro significativo passo, la Cassazione a SS.UU. ha osservato come l'evoluzione del quadro normativo impressa dalla giurisprudenza e dalla legislazione degli anni '90 vada nella direzione della “valorizzazione della buona fede come clausola di protezione del contraente più debole, della tutela specifica del consumatore, della garanzia della trasparenza bancaria, della disciplina dell'usura” che ha determinato la “ribellione del cliente (...) relativamente a prassi negoziali, come quella di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti alle banche, risolvendosi in una non più tollerabile sperequazione di trattamento imposta dal contraente forte in danno della controparte più debole”.

Infine, la Suprema Corte ha censurato l'ipotesi della “fondazione” di un uso normativo relativo alla capitalizzazione degli interessi dovuti alla banca riconducibile alla stessa giurisprudenza del ventennio antecedente al *revirement* del 1999, osservando che “in materia di usi normativi, così come con riguardo a norme di condotta poste da fonti - atto di rango primario, la funzione assolta dalla giurisprudenza, nel contesto di sillogismi decisorii, non può essere altra che quella ricognitiva, dell'esistenza e dell'effettiva

portata, e non dunque anche una funzione creativa, della regola stessa”, di tal ché “in presenza di una ricognizione, pur reiterata nel tempo, che si dimostri poi però erronea nel presupporre l'esistenza di una regola in realtà insussistente, la ricognizione correttiva debba avere una portata *naturaliter* retroattiva, conseguendone altrimenti la consolidazione medio tempore di una regola che troverebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenza che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero con ciò stesso creata”.

La Corte delle leggi smentisce definitivamente la tesi della creazione “giurisprudenziale” dell'uso, argomento pure sostenuto dagli istituti di credito non senza qualche suggestione.

LA COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO

La commissione di massimo scoperto costituisce istituto dalla incerta individuazione sotto il profilo causale: si tratta di una pattuizione accessoria a contratti di apertura di credito, trattandosi di una commissione applicata dalle banche sul massimo saldo negativo di ogni trimestre, quale accessorio che si aggiunge agli interessi passivi.

Secondo una prima interpretazione, tale commissione costituirebbe la remunerazione spettante alla banca per la messa a disposizione in favore del cliente di determinati fondi, per un certo lasso di tempo, a prescindere dalla loro concreta utilizzazione (con conseguente indisponibilità per la banca della somma concessa); in tale ipotesi la stessa dovrebbe quindi calcolarsi sull'importo del credito accordato, indipendentemente dall'importo utilizzato.

Secondo altra interpretazione, invece, la commissione di massimo scoperto costituirebbe la controprestazione per il rischio crescente che la banca assume in proporzione all'ammontare dell'utilizzo concreto dei fondi messi a disposizione, da calcolarsi sul massimo importo utilizzato in un determinato periodo.

La Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006 ha dato una esplicita definizione della commissione di massimo scoperto, indicandola come la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, osservando che “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 30.09.1996 – 1.10.1996 e delle successive rilevazioni del c. d. tasso di soglia, in cui è stato puntualizzato, fino almeno all'agosto 2009, 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 definitiva del conto”.

Sovente, tuttavia gli istituti di credito non ne hanno fatto applicazione conforme alla definizione giurisprudenziale, calcolandola – invece – sull'importo utilizzato, e non su quello messo a disposizione del cliente, oltre il fido concesso.

Non sussistendo, entro il limite del fido, per definizione, uno “scoperto” e potendo riconoscere validità, per quanto sopra esposto, alle clausole contrattuali che prevedano commissioni di massimo scoperto solo se costituenti corrispettivo per l'utilizzo, da parte del cliente, di importi superiori al credito a sua disposizione, dovrebbe concludersi per l'illegittimità della clausola contrattuale che ponga a carico del cliente il pagamento di una somma, a tale titolo, da calcolarsi anche su importi entro il limite del fido, in quanto priva di causa.

Sulla questione è infine intervenuto il legislatore con la L. 2/2009 di conversione del decreto legge 29 novembre 2008 n. 185, il quale prevede all'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 prelevamento 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 specificatamente 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.

2. 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'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108. Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni.

3. I contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo 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”.

Se il problema, allora, non dovrebbe più porsi in futuro, resta per la gran parte del contenzioso attuale, non coperto dalla appena letta previsione normativa.

Quanto ad esso, appare preliminare accertare se la commissione di massimo scoperto risulti o meno convenuta tra le parti¹³.

Nell'ipotesi negativa (assai frequente per la pratica del rinvio all'uso) essa non va riconosciuta, la qual cosa si giustifica in considerazione della causa della stessa.

Conviene rammentare che la funzione economico-sociale della C.M.S. è stata ricostruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza che se ne è occupata, nei termini che seguono.

¹³ Nella vecchia contrattualistica le norme ABI si limitavano a dire, nell'art. 7 che “*le operazioni di accredito e di addebito vengono regolate secondo i criteri concordati con il correntista o usualmente praticati dalle Banche sulla piazza con le valute indicate nei documenti contabili o comunque negli estratti conto. Secondo gli stessi criteri sono applicate e rese note le commissioni di massimo scoperto e le spese di tenuta del conto*”

Essa costituisce l'onere connesso alla messa a disposizione, a semplice richiesta, da parte dell'istituto, del credito accordato, in relazione al quale la banca perde, a prescindere dall'impiego concreto che il cliente ne faccia, la disponibilità. La medesima è rapportata all'ammontare dell'accordato.

In questi termini più appropriata è l'espressione "commissione di affidamento", accessiva ai contratti di apertura di credito in conto corrente.

La pratica nel nostro Paese, invece, ha elaborato la C.M.S. calcolata sul picco di maggiore esposizione per ciascun periodo di liquidazione degli interessi (come visto, il trimestre), al punto da modificare la causa in ragione del rischio crescente per la banca, proporzionale all'ammontare dell'uso concreto dei fondi.

Per tale ragione essa concorre certamente – in una agli interessi – a determinare il costo effettivo del credito¹⁴.

La remunerazione autonoma viene giustificata con il fatto che il mero affidamento incide sul *planford* di disponibilità massima consentita al singolo istituto dagli organi di controllo del sistema creditizio, con preclusione sostanziale ad analoghe operazioni.

Inoltre, la banca è costretta a mantenere una giacenza liquida in favore del cliente, sottraendo la stessa ad utilizzazioni produttive.

Secondo detta tesi, la commissione in parola sarebbe soggetta esclusivamente alle disposizioni antiusura, non essendo ad essa pertinente qualsivoglia questione di capitalizzazione, di tal ché essa sarebbe effettivamente dovuta su base trimestrale.

Senonché, nella pratica applicativa del nostro Paese (della quale si è detto sopra) la remunerazione del servizio suddetto, al pari degli interessi, è diventata sostanzialmente un accessorio del credito, come dimostra il suo essere conteggiata in maniera percentuale sulla esposizione debitoria massima raggiunta, ossia sul credito effettivamente erogato.

Le estreme conseguenze dell'osservazione ultima hanno condotto taluno a negarne l'autonomia causale, salvo a consentirne il conteggio nel caso in cui il cliente di fatto non abbia goduto (in tutto ovvero in parte) della disponibilità accordatagli (cosiddetta commissione di affidamento: Corte d'Appello Lecce, 27 giugno 2000).

¹⁴ ciò dicasi ad onta del fatto che non risulta essere una componente degli interessi, essendo essa espressa in percentuale in maniera autonoma, con analogica applicabilità degli artt. 116 e 117 lett. b) T.U.B..

Diversamente, la causa giustificatrice si confonderebbe in tutto con quella degli interessi corrispettivi, andando di fatto a remunerare l'impiego della somma messa a disposizione della banca (Tribunale Milano, 4 luglio 2002).

Anche per il fatto che essa per lungo periodo non è stata considerata al fine della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge 7 marzo 1996, n. 108 (come da circolare della Banca d'Italia del 1.10.1996 e successive rilevazioni del tasso soglia), si comprende la necessità di riconoscerle una autonoma *ratio* giustificativa.

Valorizzando la sua estraneità "genetica" al calcolo del T.E.G., essa non parteciperebbe affatto al meccanismo della periodizzazione ed, allora, dovrebbe essere conteggiata non già con riferimento a ciascun periodo di liquidazione degli interessi, bensì solamente alla chiusura definitiva del conto (cosiddetta capitalizzazione semplice). In caso contrario, al pari dell'interesse, potrebbe al più essere addebitata al 31 dicembre di ciascun anno, come per le ulteriori rimesse, tanto attive che passive.

Questa, in definitiva, la posizione espressa anche dalla Corte di Cassazione con la sentenza della III sezione del 6 agosto 2002, n. 11772, ove è stato statuito che "nella controversia promossa per far valere diritti che presuppongono la validità del contratto o di una clausola di esso, la nullità dell'uno o dell'altra è rilevabile d'Ufficio se sono acquisiti al processo elementi idonei a porla in evidenza, in considerazione del potere - dovere del Giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione (nel caso di specie la S.C., facendo applicazione del principio sopra indicato, ha ritenuto la rilevanza d'ufficio ai sensi dell'art. 1421 c.c. della nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale della commissione di massimo scoperto)". Analogamente Tribunale Milano, 9 febbraio 2004, n. 2521.

Quanto al suo ingresso nel calcolo del TEG e alla sua incidenza per la determinazione dell'usura, si rinvia all'apposito paragrafo.

LE SPESE DI TENUTA CONTO E GLI ALTRI ONERI

Le spese di tenuta conto e gli altri oneri seguono sorte analoga alla CMS¹⁵, di tal che anche per essi è prodromico l'accertamento della loro pattuizione. Si segnala una tendenza, una volta applicato anche alle spese l'art. 1283 c.c., a distinguere tra quelle relative alle operazioni bancarie effettivamente effettuate (che sarebbero sempre

¹⁵ come suggerisce anche l'esesesi storica e la comune derivazione dall'art. 7 delle norme ABI di cui si è detto sopra.

dovute) e quelle relative alla liquidazione del conto (per le quali si ripropongono gli argomenti già affrontati in merito a capitalizzazione semestrale o su base annua).

Anche questo punto riceverà una migliore trattazione nella parte dedicata all'usura, con il richiamo alle specifiche previsioni della Banca d'Italia in argomento.

LO IUS VARIANDI

Invero, nei contratti tra banca e consumatore, ai sensi dell'art.118 D.Lgs n. 385 del 1993, prima delle modifiche apportate nel 2006, lo *ius variandi in pejus* da parte della banca può essere applicato solo se comunicato al cliente nei modi e nei termini stabiliti dal CICR e con criteri di sufficiente, oggettiva e certa determinabilità delle condizioni applicate al rapporto. Diversamente, sono comunque nulle quelle clausole sullo *ius variandi* dal contenuto generico, con previsione di facoltà di modifica da parte della banca non agganciata ad alcun parametro (in argomento, Tribunale Palermo, 31 dicembre 2009; di uno specifico onere di informazione scritta al cliente, a pena di inefficacia delle modifiche medesime, anche nel testo dell'art. 118 T.U.B. *ante* riforma ha parlato Tribunale Nola, sez. II, 11 settembre 2008; sull'argomento anche Tribunale Cagliari, 26 agosto 2002).

A tale conclusione si perviene da una ragionata lettura dello stesso disposto dell'art. 118 comma III nella sua primigenia formulazione il quale, nel riconoscere un diritto di recesso dal contratto al cliente "entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta ovvero dell'effettuazione di altre forme di comunicazione attuate ai sensi del comma I", poneva già di per sé in capo alla banca un onere formale minimo di informazione cartacea a favore del cliente, sempre che non sia intervenuta ("ovvero") una successiva delibera del CICR a regolare diversamente - ma pur sempre secondo canoni di trasparenza - la procedura da rispettare. Una tale interpretazione appare l'unica rispondente ai canoni di trasparenza nei rapporti bancari, a presidio del contraente debole, com'è nell'intenzione della legislazione settoriale sin dalla L. 154/1992. Il recesso, tuttavia, non appare un rimedio per un cliente esposto!

Neppure la delibera CICR del 2003 o la successiva L. n. 248/06 (che ha convertito, con modifiche, il decreto legge del 4 luglio 2006, n. 223 c.d. decreto Bersani, modificativo dell'art. 118) hanno, del resto, inteso prescindere dall'obbligo minimo a carico delle banche di comunicare per iscritto e personalmente al cliente tutte le "modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali". Ne consegue che già il testo originario dell'art.

118 esprimeva, sin dalla sua entrata in vigore, uno specifico onere di informazione scritta del cliente in caso di variazioni negoziali unilateralmente disposte dalla banca: e ciò a pena di inefficacia delle stesse.

L'USO PIAZZA

Trova *in subiecta materia* applicazione il principio in base al quale gli interessi praticati alla clientela possono - ai sensi dell'art. 1284 comma III c.c. - essere determinati *per relationem* con riferimenti extracontrattuali, senza che sia necessaria la determinazione numerica nel contratto, ma ciò a condizione che nello stesso siano individuati i criteri per la determinazione, ovvero siano determinabili a priori.

Le clausole uso piazza che non assolvono a tale funzione devono, invero, ritenersi comunque nulle per indeterminatezza (e indeterminabilità) dell'oggetto ex art. 1346 c.c. (in argomento Tribunale Torino 23 luglio 2003; Tribunale Roma 28 novembre 2002; Tribunale Milano, 4 luglio 2002; Tribunale Reggio Calabria 28 giugno 2002; Tribunale Monza, 7 maggio 2002; Corte Appello Lecce, 22 ottobre 2001; Pretura Pavia, 28 novembre 1992; Tribunale Genova 9 maggio 1989).

Occorre, quindi, stabilire qual è la norma di sostituzione applicabile, facendo una importante distinzione di ordine temporale.

- a) Nel caso del contratto antecedente l'entrata in vigore della legge 154/92, la norma di sostituzione non può che essere quella dell'interesse legale.
- b) Nel caso di conto aperto successivamente alla data di entrata in vigore della menzionata legge, il tasso di sostituzione è quello individuato dall'art. 117 TUB (per la concreta soluzione da dare al quesito, Tribunale Mantova, 3 febbraio 2004, con ampia e condivisibile motivazione; più recentemente, Corte Appello Milano, 4 febbraio 2009).

In questo secondo caso, poi, si ritiene che il tasso nominale minimo dei BOT debba riguardare le operazioni attive per la banca e sfavorevoli per il cliente e, viceversa, quello del tasso nominale massimo in ipotesi contraria delle operazioni passive, ossia sfavorevoli alla banca e favorevoli al cliente (per tale soluzione, Tribunale Mantova, 3 febbraio 2004, con ampia motivazione).

Correttamente, si è osservato che la doglianza che un tale *modus procedendi* penalizza l'Istituto ancor più che l'impiego dell'interesse legale, quale tasso di sostituzione come nel caso a) è mal posta, in quanto è indubbia una valenza sanzionatoria nel meccanismo

legale, piuttosto che di protezione del sistema creditizio che alcuna situazione di vantaggio può trarre da una cosciente violazione di una disposizione normativa che direttamente la riguarda.

Per tale ragione, pur prendendo atto di una voce dissonante nella sentenza della VI sezione civile del Tribunale di Milano (n. 6565 del 15 maggio 2006), si opta per la soluzione esposta, cui sono per altro conformi anche Tribunale Mantova 16.01.2004; idem 10.09.2004; idem 21.01.2005 e la dottrina in materia.

L'USURA E GLI INTERESSI USURARI

Altra e diversa la questione che attiene la nullità della clausola recante pattuizione di interessi usurari ossia, nella vigente legislazione, di importo superiore al tasso-soglia corrispondente al tasso effettivo globale medio riferito ad operazioni di uguale natura, come trimestralmente rilevato dal Ministero del Tesoro, sentita la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano Cambi.

Com'è noto, sugli artt. 1815 c.c. e 644 c.p. è intervenuta la legge 108/1996 che, per prima cosa, si è premurata di definire (nell'art. 644, IV comma, c.p.) usurario l'interesse che supera – tenuto conto *“delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito”* – la misura del tasso soglia.

L'art. 1815 c.c., invece, prevede al II comma che *“se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e gli interessi sono dovuti solo nella misura legale”*.

A mente dell'art. 2 della legge 108 cit. perché un tasso di interesse possa dirsi usurario occorre aumentare del 50% il T.E.G. medio riferito ad operazioni di analoga natura.

Nella legge manca un riferimento all'epoca di riferimento che sarebbe, invece, stato necessario, attesa la periodicità delle rilevazioni, generalmente con *trend* al ribasso e soventi casi di usurarietà cosiddetta sopravvenuta.

I noti argomenti giurisprudenziali della sostanziale irretroattività delle disposizioni sopravvenute (in questo senso Cass. 1877/1995; Cass. 11196/1995; Cass. 2118/1987; Cass. 267/1996; Corte Cost. 204/1997 in tema di *fideiussione omnibus*), da un lato, e della considerazione per gli *“effetti ancora in corso”* (Cass. 1126/2000; Cass. 5286/2000; Cass. 14899/2000) dall'altro, sono stati superati dal D.L. 394/2000, convertito nella legge 28.02.2001, n. 24 che indica usurari gli interessi che superano il tasso-soglia al momento in cui *“essi sono promessi o comunque convenuti a qualunque titolo”*, divenendo

irrilevante l'epoca del pagamento. La suddetta norma è da ritenere di interpretazione autentica, come desumibile anche dall'argomento storico della Relazione governativa di accompagnamento all'originario decreto legge. Tale la conclusione cui è pervenuta anche la Corte Costituzionale con sentenza n. 29/2002.

Restano alcuni argomenti aperti:

- l'incidenza della capitalizzazione trimestrale nella definizione del TGEM, contemplando la formula coniata dalla Banca d'Italia la capitalizzazione sostanzialmente annua ed avendo subito alterne vicende la sorte della CMS;
- la considerazione comunque per l'art. 644 c.p. per il caso in cui il contratto sia antecedente l'entrata in vigore della legge 108/96, con conseguente onere probatorio, nel qual caso in difetto di automatismo occorre indagare l'approfittamento dello stato di bisogno;
- l'incidenza della legge 24/2001 del quale si discute l'ambito applicativo (secondo la Corte d'Appello di Milano - sent. 10.05.2002 – esso sarebbe limitato al mutuo e non anche all'anticipazione in conto corrente, di talché per quest'ultimo sarebbe sempre possibile, in caso di interesse sopravvenuto usurario, la sostituzione con il tasso soglia di volta in volta rilevato, piuttosto che il mancato riconoscimento di alcun interesse);
- l'applicabilità o meno delle disposizioni in commento anche agli interessi moratori.

È invece attualmente chiaro come anche la CMS debba essere computata unitamente agli oneri, a differenza delle spese per le assicurazioni poste a carico del debitore, non per scelta o imposizione del creditore, bensì per volontà legislativa (di cui al d.P.R. n. 180 del 1950; del resto sia l'art. 644, comma 4, c.p. che l'art. 2, comma 2, l. 108/96 escludono la possibilità di includere nel calcolo del T.E.G.M. le imposte o tasse, e cioè tutti quei costi imposti dalla legge; in argomento, Tribunale Lecce, 16 novembre 2007).

Occorre sviluppare meglio il ragionamento con più puntuali richiami normativi.

Con la L. 7 marzo 1996, n. 108 il legislatore ha novellato il reato di usura di cui all'art. 644 c.p., delineando una disciplina in chiave tendenzialmente oggettiva che fa perno su un rapporto di sproporzione fra le prestazioni, predeterminato attraverso una procedura amministrativa.

In linea generale, il reato di usura comune si configura per l'oggettivo superamento del tasso-soglia degli interessi, indipendentemente dalla condizione della persona offesa,

salvo che non si verifichi comunque un abuso delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria della vittima.

Ove non venga in considerazione l'abuso della situazione di bisogno, l'elemento oggettivo del reato di usura è integrato dall'obiettivo superamento del tasso-soglia degli interessi.

Il superamento del tasso soglia, determinato secondo la procedura amministrativa prevista dalla legge, comporta, infatti, una presunzione legale di usurarietà degli interessi.

Più specificamente il comma 3 dell'art. 644 c.p. prevede che: *"la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari"*.

A norma della L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4: *"il limite previsto dall'art. 644 c.p., comma 3 oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ai sensi del comma 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà"*.

Lo stesso art. 2, ai commi 1 e 2 prevede le modalità di svolgimento della procedura amministrativa per la determinazione del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, stabilendo:

"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 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, artt. 106 e 107 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".

In sostanza la legge ha previsto una procedura amministrativa volta a rilevare in modo oggettivo il livello medio dei tassi d'interesse praticato dalle banche e dagli altri intermediari finanziari autorizzati, ancorando il disvalore sociale collegato al concetto di usura al superamento di tale livello-soglia, aumentato della metà.

Di conseguenza l'art. 644 c.p. si presenta come una norma penale parzialmente in bianco, in quanto per determinare il contenuto concreto del precetto penale è necessario fare riferimento ai risultati di una complessa procedura amministrativa.

Se tale procedura non venisse portata a termine, con la pubblicazione trimestrale dei Decreti del Ministro del Tesoro (attualmente dell'Economia e delle Finanze) portanti la rilevazione dei tassi globali medi, il reato non sarebbe punibile per la mancanza di un elemento essenziale, integrativo della condotta, fatta salva l'ipotesi dell'abuso dello stato di bisogno.

Allo stesso modo la nullità (parziale) civilistica per il combinato disposto dell'art. 1418 c.c. per contrasto con la norma imperativa (appunto quella di diritto penale) non sarebbe automaticamente configurabile e non renderebbe necessario il meccanismo della sanzione e, nei casi in cui è ammissibile, dell'eterointegrazione.

Proprio il rilievo che assume la procedura amministrativa per l'integrazione del reato ha fatto sorgere dei dubbi di costituzionalità della norma, risolta negativamente dalla Cassazione penale che ha osservato come: "In tema di usura è manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità del combinato disposto dell'art. 644 c.p., comma 3 e della L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, per contrasto con l'art. 25 Cost., sotto il profilo che le predette norme, nel rimettere la determinazione del tasso soglia, oltre il quale si configura uno degli elementi oggettivi del delitto di usura, ad organi amministrativi, determinerebbero una violazione del principio della riserva di legge in materia penale" (Cass. Sez. 2^a, Sentenza n. 20148 del 18.03.2003).

Con tale pronuncia la Corte ha osservato che il principio della riserva di legge è rispettato in quanto la suddetta legge indica analiticamente il procedimento per la determinazione dei tassi soglia, affidando al Ministro del Tesoro solo il limitato ruolo di "fotografare", secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari.

La legge ha determinato il percorso che l'autorità amministrativa deve compiere per rilevare l'andamento dei tassi finanziari ed in esso c'è l'intervento della Banca d'Italia che, nella sua qualità di Organo di vigilanza, deve fornire le dovute istruzioni alle banche ed agli operatori finanziari autorizzati per la rilevazione trimestrale dei tassi effettivi

globali medi praticati dal sistema bancario e finanziario in relazione alle categorie omogenee di operazioni creditizie.

Tuttavia questo intervento tecnico di “fotografia” implica delle scelte interpretative da parte dell'Organo di vigilanza, sia in merito alla classificazione delle operazioni omogenee rispetto alle quali effettuare la rilevazione dei tassi medi effettivamente praticati nel trimestre, sia in merito all'individuazione “delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese (..) collegate all'erogazione del credito”, che devono essere incluse nelle rilevazioni statistiche e che devono, viceversa, essere escluse, in quanto imposte o tasse, ovvero oneri non collegati all'erogazione del credito.

Sulla possibilità che detta operazione, solo accennata dal legislatore, possa essere condotta dall'organo di vigilanza delle Banche stesse si è animato il dibattito dottrinario e talvolta giurisprudenziale.

Nondimeno non può omettersi di osservare come un ruolo nella formazione secondaria sia stato affidato alla Banca d'Italia dallo stesso legislatore.

Venendo al merito, le istruzioni di vigilanza diramate dalla Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi praticati dal sistema bancario e finanziario, in relazione alle categorie omogenee di operazioni creditizie indicano analiticamente i dati da segnalare ed il trattamento degli oneri e delle spese.

In particolare il punto C4 (Trattamento degli oneri e delle spese), prevede: “Ai sensi della legge il calcolo del tasso deve tener conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito.

In particolare, sono inclusi:

- 1) le spese di istruttoria e di revisione del finanziamento (per il factoring le spese di “istruttoria cedente”);
- 2) le spese di chiusura della pratica (per il leasing le spese forfettarie di “fine locazione contrattuale”);
- 3) le spese di chiusura o di liquidazione addebitate con cadenza periodica, in quanto diverse da quelle per tenuta conto;
- 4) le spese di riscossione dei rimborsi e di incasso delle rate;
- 5) il costo dell'attività di mediazione svolta da un terzo, se necessaria per l'ottenimento del credito;

- 6) le spese per le assicurazioni o garanzie imposte dal creditore, intese ad assicurare il rimborso totale o parziale del credito, mentre le spese per assicurazioni e garanzie non sono ricomprese quando derivino dall'esclusivo adempimento di obblighi di legge (con la precisazione che nelle operazioni di prestito contro cessione del quinto dello stipendio e assimilate indicate nella Cat. 8 le spese per assicurazione in caso di morte, invalidità, infermità o disoccupazione del debitore non rientrano nel calcolo del tasso purché siano certificate da apposita polizza);
- 7) ogni altra spesa contrattualmente prevista connessa con l'operazione di finanziamento. Si considerano non connessi con l'operazione, con riferimento al factoring e al leasing, i compensi per prestazioni di servizi di natura non finanziaria.

Sono, invece, escluse:

- a) le imposte e tasse;
- b) le spese e gli oneri di cui ai successivi punti per la parte in cui non eccedano il costo effettivamente sostenuto dall'intermediario (così il recupero di spese, anche se sostenute per servizi forniti da terzi, ad es. perizie, certificati camerali, spese postali; spese custodia pegno; nel caso di sconto di portafoglio commerciale, le commissioni di incasso di pertinenza del corrispondente che cura la riscossione e le spese legali e assimilate, ad es. visure catastali, iscrizione nei pubblici registri, spese notarili, spese relative al trasferimento della proprietà del bene oggetto di leasing, spese di notifica, spese legate all'entrata del rapporto in contenzioso)".

Nel successivo punto C.5 le istruzioni di vigilanza (in vigore fino al 2^a trimestre 2009) prevedevano che la commissione di massimo scoperto non entrasse nel calcolo del TEG. Essa era rilevata separatamente, espressa in termini percentuali.

La metodologia per il calcolo del TEG applicata dalla Banca d'Italia, fin dalla prima rilevazione, è stata posta a fondamento dei decreti ministeriali nei quali, come previsto dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, comma 1 è contenuta la rilevazione trimestrale del tasso effettivo globale medio in base al quale è stabilito il limite previsto dall'art. 644 c.p., comma 3 oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

Infatti, fin dal primo decreto (D.M. 22 marzo 1997) il Ministro del Tesoro determinava la tabella dei tassi di interesse effettivi globali medi, precisando che "i tassi non sono comprensivi della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata".

Per quanto riguarda la natura della commissione di massimo scoperto, occorre – come già detto - fare riferimento alle Istruzioni di vigilanza che la definiscono in questo modo: “Tale commissione nella tecnica bancaria viene 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 allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni - viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento. Tale commissione è strutturalmente connessa alle sole operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile, sul presupposto tecnico che esista uno scoperto di conto. Pertanto, analoghe commissioni, applicate ad altre categorie di finanziamento, andranno incluse nel calcolo del TEG”.

Se ne evince, come già osservato, che tale voce non costituisce un interesse in senso tecnico, bensì una commissione, vale a dire un onere posto in relazione allo “scoperto di conto corrente”, che trova giustificazione quale parziale ristoro per la minore redditività che la banca subisce dovendo tenere a disposizione risorse liquide, oltre l'affidamento concesso.

Non può escludersi, però, che tale onere sia collegato all'erogazione del credito, anche se, in qualche modo riflette una patologia dei rapporti bancari che si esprime nello scoperto di conto corrente o nello sconfinamento di fido.

Ciò ha fatto sorgere delle legittime perplessità in ordine alla conformità al dettato legislativo del metodo di rilevazione adottato dalla Banca d'Italia (e fatto proprio dal Ministro competente) nella parte in cui esclude la CMS dal calcolo del TEG. Tali perplessità sono emerse episodicamente dinanzi ai giudici di merito, ma il problema non è mai stato compiutamente esaminato dalla Corte di Cassazione prima della decisione della seconda sezione penale 19 febbraio 2010, n. 12028.

Si è osservato come il chiaro tenore letterale dell'art. 644 c.p., comma 4 (secondo il 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 all'erogazione del credito) impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporti in connessione con il suo uso del credito. Tra essi rientra indubbiamente la Commissione di Massimo Scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente

collegato all'erogazione del credito, poiché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente. Ciò comporta che, nella determinazione del tasso effettivo globale praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto, ove praticata.

Tale interpretazione risulta avvalorata dalla normativa successivamente intervenuta in materia di contratti bancari.

Al riguardo occorre richiamare il D.L. 29 novembre 2008, n. 185, art. 2 bis convertito con la L. 28 gennaio 2009, n. 2 che al comma 1 disciplina le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto, ridimensionandone l'operatività ed al comma 2 precisa che: "gli interessi, le commissioni, 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 (...) sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., dell'art. 644 c.p. e della L. 7 marzo 1996, n. 108, artt. 2 e 3".

In applicazione di tale normativa la Banca d'Italia ha diramato, nell'agosto del 2009, le nuove Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura.

Al punto C.4 (trattamento degli oneri e delle spese nel calcolo del TEG) sono indicate (sub 7) fra le varie voci da comprendere nel calcolo anche:

"gli oneri per la messa a disposizione dei 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 e la Commissione di Massimo Scoperto laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti".

La disposizione in parola, secondo la giurisprudenza penale, può essere considerata norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., comma 4 in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme.

Non è raro il caso che a fronte di una posizione di credito la Banca inoltri segnalazione del nominativo del cliente alla Centrale Rischi presso la Banca d'Italia.

Giova, a tal riguardo, rammentare che la segnalazione è disciplinata dalle istruzioni fornite dalla Banca d'Italia in attuazione della delibera del Comitato Interministeriale del Credito e del Risparmio del 29.03.1994, assunta ex artt. 53, I comma, lett. b), 67, I comma, lett. b) e 107, II comma del D.Lgs. 1.09.1993, n. 385 (circolare Banca d'Italia n. 139 dell'11.02.1991 in tema di istruzione per gli intermediari creditizi, come da ultimo modificata con l'VIII aggiornamento del 14.11.2001 e provvedimento Banca d'Italia del 5.08.1995 denominato "*obbligo di partecipazione degli intermediari finanziari al servizio di centralizzazione dei rischi gestito dalla Banca d'Italia*"). Essa va effettuata in caso di insolvenza anche non giudizialmente accertata, ovvero di situazioni alla stessa equiparabili.

Il concetto di insolvenza, com'è noto, oltre ad essere normativamente previsto (art. 5 R.D. 16.03.1942, n. 267, c.d. legge fallimentare che la indica, secondo la comune interpretazione giurisprudenziale, nello "*stato di incapacità del debitore a fare fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali di pagamento*"), non è solitamente configurato con riferimento ad un solo debito, anche se ingente, e giammai laddove lo stesso sia oggetto di contestazione giudiziale, anche limitatamente al *quantum* (Tribunale Cremona, 18.05.2000; Tribunale Santa Maria Capua Vetere, sez. fall., 20.11.2001 e idem Corte d'Appello di Napoli; Tribunale Napoli, sez. fall., 12.12.2001; Tribunale Santa Maria Capua Vetere, sez. fall., 16.01.2000; Tribunale Salerno, 18.03.1998; Tribunale Pisa, 4.03.1997; Corte d'Appello Bologna, 17.10.1996; Tribunale Chieti, 26.06.1992).

Il mero inadempimento, in altre parole, di per sé non integra il "*fatto esteriore che dimostra che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*" e non importa, dunque, rischio di insolvenza (in questo senso Tribunale Napoli, 18 marzo 2005; Tribunale Patti, 17 settembre 2004; Tribunale Roma, 10 marzo 1998). Lo stesso dicasi del rifiuto di adempiere e della contestazione sull'ammontare del debito.

Con riferimento alle "situazioni sostanzialmente equiparabili", invece, esse riguardano ipotesi di oggettiva difficoltà economica del correntista, equiparabili, secondo interpretazione di buona fede (la stessa che deve sovrintendere ai rapporti commerciali tra clienti ed istituti di credito e su cui oltre), all'ipotesi contemplata dall'art. 187 I. fall (Tribunale Brindisi, sez. distaccata Fasano, 26.09.2000 cit.).

Esse, ad esempio, non sono desumibili dal sistematico ricorso al credito commerciale, che è addirittura necessario alle finalità produttive, oltre che sintomatico del fatto che più istituti ritengono il soggetto affidabile e solvibile (Tribunale Brindisi – sez. distaccata Fasano, 26.09.2000 cit.), né dall'esistenza di garanzie che si appartengono al tipico percorso dell'imprenditore.

Conclusivamente giova riferire che il Tribunale di Cagliari, con pronuncia del 25 ottobre 2000, ha considerato la sofferenza come *“l'esposizione di chi, magari anche per l'entità dell'importo, versi in una obiettiva situazione di grave difficoltà di rientro, sia il debito di colui che opponga un'ingiustificata resistenza all'adempimento, costringendo l'intermediario a lunghe e costose iniziative giudiziarie per il recupero, sia, infine, quella di chi manifesti un tale sforzo nel rientro da far temere che il decorso del tempo sia insufficiente a garantire il recupero e da far fondatamente dubitare della sua affidabilità patrimoniale”*. Sulla stessa linea è anche la recente Corte di Cassazione laddove qualifica la diligenza del “buon banchiere” (che deve essere osservata affinché la segnalazione sia applicata responsabilmente) come quel *“maggior grado di prudenza e di attenzione che la professionalità del servizio consente di attendersi e che non può essere riferita a quella di un qualsiasi osservatore di medio interesse e di media diligenza”*. Ne consegue che il buon banchiere deve variare i criteri di valutazione del comportamento dovuto in relazione alla natura dell'attività, ancor prima che al tipo di obbligazione.

In difetto di una certa insolvenza e dinanzi ad un credito contestato, risultato, poi, di gran lunga inferiore rispetto a quanto ritenuto dall'Istituto, la segnalazione va certamente cancellata.

Il mantenimento della segnalazione e la sua esecuzione in costanza di un credito giudizialmente contestato è verosimilmente foriero di un danno alla persona del segnalato, atteso che la sua condizione di soggetto affidato e ritenuto dal sistema creditizio un cattivo pagatore lo può astrattamente pregiudicare verso tutti gli Enti che possono accedere alle informazioni bancarie, *in primis* eventuali altri Istituti con cui questi intrattiene o potrebbe intrattenere altri e diversi rapporti.

La misura di questo danno personale non è certamente agevole a darsi, attenendo alla sfera soggettiva, per cui occorre fare ricorso alla equità suppletiva giudiziale. Ebbene, nell'esercizio del potere equitativo giudiziale (al di là di un danno patrimoniale che soggiace ai consueti principi della prova e che, eventualmente è passibile di ulteriore

accertamento tramite consulenza), il Giudice, nell'esercizio del potere discrezionale, perché esso non debordi in arbitrio, non potrà non considerare:

- il tempo della segnalazione;
- la sua causale;
- l'effettiva consistenza della esposizione debitoria;
- il comportamento successivo osservato dalla parte al momento dell'accertamento del *quantum* effettivamente dovuto.

dott.ssa Maria Teresa Onorato

QUESITI

N.R.G. _____

Udienza del _____

Presenti i procuratori delle parti nonché il C.T.U. dott. _____ nato a _____ con studio in _____ il quale presta il giuramento di rito, pronunciando la parola "lo giuro".

Al C.T.U. viene posto il seguente quesito:

"letti gli atti di causa, acquisita la relativa documentazione presso l'istituto bancario ed espletate le opportune indagini sul rapporto oggetto di giudizio:

1. determini l'esatto ammontare della sola sorte capitale del credito vantato dalla banca nei confronti del cliente alla data di chiusura del rapporto, indicando separatamente l'importo degli interessi, delle spese e delle c.m.s. risultanti dagli estratti di conto corrente;
2. applichi il tasso di interesse convenzionale come pattuito tra le parti nel contratto nella misura numerica ivi indicata, ovvero il diverso tasso come eventualmente modificato dalla Banca nel corso del rapporto in senso favorevole al cliente (attesa la variabilità *in melius* senza vincoli di sorta *ex lege* n. 154/92 e *ex art.* 118 TUB), con esclusione invece delle variazioni sfavorevoli al cliente (ove non vi sia in atti la prova della valida pattuizione nel contratto del relativo *ius variandi*);
3. nel caso in cui il tasso di interesse non sia stato determinato o sia stato determinato con riferimento alle condizioni usualmente praticate nella piazza, verificata preliminarmente l'epoca di stipula del contratto, sostituisca agli interessi come calcolati dall'istituto di credito gli interessi in misura legale se il conto corrente è antecedente al 9.07.1992, data dell'entrata in vigore della legge 154/1992; se, invece, il conto corrente è successivo al 10.07.1992, applichi il tasso nominale indicato dal meccanismo di integrazione previsto dall'art. 117 TUB, con la precisazione che il tasso nominale minimo dei BOT riguardi le operazioni attive per la banca e sfavorevoli per il cliente e, viceversa, quello del tasso nominale massimo in ipotesi contraria delle operazioni passive, ossia sfavorevoli alla banca e favorevoli al cliente (considerando i BOT a 12 mesi emessi nell'anno precedente a quello di applicazione);

4. applichi sul massimo saldo debitore ed una sola volta nell'arco dell'intero rapporto la c.m.s. solo se pattuita tra le parti nel contratto, nella misura numerica ivi indicata, ovvero applichi la detta in una diversa percentuale come eventualmente modificata dalla Banca nel corso del rapporto in senso favorevole al cliente; in caso di omessa pattuizione, la epuri totalmente;
5. escluda qualsiasi altra remunerazione contabilizzata a carico del correntista ma non pattuita nel contratto, ad eccezione delle imposte e tasse come dovute *ex lege*;
6. dica se nel corso del rapporto contrattuale sono stati computati interessi anatocistici calcolati su base trimestrale e ne verifichi l'ammontare, una volta sostituito a detto sistema quello della capitalizzazione su base annua quanto agli interessi corrispettivi e moratori, quanto meno fino all'entrata in vigore della delibera del C.I.C.R. 9.02.2000 e comunque anche in seguito se non sia stata pattuita la capitalizzazione su base trimestrale degli interessi attivi, e senza capitalizzazione quanto alle altre remunerazioni, tra cui la c.m.s., come indicato al superiore punto 4;
7. verifichi la conformità dei tassi come sopra determinati con il valore che gli stessi avrebbero dovuto, per ciascun trimestre, avere in applicazione delle rilevazioni ministeriali dei tassi soglia ai sensi della Legge n. 108 del 1996 in base alla seguente formula: $TEG = (\text{interessi} \times 36.500) / \text{numeri debitori} + [(\text{oneri} + \text{c.m.s.}) \times 100] / \text{accordato}$, come da istruzioni della Banca d'Italia;
8. specifichi se nel corso del rapporto siano stati applicati interessi al di sopra del tasso soglia di cui al quesito precedente e, nel caso in cui il tasso usurario rilevato fosse (già) usurario al momento della pattuizione (cd. "usurarietà originaria", senza quindi attribuire alcun rilievo alla eventuale usurarietà dei tassi sopravvenuta al momento della loro pattuizione), applichi, per i relativi periodi in cui si sia accertata detta usurarietà originaria, la sanzione ex art. 1815, comma II c.c. ("nessun interesse è dovuto"), diversamente contenendo i tassi nei limiti di quelli soglia;
9. dica se nel corso del rapporto è stato legittimamente svolto il calcolo delle valute; in particolare, verifichi come dette valute sono state in concreto conteggiate dalla Banca e se ciò è avvenuto in conformità dell'art. 120 TUB e delle previsioni negoziali relative ad esse; in caso negativo, ricalcoli le stesse

come dovute secondo le previsioni contrattuali, purché conformi all'art. 120 TUB;

10. alla luce di tutte le superiori verifiche, determini l'esatto ammontare di dare/avere tra le parti.

Il C.T.U. dichiara di accettare l'incarico e chiede termine di giorni _____ per il deposito della relazione scritta dall'inizio delle operazioni che fissa per il giorno _____ presso _____.

Il Giudice, dato atto, autorizza il C.T.U. ad iniziare le operazioni peritali anche in assenza dell'Ufficio e a prendere visione del fascicolo di ufficio e a ritirare i fascicoli di parte. Autorizza, altresì, il C.T.U. ad avvalersi di un eventuale collaboratore di sua fiducia.

Assegna al CTU il termine richiesto per la trasmissione tramite piego raccomandato anticipabile per fax o posta elettronica della relazione alle parti costituite e a queste ultime il successivo termine di gg. 30 per inoltrare, con analoghe modalità, all'ausiliario le proprie osservazioni sulla relazione;

fissa al CTU termine fino a 20 gg. prima dell'udienza del _____ alla quale rinvia, per depositare in Cancelleria, su cartaceo e su supporto informatico, la relazione, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione delle stesse

Assegna al CTU l'acconto di € _____ che pone provvisoriamente a carico di _____.

Autorizza, altresì, la nomina dei consulenti di parte sino alla data dell'inizio delle operazioni peritali, da effettuare con comunicazione scritta da far pervenire nella Cancelleria del Giudice.

dott.ssa Maria Teresa Onorato