



Consiglio Superiore della Magistratura

Nona Commissione

*I Magistrati referenti per la formazione decentrata
Presso la Corte d'Appello di Palermo – settore civile*

RIFLESSIONI SUL CONTENZIOSO BANCARIO

DOPO I RECENTI INTERVENTI

GIURISPRUDENZIALI E NORMATIVI

Palermo, 15 aprile 2011, ore 15:30

Aula magna - Palazzo di Giustizia

*Relatore dott. Gabriele Positano
Giudice del Tribunale di Lecce*

“La ricostruzione del rapporto bancario: cosa si faceva sino al 2010”

La programmazione di un incontro sul delicato tema del rapporto tra banca impresa e privati che ha ad oggetto oltre ai profili giuridici anche quelli economici e tecnici costituisce un esempio importante di collaborazione tra operatori del diritto (docenti universitari, ai magistrati ed agli avvocati) e dell'economia (e penso ai dottori commercialisti, ai ragionieri, ai referenti gli istituti di credito e delle associazioni a tutela dei consumatori e degli utenti bancari) che operano in un unico ambiente e che hanno manifestato sensibilità nei confronti di un concetto elevato di formazione professionale.

Il tema odierno vede una convergenza di interessi sull'ampia categoria del cd diritto dell'economia, e cioè sulle tematiche della riforma del diritto civile, commerciale, penale e processuale che pongono il diritto dell'economia come uno dei temi centrali dei prossimi anni, cui si dovrà guardare, sia in un'ottica prettamente giuridica, che più propriamente tecnica ed economica, per dotare sia il giudice che gli altri operatori delle conoscenze essenziali per l'attuazione giudiziale di fattispecie o che presentano ampi profili gestori o che presuppongono complesse nozioni anche extragiuridiche.

E' superfluo ricordare l'importanza sia da un punto di vista giuridico che economico delle tematiche oggetto del convegno, basti pensare che all'indomani delle prime decisioni innovative della Cassazione a Sezioni semplici in materia di anatocismo il Sole 24 Ore stimava che il “giro d'affari” legato al problema dell'anatocismo si aggirava intorno ad un importo annuo di circa 5-6 mila miliardi, che secondo le stime delle associazioni dei consumatori potrebbe essere decisamente superiore sino a 100 mila miliardi di lire (Sole 24 Ore del 17.10.2000).

L'orientamento tradizionale della giurisprudenza in tema di anatocismo affermava la validità della capitalizzazione facendola rientrare tra gli usi normativi previsti dal codice all'art. 1283 c.c., riconoscendo, nei rapporti tra cliente e banca, legittima la capitalizzazione degli interessi.

Le decisioni che hanno aperto una breccia nell'orientamento tradizionale precedente sono le pronunce emesse nel mese di marzo 1999 dalla Prima e dalla Terza Sezione della Cassazione con le quali si è affermato il principio della nullità della previsione avente ad oggetto la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, “giacché essa si basa su di un mero uso negoziale e non su di una vera e propria

norma consuetudinaria ed interviene anteriormente alla scadenza degli interessi”.

La svolta della Cassazione era stata ben meditata (la causa era passata in decisione il 20.5.98 ed è stata decisa il 16.3.99).

E quei principi hanno trovato l'avallo della recente decisione delle Sezioni Unite che nella notissima sentenza del 4 novembre 2004, n. 21095 (Presidente Carbone - Relatore Morelli, PG Palmieri) hanno confermato l'illegittimità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi.

Una volta affermati i principi, il problema passa nelle mani del giudice di merito.

Ed, infatti, sin dal 1999, per il tema dell'anatocismo, e ancor prima, dal 1996, per l'applicazione dei cd interessi uso piazza, il vero problema era: come rideterminare un rapporto bancario inficiato da tali nullità parziali?

Il computo del termine decennale di conservazione dei documenti

In tema di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte; tra i doveri di comportamento scaturenti dall'obbligo di buona fede vi è anche quello di fornire alla controparte la documentazione relativa al rapporto obbligatorio ed al suo svolgimento; in materia di contratti bancari, il diritto alla documentazione trova fondamento, oltre che negli artt. 1374 e 1375 cod. civ., anche nell'art. 119 TU leggi bancarie il quale pone a carico della banca l'obbligo di periodica comunicazione di un prospetto che rappresenti la situazione del momento nel rapporto con il cliente ed accorda a questi il diritto di ottenere - a sua spese, limitatamente agli ultimi dieci anni, indipendentemente dall'adempimento del dovere di informazione da parte della banca e anche dopo lo scioglimento del rapporto - la documentazione di ciascuna operazione registrata sull'estratto conto. Tale orientamento trova riscontro in quelle pronunce che affermano l'obbligo per gli istituti di credito di consegna alla curatela del fallimento degli estratti conto configurando diritto alle copie dei documenti inerenti il rapporto, anche se il cliente aveva già ricevuto dalla banca le comunicazioni periodiche di cui all'art. 119 TU.

Nel caso in cui, nel corso di un giudizio civile, venga formulata istanza di esibizione documentale ex art. 210 c.p.c., la parte nei cui confronti tale istanza è formulata è tenuta a conservare la documentazione oggetto di essa fino a che il giudice non abbia definitivamente e negativamente provveduto sulla stessa, a nulla rilevando che, trattandosi di documentazione contabile, sopravvenga, "medio tempore", la maturazione del termine decennale di durata dell'obbligo di conservazione delle scritture contabili fissato dall'art. 2220 c.c.; nessun obbligo di conservazione oltre il decennio grava invece sulla parte finché la suddetta istanza non sia presentata, con la conseguenza che dalla distruzione della documentazione contabile il giudice può trarre argomenti di prova a norma dell'art. 116 c.p.c. solo se tale distruzione sia avvenuta successivamente alla presentazione della relativa istanza e durante il tempo di attesa della decisione su di essa (Cass. civ., sez. I, 28 agosto 2000, n. 11225).

Il dovere di lealtà e probità della parte (art. 88 c.p.c.) - che, in conseguenza della presentazione dell'istanza di esibizione documentale ai sensi dell'art. 210 c.c., determina la protrazione dell'obbligo di conservazione dei documenti, di cui la controparte ha chiesto l'esibizione, anche oltre la scadenza del decennio previsto dall'art. 2220 c.c. e fino a quando il giudice non abbia provveduto negativamente su detta istanza - non può essere esteso sino ad imporre la conservazione dei documenti (che non si abbia più l'obbligo di conservare, essendo compiuto, il decennio di cui sopra), in attesa che la controparte proponga eventualmente istanza di esibizione (Cass. civ., sez. I, 18 novembre 1994, n. 9797).

All'istanza ex 210 c.p.c. deve parificarsi la richiesta di consulenza tecnica d'ufficio con acquisizione della documentazione bancaria.

Il termine di dieci anni viene conteggiato a ritroso dal momento in cui i documenti vengono formalmente richiesti dalla parte o dal giudice o dal consulente tecnico di ufficio su autorizzazione del giudice. Se però nell'atto introduttivo o in seguito prima della scadenza dei dieci anni la parte formuli richiesta ex art. 210 c.p.c. il termine di dieci anni viene sospeso.

Ripetibilità delle somme indebitamente percepite dalla banca

I principi sino ad oggi esaminati in tema di anatocismo, nullità della determinazione degli interessi con rinvio agli usi piazza e delle altre clausole contrattuali trovano concreta attuazione solo sul presupposto della

esistenza di un diritto di ripetizione delle somme indebitamente trattenute dall'istituto di credito sulla base di disposizioni contrattuali ritenute vincolanti.

Prendiamo le mosse da una decisione del Tribunale di Torino del 10-03-2003 nella quale il giudice monocratico decidendo in grado di appello avverso una statuizione del Giudice di Pace ha espresso questa valutazione: pur aderendo alla tesi manifestata ripetutamente dalla Suprema Corte, secondo la quale è nulla la clausola, contenuta in un contratto bancario, che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi da tale tesi non può discendere l'obbligo della banca di restituire le somme ormai da tempo (dal 1994) riscosse a tale titolo.

Secondo il Tribunale la Suprema Corte ha più volte statuito che la pattuizione invalida (per mancanza di atto scritto ex art.1284, 3°c., c.c.) di interessi superiori alla misura legale non consente, tuttavia, la ripetizione al debitore che li abbia, comunque, pagati, dovendosi qualificare il relativo pagamento quale adempimento di obbligazione naturale (Cass.1976 n.1300; Cass.1974 n.1426), purchè non si tratti di interessi usurari (Cass.1973 n.1995), e cioè nonostante il fatto che il requisito formale di cui all'art.1284, 3°c., c.c., pretermesso, sia costitutivo del rapporto (Cass.1987 n.2690).

Nello stesso modo, di conseguenza, ben può essere qualificata quale obbligazione naturale, irripetibile ex art.2034 c.c., quella da cui è derivato il pagamento di interessi anatocistici in forza di apposita clausola pattuita nel contratto di conto corrente bancario.

Il Tribunale pone sullo stesso piano ai fini della non ripetibilità delle somme, quanto corrisposto a titolo di interessi ultralegali non convenzionali (in quanto tali non dovuti) e di interessi anatocistici (sulla base di una clausola scritta, successivamente ritenuta nulla dalla Cassazione)

Conclude il Tribunale ritenendo che se il pagamento spontaneo di interessi ultralegali pattuiti invalidamente rappresenta un'obbligazione naturale e non è soggetto a ripetizione ex art.2034 c.c. (Cass.1977 n.3832), altrettanto debba dirsi per il pagamento di interessi anatocistici invalidamente pattuiti (con pattuizione anteriore alla loro scadenza), tra l'altro, con apposita clausola negoziale scritta.

L'importanza della questione è evidente.

In effetti si potrebbe sostenere che nell'ipotesi di pagamento intervenuto in base a patto "autorizzativo", seppure nullo, sussiste il presupposto della volontarietà del pagamento, anche se gli interessi sono "trattenuti" dalla stessa banca, in quanto la stessa è "autorizzata" a tanto.

Sul punto vi sono confortanti decisioni della Cassazione: vedi Cass. 9 aprile 1984, n. 2262 e Cass. 25 gennaio 2000, n. 819. La prassi della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi sarebbe un valore morale e sociale, assolto il quale è precluso per gli stessi la possibilità di chiederne la ripetizione.

In realtà occorre fare alcune puntualizzazioni:

1. I due requisiti richiesti dal 2034 c.c. per la produzione di tale effetto sono la capacità del solvens e la spontaneità della datio, ove quest'ultima non va confusa con la volontarietà, per cui è ammessa la ripetizione nel caso in cui il solvens fosse stato, al momento del pagamento, erroneamente convinto della natura giuridica e non morale del vincolo. La sentenza della Cassazione n. 84/2262 ha stabilito che non costituisce adempimento di obbligazione naturale il pagamento preceduto "dall'addebito degli interessi ultralegali sul conto corrente del cliente per esclusiva iniziativa della banca e senza autorizzazione alcuna da parte del cliente medesimo". In questi casi in cui la banca abbia addebitato gli interessi non dovuti sul conto corrente del cliente (e questo caso sembra ricomprendere in toto il fenomeno della capitalizzazione trimestrale) è esclusa la spontaneità e quindi è ammessa la ripetibilità.

2. Il disposto dell'art. 1283 c.c. è una norma eccezionale, giacché norma imperativa che autorizza la deroga nel caso di usi normativi. Da questo deriva la difficoltà di equiparare un'autorizzazione prestata dal correntista da ritenere nulla perché contrastante con norma imperativa con il presupposto della spontaneità della solutio supposta dall'art. 2034 c.c. che in tema di obbligazioni naturali inibisce la ripetizione sul presupposto della spontaneità della prestazione.

3. Dal carattere imperativo dell'art. 1283 c.c. dovrebbe derivare anche la insussistenza dell'altro presupposto previsto dall'art. 2034 c.c. e cioè la esecuzione di doveri morali e sociali. Il cliente della banca che ha versato, prima della sentenza della Consulta 00/425, gli interessi anatocistici non l'ha fatto per obbedire ad un dovere morale, né perché erroneamente convinto dell'esistenza di un vincolo giuridico dietro tale obbligo, bensì per evitare di andare incontro a quell'aggravio di costi cui sarebbe certamente incorso in caso contrario.

4. Una ultima argomentazione di ordine logico: l'insanabile nullità di un contratto stipulato in

violazione di norma imperativa dovrebbe privare le parti non solo dell'azione contrattuale, ma pure dell'azione di indebito arricchimento e della soluti retentio ex art. 2034 c.c.. Non consentendo la restituzione delle somme l'azione di ingiustificato arricchimento o la disciplina delle obbligazioni naturali si presterebbero surrettiziamente al risultato di assicurare la conservazione dei risultati economici di prestazioni eseguite in adempimento di contratti invalidi. Si ha una "obbligazione naturale" in tutti quei casi in cui l'ordinamento, pur non concedendo l'azione, pure esclude la ripetizione. E' dunque pacifico che l'obbligazione naturale non è una obbligazione.

La ricostruzione del rapporto bancario per i cd tassi uso piazza

La questione dei limiti di applicazione della nuova disciplina bancaria ai rapporti ancora pendenti tra le parti ha consentito al giudice di merito di adottare scelte interpretative consapevoli avendo ben presente che le opzioni ermeneutiche che si ponevano erano sostanzialmente tre:

1. Tesi della irrilevanza della nuova disciplina: mentre i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del nuovo T.U. bancario devono necessariamente rispettare le nuove prescrizioni di legge, quelli stipulati prima di tale data sono disciplinati esclusivamente dalla legge precedente e dovrebbero ritenersi interamente validi (tesi della irrilevanza della nuova disciplina). In questo caso, ad esempio, la clausola relativa alla determinazione degli interessi con rinvio ai tassi determinati su piazza, potrà essere valida o meno sulla base della tesi giurisprudenziale che si ritiene di accogliere (quella tradizionale sino al 1996 della validità e quella successiva della nullità relativa), ma non sulla base della nuova disciplina legislativa. Pertanto, se la clausola è valida, il contratto è inattaccabile, ma se si ritiene nulla (art. 1419 c.c.) la stessa sarà sostituita dalla applicazione degli interessi al tasso di legge per tutta la durata del rapporto contrattuale (con esclusione dei tassi previsti dallo articolo 117 della legge TU, che, anche sotto tale profilo di integrazione legale, resta inapplicabile);

2. Tesi dell'efficacia retroattiva sui contratti di durata: i contratti conclusi prima della entrata in vigore della nuova legge bancaria divengono automaticamente nulli nella parte in cui non rispettano i criteri introdotti dal legislatore del 1992 e 1993, con conseguente rideterminazione, ad esempio, dei tassi di interesse, sulla base di quelli previsti dalla nuova legge bancaria sin dall'inizio del rapporto. La tesi contrasterebbe con il principio della irretroattività della legge ex articolo 11 preleggi, con il disposto dell'articolo 11 disposizioni finali legge 154/92 e con la opinione sostenuta dalla Cassazione in tema di fideiussione e contratti bancari;

3. Tesi dell'efficacia ex nunc: i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge numero 154 del 1992, sono interessati dalla nuova disciplina solo a partire dalla data di entrata in vigore della stessa. Pertanto prima di tale momento, le clausole contrattuali (ad esempio, quella relativa alla determinazione degli interessi uso piazza), potranno essere ritenute valide o meno sulla base della tesi giurisprudenziale che si ritiene di accogliere e non sulla base della nuova disciplina legislativa (come nell'ipotesi sub 1). Pertanto se la condizione risulta nulla (art. 1419 c.c.) trova applicazione il disposto dell'articolo 1284 c.c. (interessi al tasso di legge) con decorrenza dall'inizio del rapporto e sino alla data in cui è entrata in vigore la nuova disciplina. Successivamente a tale data le clausole nulle vanno sostituite sulla base dei criteri stabiliti dalla legge numero 145/92 prima e dal T.U. del 1993, dopo. In particolare, sebbene l'art. 117 faccia riferimento ai tassi dei buoni del Tesoro emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, la norma va necessariamente applicata, in riferimento ai tassi dell'anno precedente alla entrata in vigore della legge, non rispondendo alla ratio della nuova disciplina il rinvio al tasso praticato al momento della stipulazione di un contratto (magari, oltremodo risalente), da applicare con decorrenza 9.7.1992.

La ricostruzione del contratto contenente clausole di capitalizzazione trimestrale

Conviene prendere le mosse dal d.Lgs. 4 ottobre 1999 n. 342.

Il legislatore, come è noto, è intervenuto nel 1999 per disciplinare la materia bancaria introducendo, con il Decreto Legislativo 4 ottobre 1999 n. 342 alcune norme specifiche che hanno integrato il T.U. bancario. In particolare il legislatore ha modificato l'art. 120 del T.U. affidando al Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (C.I.C.R.) il compito di stabilire, entro il 16 febbraio 2000, i criteri e le modalità per la produzione di interessi sugli interessi nelle operazioni nel rispetto del criterio di simmetria e cioè della medesima periodicità nel conteggio degli interessi, sia debitori che creditori, sia assicurata nelle operazioni di conto corrente.

La disposizione mirava a riequilibrare le posizioni tra correntista ed istituto di credito recependo i rilievi della dottrina e della giurisprudenza per una revisione delle disposizioni contrattuali che regolano i rapporti tra le parti contraenti prevedendo forme simmetriche di capitalizzazione attiva e passiva secondo le modalità che saranno indicate dall'organo delegato (C.I.C.R.).

Ma molto più importante è il punto 3) dell'art. 25, il quale stabiliva che "le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2 (quella del C.I.C.R.) sono valide ed efficaci sino a tale data".

La disposizione transitoria prevista dal terzo comma è stata subito considerata una interpretazione autentica della normativa vigente tesa a convalidare le convenzioni anatocistiche contenute nei contratti stipulati precedentemente alla data del 16 febbraio 2000.

Da altri, invece, è stata interpretata come norma innovativa rispetto al precedente divieto dell'anatocismo esteso, dalla recente giurisprudenza della Cassazione, anche alla materia dei contratti bancari. La disposizione comporterebbe una implicita abrogazione delle norme contrarie a tali principi.

Il Decreto Legislativo in questione è stato emanato in attuazione della Legge n. 128/98 con la quale il Parlamento delegava il Governo ad emanare disposizioni relative alla attività degli enti creditizi. Ricostruendo l'iter seguito nel disciplinare la materia dell'anatocismo, occorre prendere le mosse dall'art. 25 della legge comunitaria del 1991, cioè la legge 19 febbraio 1992 n. 142, che aveva previsto due deleghe al Governo:

1. quella per l'attuazione dei principi contenuti nella direttiva del Consiglio n. 89/646/C.E. (realizzata con l'emanazione del d.lgs. n. 481/92 che ha disciplinato le modalità di accesso all'attività degli Enti creditizi).

2. Sotto altro profilo il Parlamento ha delegato l'Esecutivo ad emanare un Testo Unico in materia bancaria: anche ciò è stato realizzato attraverso il d.lgs. n. 395/93 (Testo Unico bancario).

Nonostante l'emanazione di tali provvedimenti il Governo delegato non ha ritenuto esaurita la delega, individuando, invece, un residuo potere di modificare le specifiche disposizioni del Testo Unico bancario sulla base, sempre, dell'art. 25 della legge n. 142/92.

In questa sede è opportuno segnalare l'anomalia di un dato che solo l'operatore attento ha potuto rilevare. Nello schema di decreto legislativo originariamente trasmesso dal Governo alle Camere per il prescritto parere delle Commissioni competenti, non vi era alcun riferimento alla materia dell'anatocismo, probabilmente in quanto quando venne approntato lo schema di decreto (a maggio del 1999), l'orientamento giurisprudenziale in tema di capitalizzazione trimestrale era tradizionalmente orientato per la legittimità di tale meccanismo (le due decisioni di marzo della Cassazione sono state rese note dalla stampa specializzata a giugno).

E' probabile che il legislatore, nella imminente scadenza del termine della legge comunitaria, si sia posto il problema di reagire al nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità utilizzando lo strumento del decreto legislativo, reso in esecuzione di una vecchia delega attribuita per finalità probabilmente già realizzate.

Ed infatti tale aspetto è stato evidenziato cinque anni più tardi proprio dalle Sezioni Unite della Cassazione nella nota decisione del 7 ottobre-4 novembre 2004, n. 21095 (Presidente Carbone - Relatore Morelli).

Osserva la Corte che "della insuperabile valenza retroattiva dell'accertamento di nullità delle clausole anatocistiche, contenuto nelle pronunzie del 1999, si è mostrato subito, del resto, ben consapevole anche il legislatore. Il quale - nell'intento di evitare un prevedibile diffuso contenzioso nei confronti degli istituti di credito - ha dettato, nel comma 3 dell'articolo 25 del già citato D.Lgs 342/99, una norma ad hoc, volta appunto ad assicurare validità ed efficacia alle clausole di capitalizzazione degli interessi inserite nei contratti bancari stipulati anteriormente alla entrata in vigore della nuova disciplina, paritetica, della materia, di cui ai precedenti commi primo e secondo del medesimo articolo 25."

Quella norma di sanatoria è stata come noto, dichiarata incostituzionale, per eccesso di delega e conseguente violazione dell'articolo 77 Costituzione, dal Giudice delle leggi, con sentenza della Corte Costituzionale n° 425 del 9.10.2000.

L'eliminazione ex tunc della disposizione (cd legge salva banche) ha consentito alle clausole di capitalizzazione trimestrale di essere nuovamente disciplinate dalle norme anteriormente in vigore, in ossequio ai principi che regolano la successione delle leggi nel tempo.

Pertanto, alla stregua della disciplina precedente al dlgs n. 342/99 delle quali, esse non possono che

essere dichiarate nulle, perché stipulate in violazione dell'articolo 1283 cc (cfr. Cassazione 4490/02).

Capitalizzazione annuale o semplice

Una volta ritenuta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale ex art. 1419 c.c., nella sostituzione di tale clausola si pone il problema rilevante della applicazione in sede di ricostruzione del rapporto della capitalizzazione annuale o della cd capitalizzazione semplice.

La questione ha un rilievo economico significativo (sebbene non consistente), infatti è stato osservato come le differenze economiche tra i criteri di capitalizzazione astrattamente possibili non sono rilevanti in quanto, ad esempio:

1. mentre la capitalizzazione trimestrale consente di raddoppiare il capitale in un tempo di tredici anni ed undici mesi,
2. con quella semestrale il risultato si raggiunge in poco più di quattordici anni (quattordici anni ed un mese), ed
3. un mese di più è necessario nel caso di capitalizzazione annuale (nelle tre ipotesi il tasso di interessi è stato determinato nel 5%).

Sia la dottrina che la giurisprudenza di merito hanno affrontato il problema delle modalità di ricostruzione del rapporto e cioè della sostituzione delle clausole nulle con altre valide.

Tra le diverse soluzioni che in astratto si possono porre, due sono quelle che hanno ricevuto maggiore credito:

1. quella che esclude ogni forma di capitalizzazione
2. quella che prevede una capitalizzazione annuale.

Tesi della capitalizzazione annuale:

Una prima argomentazione muove proprio dalla inaccettabilità della tesi opposta.

Parte della dottrina osserva che la tesi della Cassazione a Sezioni Unite negli effetti privilegia gli imprenditori che sono titolari di conti correnti con andamento fluttuante o in passivo rispetto ai quali l'applicazione di una capitalizzazione semplice consentirebbe la ripetizione delle somme indebitamente conteggiate quali passività. Tale tesi però lederebbe eccessivamente la posizione dei consumatori o dei risparmiatori in generale che sono titolari di depositi e che sarebbero esposti all'azione delle banche per la restituzione degli interessi accreditati indebitamente a seguito della capitalizzazione annuale attiva.

In sostanza, contro la tesi della capitalizzazione semplice, si porrebbe l'effetto aberrante di un'applicazione simmetrica anche per i conti attivi nei confronti (e, quindi, ai danni) dei correntisti creditori della banca.

Tesi della capitalizzazione semplice

Il disposto dell'art. 1283 c.c. è simile al divieto di patto commissorio, quale norma inderogabile, che non pone alternative: la nullità della clausola impone la capitalizzazione semplice e cioè esclude ogni forma di capitalizzazione.

In secondo luogo, non appare sostenibile la tesi della maggiore equità della capitalizzazione annuale che troverebbe un riscontro proprio nell'art. 1284 c.c. che prevede un termine annuale. In realtà la norma prevede solo che gli interessi vengono prodotti nella misura del 3% all'anno, ma non anche che il risultato di quella operazione viene capitalizzato.

Cioè gli interessi attivi si accantonano e poi si sommano tra loro.

Ma cosa avviene per gli interessi attivi degli utenti che sono titolari di somme sul conto corrente?

Gli interessi attivi determinati annualmente potrebbero essere pagati al cliente e questo ne impedirebbe – di fatto – la capitalizzazione. Pertanto la capitalizzazione sarebbe solo un effetto casuale del comportamento del correntista creditore.

Quindi vi sarebbe una differenza sostanziale tra:

1. interessi annotati e capitalizzati a debito del cliente;
2. interessi annotati ed eventualmente pagati al cliente che si presenti a riscuoterli ad inizio dell'anno successivo.

Nel conto a debito c'è solo la contabilizzazione e mai la dazione, mentre in quello a credito la dazione è il profilo fisiologico e solo in conseguenza di una diversa volontà del cliente le somme rimangono sul conto corrente.

A quest'impostazione si replica con argomentazioni giuridiche che appaiono di grande spessore. L'art.

1283 c.c. fa salvo l'uso contrario, che secondo la Cassazione deve essere l'uso normativo. La Corte ha precisato che l'uso normativo di capitalizzare ogni tre mesi gli interessi passivi non si è formato perché il cliente non era libero di aderire a tale uso.

In sostanza, la Cassazione ha ritenuto insufficiente l'uso unilaterale ed ha richiesto la condivisione spontanea di quella prassi, concludendo per l'insussistenza di un uso normativo di capitalizzazione trimestrale degli interessi.

Al contrario, sugli interessi annuali non vi è stata alcuna imposizione da parte del ceto bancario esistendo una simmetria nel conteggio ed in particolare la capitalizzazione annuale è in favore del cliente. Inoltre è prevista dall'art. 120 del CICR.

Deve concludersi, pertanto, che mentre la capitalizzazione trimestrale non è un uso normativo secondo la nozione da ultimo scolpita dalle Sezioni Unite, l'uso della capitalizzazione annuale ha tutti i presupposti per ritenersi legittimo ai sensi dell'art. 1283 c.c.

Sotto altro profilo, si contesta che vi sia una differenza tra il meccanismo della capitalizzazione passiva ed attiva.

Infatti, si osserva che se la banca addebita il 31.12.10 gli interessi passivi e ciò determina il superamento del fido, il cliente è posto nelle condizioni di evitare tale onere aggiuntivo versando delle somme che riducono o azzerano soltanto gli interessi.

Il meccanismo che realizzerebbe tale risultato è quello della imputazione del pagamento ai sensi dell'art. 1194 c.c. che prevede espressamente che il pagamento debba essere imputato agli interessi e non al capitale salvo accordo con il creditore.

Così vengono estinti prima i debiti relativi agli interessi e successivamente quelli a titolo di capitale.

Pertanto non sarebbe fondata la tesi della differenza tra capitalizzazione attiva e passiva, con la conseguenza che anche nell'ipotesi di annotazione passiva è possibile pagare direttamente gli interessi passivi ed evitare la capitalizzazione.

Esisterebbe quindi un parallelismo tra la capitalizzazione annuale attiva e passiva.

Si obietta, dai fautori della tesi opposta, che per consentire il pagamento delle posizioni passive sarebbe necessario inserire quelle poste su un "conto di evidenza".

Il conto corrente prevede un meccanismo automatico di capitalizzazione degli interessi conteggiati annualmente a debito che si trasformano in capitale. Invece negli interessi a credito non vi è una capitalizzazione automatica, ma solo eventuale, poiché se il cliente non ritira le somme annotate a titolo di interessi, la capitalizzazione eventuale diviene reale. Al contrario il meccanismo contabile non consentirebbe al cliente di pagare l'interesse passivo prima che venisse capitalizzato.

Si rileva da parte dei sostenitori della tesi della capitalizzazione annuale che, al contrario, l'estinzione delle voci di debito relative agli interessi è possibile attraverso il meccanismo della imputazione: il cliente imputa il pagamento ad interessi oppure ciò avviene sulla base del criterio previsto dal codice civile.

L'ausilio del consulente tecnico d'ufficio per il conteggio anatocistico

Con la capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, l'interesse diventa composto in quanto periodicamente diviene parte integrante della somma capitale ed oggetto di ulteriori interessi, i quali vengono pertanto conteggiati sul capitale così accresciuto.

L'interesse maturato in un dato periodo (in genere ogni trimestre) non viene corrisposto al creditore, ma viene portato in aumento del capitale (cioè viene capitalizzato), con la conseguenza che nel trimestre successivo il nuovo interesse maturerà non solo sul capitale iniziale, ma anche sull'interesse - capitalizzato - del periodo precedente.

Da qui la difficoltà di individuare –senza l'ausilio di un consulente tecnico- l'ammontare originario del capitale dovuto alla banca, la quale ha provveduto in passato alla chiusura dei rapporti di conto corrente al termine di ogni trimestre, addebitando al cliente, oltre gli interessi debitori oggetto della capitalizzazione, anche le spese e le commissioni di massimo scoperto.

Sulla base di quanto si è detto in tema di sostituzione delle clausole negoziali nulle sino al 2010 è stato utilizzato presso il Tribunale di Lecce questo tipo di quesito da porre al consulente tecnico di ufficio al fine di rendere effettive tutte le valutazioni espresse.

La consulenza tecnica di ufficio dovrà essere disposta al fine di individuare sulla base degli estratti-conto prodotti, che attestano l'applicazione delle voci relative a spese, commissioni di chiusura, di assicurazione, per il fido, giorni di valuta ed altro (nel caso in cui ricorra genericità delle contestazioni), l'ammontare dell'eventuale debito del correntista, attenendosi ai seguenti parametri:

- Ove il contratto preveda un tasso di interessi convenzionale accerti gli interessi di volta in volta applicati dall'istituto di credito e se gli stessi siano coerenti con quelli espressamente pattuiti. Nell'ipotesi in cui sia applicato un tasso diverso da quello pattuito, indichi il consulente tecnico di ufficio il tasso di interessi effettivamente applicato dalla banca.

- Nell'ipotesi di clausola contenente la pattuizione di tassi debitori alla stregua delle condizioni praticate usualmente sulla piazza ovvero nel caso in cui il contratto non preveda un tasso di interessi, applichi il consulente gli interessi nella misura legale fino al 9.7.1992 (data di entrata in vigore della legge 17.2.1992 n 154 i cui artt 4 e 5 sono rifluiti negli artt 117 e 118 T.U.B D. L.vo 385/93); per il periodo successivo al 9.7.1992 applichi gli interessi sulla base dei criteri stabiliti, in ultimo, dall'art 117 comma 7 lett. a D lgs 385/93. In tale caso il tasso di riferimento dovrà essere quello relativo all'anno precedente all'entrata in vigore della legge (per i contratti conclusi prima di questa) ovvero quello relativo all'anno precedente alla data di stipulazione del contratto, se successivo. Il tasso dei buoni del tesoro (minimo o massimo) da applicare dovrà essere quello più favorevole al correntista, come emerge dalla interpretazione letterale della norma.

- Nelle ipotesi indicate ai punti precedenti ove siano pattuiti (o comunque risultino concretamente applicati) tassi debitori espressi con capitalizzazione trimestrale, effettui il consulente tecnico di ufficio il seguente doppio conteggio:

1. capitalizzazione annuale degli interessi e sino alla chiusura del rapporto, non anche per il periodo successivo.

2. esclusione di qualsiasi capitalizzazione di interessi.

Il tutto con riferimento all'intero rapporto, compatibilmente alla documentazione rinvenibile presso l'Istituto di Credito ai sensi dell'art. 2220 c.c. e 119 TU relativo alla disciplina sulla conservazione dei documenti.

In sostanza, come correttamente osservato dal prof. Gustavo Minervini in occasione del convegno che si è svolto a Roma presso la sede dell'ABI il 1° e 2 marzo 2005, bisogna prendere atto che il nuovo corso della Cassazione determina di fatto una redistribuzione degli oneri e delle poste: la nuova impostazione giurisprudenziale giova agli utenti bancari del passato e nuoce a quelli di oggi e di domani in termini di riduzione di interessi concessi. La banca, in sostanza, ritorna ad interpretare pienamente il suo ruolo di intermediario: se subisce un maggiore costo prodotto dal mutamento degli orientamenti tradizionali, riversa (potremmo dire con un brutto termine abusato in ambito calcistico: "spalma") questo maggiore onere su una fascia maggiore di futuri utenti.

La sostituzione della clausola uso piazza dopo Corte costituzionale 18/12/2009 n. 338

I contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del nuovo T.U. bancario sono assoggettati alle nuove prescrizioni di legge, mentre tutti quelli stipulati prima di tale data sono disciplinati esclusivamente dalla legge precedente e restano interamente validi (tesi dell'irrelevanza della nuova disciplina). In questo caso, ad esempio, la clausola relativa alla determinazione degli interessi con rinvio ai tassi uso piazza, potrà essere ritenuta nulla sulla base della tesi giurisprudenziale sostenuta dalla Cassazione a partire dal 1996, ma non sulla base della nuova disciplina legislativa del TUB che all'art. 4 prevede tale nullità. Pertanto, se la clausola è valida, il contratto è inattuabile, ma se si ritiene nulla (art. 1419 c.c.) la stessa sarà sostituita dall'applicazione degli interessi al tasso di legge per tutta la durata del rapporto contrattuale.

Il problema che si è posto nel 1997 era quello di individuare il criterio in base al quale riempire gli spazi vuoti del contratto e cioè come integrare le clausole affette da nullità parziale ai sensi dell'articolo 1419 del codice civile.

Qui negli incontri di studio svolti in quel periodo avevo prospettato tre soluzioni:

1. quella della totale indifferenza della nuova disciplina del testo unico bancario rispetto ai contratti conclusi precedentemente, con conseguente esclusione dei tassi previsti dall'articolo 117 della legge TU, che, anche sotto tale profilo di integrazione legale, resta inapplicabile;

2. quella dell'efficacia retroattiva della nuova disciplina;

3. quella, intermedia, dell'efficacia ex nunc, con la conseguenza che avrebbe trovato applicazione, ma solo a partire dall'entrata in vigore del testo unico bancario, anche la norma oggi prevista all'articolo 117 del testo unico che prevede il criterio di integrazione legale della clausola nulla.

Il Testo Unico modificava la precedente normativa, e in relazione alle conseguenze della mancata osservanza dell'obbligo di indicazione per iscritto del tasso degli interessi, e per le altre condizioni praticate ed i maggiori oneri in caso di mora, stabilendo all'art. 117, comma 7, del T.U. la sostituzione automatica delle clausole che risultassero nulle, perché ad esempio contenenti un illegittimo rinvio agli usi o carenti nella loro determinazione per mancata, ad esempio, dell'indicazione del tasso di interesse, di altri prezzi o di altre condizioni.

In questo caso l'integrazione o sostituzione automatica della clausola ai sensi dell'art. 1419 secondo comma c.c., non viene operata con il riferimento al tasso legale degli interessi, come previsto dall'art. 1284 secondo comma c.c. nel caso di mancata determinazione di interesse convenzionale o dall'art. 1284 terzo comma c.c. nel caso di una mancata osservanza della forma scritta per la determinazione ultralegale degli interessi.

La sovrapposizione di un nuovo tasso legale si rinviene nel disposto dell'art. 117 settimo comma lettera a) che rinvia al tasso nominale minimo e a quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali oppure di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero del Tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti alla conclusione del contratto rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive. La legge ha privilegiato un criterio in linea con le leggi di mercato individuando, per il settore dei contratti posti in essere dalle banche e dagli intermediari finanziari con la clientela, un parametro relativamente oggettivo e concreto, agganciato al valore dei titoli del debito pubblico, superando definitivamente il criterio del tasso legale che non potrebbe rispondere a nessuna logica di mercato e che, in concreto, nessun operatore economico del settore finanziario potrebbe ritenere congruo.

Il criterio previsto dall'articolo 11 delle preleggi prevede una tendenziale irretroattività assoluta della legge nei confronti dei rapporti giuridici i cui effetti si sono esauriti (tesi dell'irrelevanza), e la retroattività limitata alle sole fattispecie autonome che non coinvolgono la disciplina giuridica precedente (tesi dell'efficacia ex nunc).

Sulla base di tali principi, come si è detto, avevo ritenuto condivisibile la tesi dell'efficacia ex nunc della nuova disciplina bancaria, in considerazione della natura giuridica del contratto di apertura di credito e conto corrente (contratto di durata), dell'autonomia delle singole operazioni, evincibile dall'esigibilità e disponibilità immediata delle stesse, e, da ultimo, - utilizzando in via analogica i principi espressi recentemente dalla Corte Costituzionale in tema di fideiussione omnibus .

Sulla base di queste considerazioni avevo proposto il noto quesito ancora in uso presso questo tribunale che prevede "l'applicazione dell'interesse nella misura legale fino al 9/7/92 (data di entrata in vigore della legge 17/2/1992 n. 154 di cui gli artt. 4 e 5 che sono confluiti negli artt. 117 e 118 TUB D.Lvo 385/93); per il periodo successivo al 9/7/92 applichi gli interessi sulla base dei criteri stabiliti, in ultimo, dall'art. 117 comma 7 lettera a D.Lgs 385/93. In tal caso il tasso di riferimento dovrà essere quello relativo all'anno precedente all'entrata in vigore della legge (per i contratti conclusi prima di questa), ovvero quello relativo all'anno precedente alla data di stipulazione del contratto, se successivo. Il tasso da applicare sarà quello nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive (intendendo per operazioni attive quelle che producono interessi a credito della banca); il tasso dei buoni del tesoro (minimo o massimo) dovrà essere applicato solo se più favorevole al correntista".

In effetti, quelle disposizioni avevano un unico inconveniente, perché l'art. 4, comma 3 [recte: art. 5, comma 1, lettera a)], della legge 17 febbraio 1992, n. 154 (Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari), e dell'art. 117, comma 7, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), «nella parte in cui identificano il tasso legale sostitutivo - delle clausole di contratti bancari nulle perché indeterminate - con riguardo al valore dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari emessi nei dodici mesi, fanno riferimento ai parametri riferiti al periodo "precedente la conclusione del contratto". Or bene, avevamo dei contratti, magari conclusi negli anni 80, ma anche 70 o 60, ai quali applicare una integrazione normativa che vedeva il suo primo parametro oggettivo di riferimento in una legge del 1992. Quindi la forzatura risiedeva proprio nell'applicazione del tasso di riferimento relativo all'anno precedente all'entrata in vigore della legge (per i contratti conclusi prima di questa), ovvero quello relativo all'anno precedente alla data di stipulazione del contratto, se la conclusione del contratto era successiva. E di questo con i consulenti più attenti abbiamo parlato più volte.

Evidentemente questa anomalia deve essere giunta sino a Milano perché il giudice unico del Tribunale ordinario di Milano, con ordinanza emessa il 4 marzo 2009, ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3 [recte: art. 5, comma 1, lettera a)], della legge 17 febbraio 1992, n. 154 ritenendo che, esclusa la praticabilità di una interpretazione che parametri il tasso sostitutivo variabile ai b.o.t. dell'anno antecedente "alla chiusura periodica dei conti", il rimettente ha sostenuto che - rispetto all'opzione del legislatore di individuare un valore prossimo al mondo delle transazioni bancarie, con un rinvio al valore «minimo e massimo» dei titoli di stato di un periodo prefissato di dodici mesi anteriori - il successivo inciso «la conclusione del contratto» poneva un ulteriore elemento, che non sembra necessitato dallo scopo prefisso dalla legge, e che cristallizza a un dato momento storico il valore sostitutivo delle clausole nulle in un rapporto (quale quello di conto corrente) che si sviluppa nel tempo e che strutturalmente segue i mutevoli andamenti del mercato finanziario.

In sostanza, il giudice di Milano rilevava che il riferimento ai buoni del tesoro del 1991 non c'entrava niente con il rapporto di conto corrente che costituiva un parametro spurio ed in più era un parametro fisso non variabile anno per anno.

La Corte costituzionale 18/12/2009 n. 338 ha invece osservato che, (come eccepito dall'Avvocatura), parte della giurisprudenza di legittimità e di merito (si vedano: Cassazione 1° marzo 2007, n. 4853, e Cassazione 21 dicembre 2005, n. 28302; nonché Tribunale ordinario di Cagliari, sentenza 27 maggio 2002, n. 1441, e Tribunale ordinario di Reggio Emilia, sentenza 17 novembre 2001) - muovendo dalla premessa secondo cui la irretroattività (espressamente sancita dall'art. 161, comma 6, del testo unico bancario) della nuova disciplina della nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse si estende anche alla censurata previsione (derogatoria rispetto a quella previgente, fondata su quanto disposto dal terzo comma dell'art. 1284 del codice civile) della sostituzione automatica della clausola nulla, il cui effetto opera in ragione (ed a cagione) della nullità parziale ex art. 1419, secondo comma, cod. civ., derivante dalla mancata osservanza di requisiti sostanziali e formali di singole clausole di contratti stipulati nella vigenza della nuova disciplina - conclude viceversa nel senso dell'applicabilità ai contratti stipulati anteriormente non già della censurata nuova previsione sostitutiva, bensì degli interessi legali di cui, appunto, al citato art. 1284, terzo comma, del codice civile. La consulta, quindi, ha concluso affermando implicitamente che la nuova disciplina del testo unico bancario non opera neppure ex nunc e la clausola nulla deve essere riempita facendo riferimento al terzo comma dell'articolo 1284 del codice civile. In sostanza il consulente dovrà ricostruire il rapporto utilizzando sempre gli interessi legali nella misura modificata, via via, nel tempo.

È evidente che la soluzione che avevo adottato, percepita nella sua ragionevolezza anche dal giudice di Milano, era quella di ancorare il parametro ad un criterio che fosse più in linea possibile con le leggi di mercato finanziario, rispetto all'interesse legale del codice civile che certamente risulta oltremodo lontano da quel contesto.

L'impostazione appariva corretta, ma la applicazione pratica pare abbia condotto a risultati a volte anomali. Infatti, facendo riferimento al criterio dei buoni del tesoro, tale parametro deve necessariamente essere utilizzato sia nel caso di saldo passivo, che nel caso di saldo attivo e in quest'ultima ipotesi il cliente avrebbe potuto legittimamente pretendere, in sede di ricostruzione del rapporto, in alcuni periodi del precedente decennio anche un tasso molto elevato (13,5%). In alcuni casi la banca si trova ad avere un tasso debitore (per il cliente) pattuito, mentre non ha una convenzione per il tasso attivo. In tali casi, se il cliente va a credito per effetto dei ricalcoli precedenti al 1992, da quella data potrebbe vedersi riconosciuto un interesse anche del 13,50% annuo fino alla chiusura del rapporto che potrebbe essere anche nel 2010.

Dal luglio 2000 gli è riconosciuta anche la capitalizzazione trimestrale attiva (per la simmetria) con risultati contrari a quelli che erano stati i criteri di ragionevolezza che avevano fondato la soluzione da me delineata.

Pertanto il consulente in sede di ricostruzione del rapporto dovrà applicare la capitalizzazione semplice degli interessi, imputando ogni pagamento intervenuto sul conto, prima ad interessi, quantificati senza alcuna capitalizzazione, maturati a quella data e poi a capitale, sempre in applicazione del principio stabilito all'articolo 1194 del codice civile. Nell'ipotesi di sussistenza di clausola con rinvio ai tassi uso piazza, la ricostruzione del rapporto determinerà l'applicazione del tasso legale (inteso come tasso previsto dal codice civile), tempo per tempo vigente, sulle operazioni anche a credito per il cliente in assenza di convenzione valida.

Gli effetti dei principi affermati da Cassazione n. 24418/10 a Sezioni Unite:

prescrizione della domanda e ricostruzione del conto corrente bancario

Le Sezioni Unite della Cassazione con la nota sentenza n. 24418 del 2010 hanno affermato almeno tre principi:

- in primo luogo che i rapporti di conto corrente chiusi in data precedente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 342 del 1999, che ha modificato il testo unico bancario n. 385 del 1993, non sono disciplinati da tale normativa e quindi non è applicabile la delibera emessa il 9 febbraio 2000 dal Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (cd CICR). Conseguentemente, anche a seguito della decisione della consulta numero n. 425 del 2000, la quale ha ritenuto incostituzionale l'articolo 25 del citato decreto legislativo n. 342, occorrerà fare riferimento alla disciplina precedente al 22 aprile 2000, data di entrata in vigore della predetta delibera.
- In secondo luogo, che in sede di ricostruzione del rapporto va esclusa ogni forma di capitalizzazione degli interessi debitori, non essendo configurabile un uso normativo neppure rispetto alla capitalizzazione annuale degli interessi debitori, mentre sussisterebbe un uso (normativo) legittimo per la capitalizzazione annuale di quelli a favorevoli al cliente.
- Il terzo problema affrontato dalle SSUU è quello della individuazione il dies a quo del termine di prescrizione decennale rispetto all'azione di ripetizione dell'indebito che, in genere, è collegata all'azione di accertamento negativo del credito.

La decisione afferma che il termine incomincia decorre soltanto da quando interviene un atto di pagamento che l'attore pretende essere indebitato, mentre non spiega alcuna rilevanza il fatto che il pagamento sia indebitato in conseguenza dell'accertata nullità del negozio giuridico in esecuzione del quale è stato effettuato. Infatti, se è vero che l'azione di nullità dell'atto non si prescrive mai, è altrettanto vero che si prescrive la domanda di condanna alla restituzione di una prestazione eseguita.

Certamente il termine decorre dalla data del pagamento.

La Corte ritiene infondato l'assunto della banca secondo cui il termine decorrerebbe dal momento dell'annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimi addebitati, e non dal pagamento.

Secondo la Corte la questione va risolta tenendo conto, non tanto del carattere unitario del rapporto di conto corrente (contratto di durata), in base al quale in passato la giurisprudenza aveva sempre affermato che il termine di prescrizione decorre dalla chiusura del rapporto, ma soprattutto dalla natura e dal meccanismo di funzionamento del contratto di apertura di credito bancario, regolato in conto corrente. Infatti, l'apertura di credito si attua mediante la messa a disposizione da parte della Banca di una somma di denaro che il cliente può, o non può, utilizzare. Pertanto, se il correntista non si avvale della facoltà di effettuare dei versamenti, non vi è alcun pagamento, mentre nell'ipotesi in cui il correntista abbia restituito delle somme in eccesso rispetto a quelle effettivamente dovute, l'eventuale azione di ripetizione dell'indebito potrà essere fatta valere soltanto dopo la chiusura del rapporto.

Per questo il termine di 10 anni decorre dalla chiusura del rapporto.

Invece, la questione più complessa si verifica quando, durante lo svolgimento del rapporto, il correntista abbia effettuato anche dei versamenti. In questo caso bisogna distinguere due ipotesi.

1. L'ipotesi in cui il versamento abbia una funzione ripristinatoria della provvista, che si verifica quando il passivo non ha superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, e quindi il versamento ha la sola funzione di ripristinare la provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere.

2. Il secondo caso, quello che ci interessa, riguarda invece il versamento al quale va attribuita la natura di pagamento e, quindi valenza solutoria, che si verifica nelle due ipotesi in cui il cliente, attraverso un effettivo spostamento patrimoniale in favore della banca, abbia versato somme su un conto scoperto (e cioè un conto per il quale non vi sia un affidamento e che risulti, quindi, in quel momento scoperto), oppure nell'ipotesi analoga di versamento su conto passivo, cioè destinato a coprire un passivo che eccede il limite del fido (in questo caso esiste un affidamento, ma il cliente ha superato anche quell'importo).

La Corte ha affermato che la domanda di ripetizione dell'indebito non riguarda le operazioni che consistono in versamenti eseguiti in una situazione in cui il passivo non abbia superato, nel giorno in cui viene eseguita la rimessa, il limite dell'affidamento concesso dalla banca con l'apertura di credito. Questo perché quel versamento non ha la funzione di soddisfare la pretesa della banca alla restituzione delle somme, ma solo quella di riesperire la misura dell'affidamento.

Cioè la Corte afferma che la prescrizione incomincia a decorre soltanto dal momento in cui esiste una pretesa. La pretesa della banca viene in esistenza soltanto quando si superano i limiti dell'accordo tra i

contraenti e cioè nel caso di somme che superino il limite dell'affidamento o quando il conto risulti passivo, poiché non vi è alcun affidamento. Solo da quel momento si pone un problema di pretesa della banca alla restituzione di somme date a mutuo (in sostanza la banca ha messo a disposizione del correntista delle somme che sono al di fuori di ogni accordo di affidamento) e solo da quel momento, nell'ipotesi in cui vi sia un versamento che abbia la funzione di pagamento, decorre il termine di prescrizione.

Il correntista da quel momento avrebbe avuto 10 anni per iniziare il giudizio di ripetizione dell'indebito, sul presupposto dell'illegittimità della pretesa.

Sulla base di tali premesse giuridiche si è posto un problema di applicazione di questi principi ai rapporti in corso e cioè la verifica degli effetti concreti della pronunzia delle Sezioni Unite della Cassazione.

Secondo una prima impostazione poiché la Cassazione, oltre al principio sopra indicato, ha anche affermato quello secondo cui la clausola relativa alla capitalizzazione annuale degli interessi è nulla e nella ricostruzione ex post del rapporto in sede di consulenza tecnica di ufficio dovrà essere esclusa ogni forma di capitalizzazione, le voci relative agli interessi illegittimamente conteggiati saranno annotate in fondo alla tabella e sommate, alla fine, alle voci relative al capitale. L'illegittimità di "tutte le competenze" (in tale categoria vanno inserite le clausole nulle ex 1418 e 1419 c.c. e cioè gli interessi ultralegali illegittimi perché determinati secondo gli usi piazza, valute fittizie, commissioni sul massimo scoperto non pattuite o trimestrale, spese forfettarie e soprattutto la capitalizzazione composta o trimestrale) comporterà che tutti i saldi (trimestrali e non) risultanti dagli estratti conto redatti dalle banche (relativi a rapporti di apertura di credito sorti anteriormente al 22 aprile 2000) sono errati, perché prevedono, quanto meno, illegittimi interessi anatocistici.

Pertanto il conto va prima depurato di tutte le poste illegittime.

L'ordine delle operazioni, quindi, da affidate al consulente tecnico di ufficio dovrebbe essere:

- in primo luogo la vecchia ricostruzione del rapporto con eliminazione delle competenze illegittime;
- solo dopo verificare la prescrizione della pretesa alla restituzione dell'indebito.

Insomma, secondo questa tesi, il conto "scoperto" (cioè il conto passivo extrafido) deve essere quello che supera la soglia dell'affidamento dopo che è stato depurato da anatocismo ed altre competenze illegittime derivanti da nullità originarie.

Il dies a quo della prescrizione decennale, quindi, decorrerà solo per quella parte della rimessa sul conto corrente che supererà il "saldo ricalcolato" (e non il saldo bancario errato); con l'effetto che quella quota di versamento sarà imputabile al parte delle competenze bancarie legittime.

Si osserva, poi, che in sede di riclassificazione del conto corrente epurato dalle illegittime competenze bancarie, dopo i primi trimestri, i saldi debitori risultanti dagli e/c si riducono sensibilmente, trimestre dopo trimestre, fino a raggiungere saldi addirittura creditori.

Ciò comporta che, a seguito della determinazione in sede di consulenza tecnica di ufficio del saldo "ricalcolato" (adoperando i quesiti "depurativi" delle illegittime competenze bancarie utilizzati dai giudici sino ad oggi), saranno eccezionali i versamenti effettuati dal correntista che potranno coprire lo scoperto eccedente i limiti dell'affidamento, avendo, quindi, valenza solutoria.

La tesi non convince dal punto di vista giuridico e pratico.

Dal punto di vista giuridico la Cassazione afferma espressamente che "il contratto di conto corrente bancario collega le varie operazioni sostituendo ai pagamenti e alle riscossioni, gli accreditamenti e gli addebitamenti sul conto, attraverso una registrazione contabile continuativa delle diverse operazioni, non attraverso una compensazione, in senso tecnico, come modalità di estinzione delle obbligazioni né attraverso pagamenti in senso tecnico.

Da ciò si desume che gli accreditamenti e gli addebitamenti sul conto, cioè l'annotazione contabile continuativa delle diverse operazioni, hanno la medesima valenza del pagamento e della compensazione di poste. L'operazione annotata corrisponde ad una transazione reale. Il versamento solutorio annotato equivale a pagamento, eventualmente dell'indebito.

Quello che rileva, quindi, è l'annotazione della banca, perché parliamo di ripetizione dell'indebito, cioè di quello che la banca ha preteso indebitamente e che l'attore, a suo tempo, quel giorno, ha pagato e di cui vi è traccia nell'annotazione.

In secondo luogo, la Corte afferma che la prescrizione incomincia a decorre soltanto dal momento in cui è esistente una pretesa illegittima della Banca e questa sorge con l'annotazione. Il dies a quo della pretesa illegittima è l'annotazione della competenza (ma la questione non rileva ancora ai fini della prescrizione). Il

dies a quo della prescrizione decorre, invece, dal pagamento di quella pretesa-annotazione illegittima.

Ma quando nasce la pretesa della banca? La Corte dice che viene ad esistenza soltanto quando si supera il fido (cioè i limiti dell'accordo tra i contraenti e cioè il limite dell'affidamento o perché il conto risulta passivo, poiché non vi è alcun affidamento). Solo da quel momento si pone un problema di una pretesa della banca alla restituzione di somme date a prestito e solo da quel momento, nell'ipotesi in cui vi sia un versamento che ha funzione di pagamento, decorre il termine di prescrizione.

Quindi anche in questo caso, quello che rileva è l'originaria ricostruzione contabile della banca, non quella depurata.

In terzo luogo, poiché siamo in tema di ripetizione dell'indebito, la preconditione è che vi sia una richiesta indebita ed un pagamento non dovuto. Il giudice dovrà preventivamente ed in astratto indicare al consulente tecnico di ufficio tutte le poste ritenute indebite (in tale categoria vanno inserite, si ripete, le clausole nulle ex 1418 e 1419 c.c. e cioè interessi ultralegali illegittimi perché determinati secondo gli usi di piazza, valute fittizie, commissioni sul massimo scoperto non pattuite o trimestrale, spese forfettarie e soprattutto la capitalizzazione composta o trimestrale) e verificare i versamenti imputabili a pagamento delle competenze indebite. Se tali indebite competenze vengono accantonate ed eliminate preventivamente dal consulente tecnico di ufficio, in sede di depurazione del conto, con la consueta operazione di ricostruzione ex post del rapporto bancario, non esisterà più la pretesa illegittima a monte e non esisterà più l'azione dell'attore e quindi non opererà mai la prescrizione.

In quarto luogo, è vero che tra la questione di nullità della clausola contrattuale (capitalizzazione o altro) e quella di prescrizione dell'azione, l'ordine processuale delle questioni è, prima la nullità e dopo prescrizione, ma nel caso di specie, la nullità imprescrittibile consente l'individuazione in astratto delle competenze illegittimamente annotate e pretese, ma la circostanza di avere atteso oltre dieci anni dal pagamento dell'indebita annotazione per agire, ne determina la prescrizione.

In questo caso il consulente tecnico di ufficio considererà "pagate" le somme e non più ripetibili. Quindi le assoggetterà allo stesso trattamento dei versamenti ripristinatori della provvista e, in genere, di tutti i versamenti o i pagamenti in conto capitale (non ripetibili, questi, perché le somme pretese erano legittime).

Ciò posto, ai fini della verifica della prescrizione occorre effettuare un doppio filtro:

1. Esaminare solo le date delle annotazioni relative a rimesse effettuate in una situazione di saldo extrafido, secondo la duplice accezione di rimessa su conto "scoperto" (cioè non affrancato da apertura di credito) e di rimessa su conto "passivo" (cioè conto che beneficia di affidamento, che risulti, in concreto superato). In entrambi i casi la banca che abbia consentito al cliente di emettere ad esempio assegni aveva agito come semplice mandatario;

2. esaminare i pagamenti di annotazioni di competenze illegittime (in tale categoria vanno inserite le clausole nulle ex 1418 e 1419 c.c. e cioè interessi ultralegali illegittimi perché determinati secondo gli usi di piazza, valute fittizie, commissioni sul massimo scoperto non pattuite o trimestrale, spese forfettarie e soprattutto la capitalizzazione composta o trimestrale), con la precisazione che non l'intera rimessa ha valore solutorio, ma solo quella parte del versamento utile al rientro dell'extrafido o dello scoperto.

Ulteriore precisazione riguarda il fatto che le competenze illegittime ed in particolare la voce interessi capitalizzati non riguardano solo la parte del capitale extrafido, ma l'intera debitoria (cioè sono illegittimi tutti gli interessi capitalizzati e calcolati sull'intera debitoria, non solo quelli calcolati sullo scoperto extra fido).

Questo perché la questione del superamento del limite dell'affidamento rileva, secondo la Corte, per individuare i versamenti che hanno natura di pagamento e che cioè determinano uno spostamento patrimoniale in favore della banca, a fronte di una pretesa che è cristallizzata nell'annotazione. La natura di pagamento rileva poi ai fini della decorrenza della prescrizione. Ma è ovvio che la diversa questione dell'illegittimità della pretesa della banca, che deriva dalla nullità della clausola che ha determinato quella voce contabile, non ha più alcun legame con il superamento del fido. Gli interessi capitalizzati sono illegittimi con riferimento all'intera esposizione debitoria e, quindi, così come è sempre stato nella ricostruzione contabile nei rapporti bancari affidata ai consulenti, deve ritenersi illegittima la capitalizzazione degli interessi riferiti alla posizione debitoria, sia all'interno che all'esterno del fido.

Un'altra precisazione va fatta: non ha pratica utilità contabile e giuridica distinguere, in questa fase, e separare contabilmente all'interno dell'annotazione relativa a competenze illegittime, la parte della pretesa

legittima, da quella illegittima. In particolare, è certamente vero che, ad esempio, nel caso di applicazione di tassi uso piazza, una parte dell'importo annotato è legittima, e cioè quella che esprime ad esempio un tasso legale, mentre è illegittima la parte ulteriore perché non oggetto di preventivo accordo, come pure è illegittima solo l'attribuzione di alcune voci di spesa e non di altre, come pure la commissione di massimo scoperto non concordata se riferita alla fase oltre il fido oppure è illegittima se viene capitalizzata. Tutte queste valutazioni sono corrette, ma saranno esaminate dal consulente nel momento in cui eseguirà l'operazione successiva e cioè andrà a depurare il conto da tutte le voci indebite. In questa fase il meccanismo contabile che consente di verificare l'esistenza di un pagamento e, quindi, il problema della prescrizione della richiesta di restituzione dell'indebito è solo la capitalizzazione. Cioè tutte quelle competenze intanto diventano indebite in quanto vengono capitalizzate e quindi costituiscono oggetto di un'annotazione che evidenzia una pretesa della banca, illegittima in quanto capitalizzata. Pertanto il versamento con funzione solutoria (e cioè operato in una situazione di superamento del fido o di saldo passivo per inesistenza di affidamento) andrà a estinguere una pretesa che non avrebbe dovuto essere annotata, perché la voce interessi, secondo il principio espresso dalla Cassazione dovrà essere presa in esame solo alla fine del conteggio, senza operare alcuna capitalizzazione, né trimestrale, né annuale. Pertanto, l'intero versamento che abbia natura di pagamento, per la parte che estingue o riduce le competenze annotate attraverso il meccanismo della capitalizzazione trimestrale rileva ai fini della prescrizione. Così, se sono decorsi più di 10 anni da quel pagamento, quelle somme non potranno essere più ripetute, quindi il consulente non le riporterà più ai fini del calcolo e su quelle non opererà alcuna depurazione.

Mentre, su tutte le altre competenze non colpite da prescrizione opererà secondo i consueti criteri che rimangono immutati e cioè separando la parte della pretesa ritenuta illegittima (per esempio la somma derivante dagli interessi capitalizzati sui quali siano stati conteggiati ulteriori interessi, oppure la somma che esprime il tasso di interessi superiore a quello legale, nei casi di applicazione di interessi uso piazza, ecc).

Infatti, se la banca in un rapporto di apertura di credito precedente ai 10 anni ha applicato interessi uso piazza, è evidente che una quota di quegli interessi è stata legittimamente conteggiata (ad esempio, sulla base dell'orientamento costante della giurisprudenza, gli interessi che sono stati conteggiati al tasso legale, inteso quale tasso previsto dal codice civile) ed una parte è stata determinata in maniera indebita, cioè l'interesse convenzionale determinato in maniera unilaterale dalla banca sulla base degli usi, con rinvio ad accordi di cartello che, oramai, dalla fine degli anni 80 non hanno alcuna efficacia vincolante.

Così solo in un secondo momento sarà corretto richiedere al consulente, sulla base del quesito in uso sino ad oggi, di depurare la voce degli interessi dall'incremento determinato dalla capitalizzazione in sé (cioè l'aumento della posizione debitoria provocato dall'operazione contabile di applicazione degli interessi su quelli precedentemente capitalizzati), ma anche-e forse soprattutto-di escludere gli interessi convenzionali sostituendoli con quelli legali.

Al contrario, in sede di prima verifica e cioè, in sede di preliminare di accertamento della prescrizione, relativa soltanto ai versamenti cd solutori, questo onere non va richiesto al consulente. Questo perché, l'intera annotazione relativa a competenza e cioè l'intero importo capitalizzato annotato il giorno precedente alla data del versamento preso in esame dal consulente, costituisce un pagamento (sempre nel presupposto che ciò intervenga in un conto eccedente il fido oppure lo scoperto) e non più ripetibile.

Infatti, un parte del versamento non è ripetibile perché costituisce pagamento di una pretesa legittima (ad es. la quota relativa agli interessi legali, sebbene anche in questo caso l'illegittimità risieda nella circostanza di averli capitalizzati e non nella misura del tasso di interesse in sé), per cui il consulente dovrà comunque conteggiare quel versamento come pagamento non ripetibile, poiché la pretesa era legittima.

Altra parte del versamento, sarebbe irripetibile perché l'azione è prescritta.

Neppure residua una ragione contabile per separare, all'interno della voce "competenze" o interessi capitalizzati (sempre nell'ambito di un'esposizione eccedente il fido oppure priva di fido) le due categorie in vista del successivo conteggio che il consulente dovrà operare per depurare il rapporto dalle voci relative ad operazioni nulle. Infatti, nel momento in cui si esaminano i singoli versamenti per verificare la posizione contabile risultante dalle annotazioni presenti giorno precedente il versamento, quei pagamenti, nel caso in cui estinguano interamente le competenze indebite, consentono di azzerare il conteggio degli interessi negativi che la banca, nel proprio prospetto, avrà capitalizzato ogni tre mesi. Nel caso invece di estinzione parziale, la voce residua si sommerà alla successiva capitalizzazione trimestrale.

Esaurita l'indagine sul segmento temporale che potrebbe essere interessato da problemi di prescrizione decennale (stiamo parlando delle risultanze bancarie precedenti di oltre 10 anni la notifica dell'atto di citazione o di atto giuridico equivalente) il consulente dovrà esaminare le successive annotazioni contabili,

considerando le movimentazioni di dare ed avere e riportando nella colonna degli interessi o delle competenze, l'eventuale residuo importo non compensato dai versamenti solutori.

In sostanza, risulteranno intangibili e cioè non più riducibili nell'ambito della successiva verifica che il consulente dovrà effettuare, al fine di depurare il rapporto dalle voci che non si fondano su operazioni valide (cioè quelle attività che i consulenti hanno eseguito sino ad oggi), quelle pretese relative a capitalizzazioni di competenze indebite, comunque pagate (indebitamente, in astratto), poiché l'azione di ripetizione dell'indebitato è prescritta.

Questo comporta, da un punto di vista contabile, che il consulente dovrà considerare non più modificabili gli importi relativi alle competenze annotate, quando il rapporto era extra fido, rispetto al quale vi siano stati dei pagamenti totali o parziali.

Al contrario, saranno sottoposte a rivisitazione e, quindi, "depurate", tutte le operazioni contabili, pur precedenti al decennio, relative agli intervalli nei quali non ricorreva l'ipotesi di conto passivo (cioè conto che abbia superato il limite dell'apertura di credito) o conto scoperto (non affiancato da apertura di credito), oltre a tutte le operazioni, nessuna esclusa, relative all'ultimo decennio (cioè quelle più recenti).

Questa seconda operazione verrà eseguita secondo i consueti criteri.

Quindi la prima operazione contabile che dovrà essere espletata dal consulente è quella di verificare, per il periodo precedente al decennio (cioè tra i 20 e i 10 anni), la situazione contabile esistente, sulla base delle annotazioni alla banca, al momento in cui sia stata effettuata dal correntista una rimessa su conto scoperto o una rimessa su conto passivo.

In questo caso, dopo avere verificato che il saldo giornaliero attestava l'esistenza di una posizione negativa extra fido, per superamento dello stesso o per mancanza dello stesso, provvederà ad annotare i versamenti aventi carattere solutorio (che consistono in quella parte della rimessa eccedente il fido o relativa ad un conto scoperto) imputando tali versamenti a pagamento delle competenze annotate, a partire dalle più remote, secondo quanto previsto dall'articolo 1194 del codice civile.

Terminata questa operazione, che riguarda esclusivamente le rimesse operate in una fase di superamento del fido, il consulente provvederà a eseguire i consueti conteggi, sia dal giorno successivo all'ultimo pagamento avente carattere solutorio di competenze, sia per il periodo precedente, per tutti gli intervalli non interessati da superamento del fido.

Questo in quanto per tutte le rimesse entro il fido non opera la prescrizione riferita alle singole operazioni, ma quella generale, che decorre dal giorno di chiusura del contratto di apertura di credito.

Quindi, esaminando in concreto le attività che dovranno essere demandate al consulente tecnico è opportuno soffermarsi sui seguenti passaggi: il consulente dovrà riportare i dati relativi al saldo contabile risultanti dall'estratto in una tabella nella quale le operazioni sono riportate per data disponibile. In questo caso è opportuno che nello schema venga riportata in una colonna la descrizione relativa alle competenze, comprendendo in esse gli interessi con capitalizzazione trimestrale, le commissioni di massimo scoperto non concordate, le spese non concordate, il tasso di interesse uso piazza determinato in misura non concordate;

in due altre colonne sarà riportata la classica movimentazione, "dare" e "avere";

in una colonna il saldo;

in una colonna il limite del fido;

in un'altra colonna i saldi extra fido;

nell'ultima colonna le rimesse con funzione solutoria (cioè i pagamenti, come definiti nella decisione delle Sezioni Unite).

Il consulente provvederà preliminarmente a verificare tutte le rimesse solutorie, accantonando e "congelando" gli importi che servono ad estinguere interamente o parzialmente le annotazioni relative alle competenze (come sopra definite) presenti, nel conteggio, il giorno precedente la rimessa.

Naturalmente non solo le rimesse con funzione solutoria avranno la finalità di compensare, estinguendole, parzialmente o completamente, le annotazioni relative a competenze illegittime, ma anche tutte rimesse e cioè i versamenti eseguiti nell'intervallo di tempo in cui il correntista agiva entro il limite del fido.

Infatti, le regole generali di imputazione dei versamenti, prima al titolo di interessi e poi a titolo di capitale ai sensi dell'articolo 1194 del codice civile, operano comunque, indipendentemente dalla ripartizione operata dalla sentenza delle Sezioni Unite tra rimesse con funzione solutoria e rimesse con funzione ripristinatoria della provvista.

Sostanzialmente, nell'esame delle operazioni per data disponibile relative al periodo antecedente il decennio che, quindi, potrebbero essere interessate da prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato, il

consulente, tutte le volte in cui rileverà una rimessa con funzione solutoria verificherà quella parte di versamento che ha natura solutoria (cioè verificherà se il giorno in cui è stato annotato quel versamento, il correntista aveva una posizione debitoria extra fido e se, dopo la rimessa, tale situazione extra fido permanga. Il problema della prescrizione riguarderà solo i pagamenti per quella parte che va imputata a competenze illegittime.)

Si tratterà, naturalmente, di competenze che vengono capitalizzate ogni tre mesi.

Pertanto, il consulente provvederà ad evidenziare quell'arco temporale (da un punto di vista contabile, utilizzando un programma come Excel, potrebbe circoscrivere in giallo il rettangolo trasversale che ha come altezza il termine temporale di un trimestre e come base l'elenco delle operazioni sopra sintetizzate: competenze, dare, avere, saldo, fido, saldo extra fido, versamenti solutori, eccetera).

Quel trimestre dovrà essere sostanzialmente "blindato", nel senso che nella successiva fase di ricostruzione del rapporto di conto corrente, tesa a depurarlo da tutte le voci illegittime (cioè l'operazione che sino ad oggi i consulenti hanno sempre predisposto sulla base dei quesiti in uso), in corrispondenza della colonna nella quale sono inseriti i numeri debitori relativi alle competenze illegittime (aumento per capitalizzazione, aumento per commissione di massimo scoperto non concordata, interessi di ultrà legali non pattuiti ed eventuali spese capitalizzate), provvederà ad inserire un'annotazione "zero".

Questo perché tutte quelle competenze e solo quelle competenze, sono state indebitamente pagate dal correntista, ma l'azione di ripetizione dell'indebito è prescritta. Pertanto devono definitivamente considerarsi pagate.

Ovviamente non rientrano in questo conteggio e, quindi, dovranno essere soppresse dal consulente nella seconda successiva operazione di ricostruzione del rapporto, quelle voci che non sono state "pagate" dal correntista al momento della rimessa avente carattere solutorio (per esempio potrebbe verificarsi l'ipotesi di spese per valuta non corrispondenti a quelle annotate nell'estratto conto della banca, ecc).

Così, volendo esemplificare e immaginando un rapporto di conto corrente espresso in lire (ovviamente le problematiche riguardano sempre il periodo che va dai 20 ai 10 anni precedenti l'inizio del giudizio, poiché solo per tale periodo si pone un problema di prescrizione delle rimesse), che abbia avuto inizio il 30 settembre 1991 con un affidamento consistente, per esempio 1 miliardo di vecchie lire, nel caso in cui dopo il primo trimestre e cioè in data 31 dicembre 1991 vengano annotate competenze (immaginiamo interessi capitalizzati con il tasso uso piazza) per 2 milioni di lire, nel caso in cui intervenga in una data successiva, immaginiamo il 28 febbraio 1992, un versamento di 14 milioni, quel versamento non andrà definito "pagamento" poiché è stato effettuato mentre il conto era abbondantemente all'interno del fido (per esempio il correntista si trova con una scopertura di quattrocento milioni, ancora lontana dal limite del fido di 1 miliardo). In questo caso quel versamento andrà ad azzerare le competenze illegittime pari a 2 milioni, ma l'azione di ripetizione di quel versamento non è interessata da prescrizione, poiché non ricorre l'ipotesi prevista dalle Sezioni Unite.

Quindi pur trattandosi di una rimessa estremamente risalente nel tempo (28 febbraio 1992) quell'operazione dovrà essere prese in esame dal consulente nella seconda attività e cioè nell'epurazione del conto da tutte le voci illegittime, così come si è sempre fatto sino ad oggi.

Nel caso in cui, invece, nella prosecuzione del rapporto bancario, l'esposizione debitoria superi il fido, i versamenti effettuati da quel momento in poi possono acquistare rilevanza ai fini della prescrizione.

Immaginiamo che alla data del 23 aprile 1992 il correntista si trovi con un'esposizione di ben 200 milioni oltre il fido. A quella data risulta anche la capitalizzazione del successivo trimestre di interessi, pari, per esempio, a 12 milioni. In questo caso nel momento in cui, in data 30 aprile 1992 il correntista versa, per esempio, 82 milioni, il consulente dovrà rilevare che l'intero importo di 82 milioni costituisce "pagamento", in quanto si tratta di una rimessa che è interamente inferiore alla scopertura extra fido. Ma di quell'importo, quello che interesserà il consulente è soltanto la minor somma di lire 12 milioni, poiché solo quella parte riguarda il pagamento di una pretesa illegittima relativa alle competenze annotate dalla banca con riferimento al secondo trimestre del rapporto di conto corrente.

Il consulente provvederà ad annotare separatamente l'importo di 12 milioni poiché si tratta di somme "perse", non più ripetibili e, in sede di secondo conteggio (quello finalizzato ad escludere le annotazioni illegittime che il giudice avrà individuato nel quesito) il consulente riporterà nella colonna relativa alle competenze ripetibili (in quanto illegittimamente annotate dalla banca) semplicemente uno "zero".

Un problema invece riguarda il caso in cui la rimessa non abbia funzione interamente solutoria di un'annotazione illegittima. Poniamo il caso che in data 15 luglio 1992 vengano annotate competenze (per sintetizzare immaginiamo interessi con capitalizzazione trimestrale illegittima) per 15 milioni e che il

correntista si trovi sempre in una posizione di scoperto abbondantemente oltre il fido. In questo caso, se in data 16 luglio 1992 (il giorno dopo l'annotazione) il correntista esegue una rimessa dell'importo di lire 10 milioni, tale rimessa sarà idonea a pagare soltanto una parte degli interessi capitalizzati (15 milioni, - 10.000.000 uguale 5 milioni).

Nel caso in cui dal conto non risultino ulteriori rimesse con funzione solutoria (cioè eseguite quando il correntista si trovava al di sotto del limite del fido) si pone il problema di come separare la parte della pretesa per la quale è intervenuto pagamento, e quindi prescrizione, e la parte per la quale tale prescrizione non sussiste e che quindi dovrà essere successivamente "depurata" nel secondo conteggio, è riportata alla fine della tabella come voce di interessi privi di capitalizzazione (come è affermato, in altra parte della motivazione della sentenza dalle Sezioni Unite).

Qui l'articolo 1194 c.c. che prevede "il pagamento fatto in conto di capitale e d'interessi deve essere imputato prima agli interessi" non è di nessun aiuto perché si tratta di versamento da imputare a voce interessi.

Probabilmente può darsi soltanto una risposta pratica ed empirica e cioè incaricare il consulente, in questo caso, di prendere comunque in esame le competenze relative al trimestre per le quali vi sia stato solo un pagamento parziale, in modo da effettuare un conteggio in astratto che escluda tutte le voci illegittime e consideri la parte gli interessi legittimamente maturati, da riportare alla fine della tabella al momento della chiusura del conto. Concluso questo conteggio astratto il consulente tecnico di ufficio dovrà escludere, in quanto pagate e non più ripetibili, quelle somme corrispondenti alla medesima percentuale per la quale vi è stato pagamento rispetto all'originaria annotazione della banca.

Così, nell'esempio fatto, poiché il pagamento ha riguardato due terzi dell'importo oggetto di annotazione della banca (lire 10 milioni sono due terzi di lire 15 milioni) il consulente provvederà a "ripulire" l'importo di 15 milioni di tutte le competenze indebitamente annotate e del residuo importo oggetto di legittimo credito da parte della banca considererà, secondo i consueti criteri propri del secondo conteggio, soltanto la somma pari ad un terzo di quello importo.

Si tratta ovviamente di una soluzione pratica che verosimilmente riguarderà una casistica molto limitata.

Un altro caso è quello in cui il correntista esegua un versamento che non può qualificarsi interamente come pagamento, nei casi in cui versando quella somma il correntista riesce a rientrare nei limiti del fido. In questo caso il consulente dovrà prendere in esame soltanto la parte eccedente il fido.

Facendo l'esempio di un correntista con fido di 500 milioni e con saldo negativo di 520 milioni, nell'ipotesi di versamento della somma di 30 milioni, soltanto 20 milioni vengono considerati oltre il fido e possono essere conteggiati nell'ipotesi in cui a quella data vi sia stata un'annotazione per competenze illegittime. Se, in questo caso, ad esempio, vi è un'annotazione per interessi capitalizzati pari a 15 milioni, il consulente provvederà a annotare tale importo come pagamento, classificandolo a parte evidenziando e blindando tutto il trimestre di riferimento.

Una volta terminata la verifica del conto nel periodo che va dai dieci ai vent'anni, il consulente provvederà a eseguire il secondo conteggio escludendo tutte le voci illegittime, ad eccezione di quelle per le quali vi è stato il pagamento non più ripetibile.

Tale operazione, per il periodo che va dai 10 ai 20 anni precedenti la chiusura del conto, riguarderà soltanto alcuni trimestri, in corrispondenza delle pretese alla ripetizione dell'indebito ancora azionabili perché non prescritte; inoltre, riguarderà interamente l'ultimo decennio, poiché per questo periodo non sarà mai maturato il termine di prescrizione.

Ipotesi di nuovo quesito relativo a rapporti bancari

Con riferimento all'intero rapporto, sulla base della documentazione esibita e di quella ulteriore che il consulente tecnico d'ufficio acquisirà presso le parti, determini il CTU l'esatto ammontare della somma complessiva eventualmente dovuta dall'attore all'istituto di credito alla data della chiusura del conto ovvero al momento della domanda, se il rapporto è ancora in corso, e conseguentemente l'ammontare delle somme eventualmente corrisposte in eccesso e non dovute all'istituto di credito, avendo cura di eseguire i seguenti conteggi:

1. Se è stata eccepita la prescrizione dell'azione di restituzione delle somme indebitamente versate, il C.T.U. dovrà considerare che il termine di prescrizione decennale decorre dalla data della singola rimessa,

solo quando questa ha natura solutoria.

Il consulente tecnico di ufficio in questo primo conteggio prenderà in esame solo le rimesse aventi natura solutoria per le quali sia maturato il termine di prescrizione, considerando che lo stesso è decennale e viene interrotto con l'atto di citazione o con un atto di costituzione in mora stragiudiziale.

La rimessa ha natura solutoria quando, sulla base del saldo disponibile presente alla data di ogni singola rimessa, ricorreva l'ipotesi:

- di conto non affidato, quando alla data di ogni singola rimessa, il saldo disponibile era negativo;
- se, invece, vi era un affidamento, se il saldo disponibile eccedeva la provvista concessa.

Pertanto, il consulente tecnico di ufficio provvederà ad attribuire natura solutoria alle rimesse effettuate quando il saldo disponibile era negativo (per il conto corrente non affidato) o passivo (quando, cioè, il saldo disponibile era nei limiti dell'affidamento).

Nell'ambito delle rimesse solutorie il consulente provvederà a individuare le somme imputate a pagamento di competenze illegittimamente annotate dall'istituto di credito. Tali competenze sono quelle relative ad annotazioni a titolo di:

- interessi anatocistici
- interessi ultralegali non stipulati per iscritto
- interessi pattuiti con clausole nulle per indeterminabilità dell'oggetto
- spese addebitate ma non previste in contratto
- commissione di massimo scoperto, se non prevista in contratto;
- gli interessi su commissione di massimo scoperto
- gli interessi usurari e capitalizzati

Dopo aver quantificato le somme indebitamente addebitate, il consulente individuerà, per ogni parte di rimessa avente natura solutoria, le somme non più ripetibili per prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito, considerando che:

- se la somma indebitamente addebitata è inferiore alla rimessa avente natura solutoria, l'importo non ripetibile è pari all'intera annotazione relativa a competenze illegittime;
- se la somma indebitamente addebitata è superiore alla rimessa (o alla parte di essa) avente natura solutoria, l'importo non ripetibile è costituito dall'ammontare della rimessa.

Infine, le somme per le quali è maturata la prescrizione vanno indicate dal ctu in una distinta colonna e non saranno conteggiate in sede di ricostruzione del saldo finale del conto corrente, sulla base dei criteri che seguono e con le seguenti precisazioni:

- per i versamenti con carattere solutorio imputati a pagamento di competenze indebite di importo inferiore rispetto alle competenze medesime, il consulente in sede di ricostruzione del saldo finale provvederà a considerare nel calcolo tutte le competenze relative al trimestre interessato dalla/e rimessa/e, al fine di accertare quali siano le competenze legittimamente spettanti alla banca e provvederà, in sede di conteggio finale a considerare come somma ripetibile dal correntista solo quella pari alla percentuale residua (la proporzione va fatta tenendo conto del rapporto tra l'importo dell'annotazione relativa a competenze indebite e l'importo della rimessa);

- nel trimestre interessato da rimesse solutorie di importo pari o superiore alle competenze annotate illegittimamente, in sede di secondo conteggio teso a ricostruire il saldo finale, il consulente tecnico di ufficio provvederà ad escludere l'incidenza di tutte le voci che risultano già "pagate" indebitamente e per le quali sia intervenuta la prescrizione decennale, nei termini indicati in premessa;

2 terminata tale fase, il consulente provvederà a ricostruire il saldo finale del conto corrente con i criteri di seguito individuati, iniziando i conteggi dal primo saldo disponibile ed escludendo, nei termini sopra indicati, i trimestri interessati da rimesse totalmente solutorie. In particolare, nell'ipotesi ricorrente nel contratto di clausola contenente la pattuizione di tassi debitori alla stregua delle condizioni praticate usualmente sulla piazza ovvero nel caso in cui il contratto non preveda un tasso di interessi né, applichi il CTU il tasso convenzionale eventualmente previsto (ad es. solo per le operazioni a credito per la banca o a debito) ed il tasso legale tempo, per tempo vigente, sulle operazioni non oggetto di tasso convenzionale.

3 Ove siano pattuiti (o comunque risultino concretamente applicati) tassi debitori espressi con capitalizzazione trimestrale, applichi il CTU la capitalizzazione annuale ai soli interessi attivi, escludendo qualsiasi capitalizzazione di interessi passivi sino alla data di entrata in vigore della delibera CICR 9/02/00; successivamente applichi la capitalizzazione trimestrale reciproca, se oggetto di specifica pattuizione

4 Accerti il CTU se siano state espressamente pattuite le CMS, o comunque se siano state applicate dalla banca (ed in quale percentuale); in caso siano contrattualmente previste (o comunque risultino applicate), calcoli la CMS nella misura pattuita, senza capitalizzazione, applicandola una sola volta nell'anno sul massimo scoperto annuale. Mentre, ove non sia stata pattuita, ma sia stata applicata, il CTU escluda dal calcolo le CMS.

5 Accerti l'esistenza di determinazione pattizia relativa alle spese fisse di tenuta conto e, nel caso in cui non siano previste, le escluda dal conteggio, altrimenti ne elimini ogni eventuale capitalizzazione.

6 Accerti l'esistenza di determinazione pattizia relativa alle spese forfetarie di chiusura e, nel caso in cui non siano previste, le escluda dal conteggio, altrimenti ne elimini ogni eventuale capitalizzazione.

7 Ove l'istituto di credito abbia operato rettifiche e/o decurtazioni relativamente alle spese variabili delle operazioni, accerti il CTU l'esistenza di determinazione pattizia delle stesse e, nel caso in cui non siano previste, le escluda dal conteggio, altrimenti ne elimini ogni eventuale capitalizzazione.

8 Accerti l'esistenza di una espressa pattuizione per iscritto della valuta per i versamenti e per i prelievi; in mancanza di pattuizione consideri quale data di valuta la data dell'operazione risultante dall'estratto conto.

Fornisca il CTU ogni ulteriore chiarimento tecnico che, anche su prospettazione delle parti, ritenga utile ai fini della decisione.

Autorizza il CTU ad avvalersi del mezzo proprio e di eventuali collaboratori all'espressa condizione di esonerare l'amministrazione da qualsiasi responsabilità.

Autorizza il CTU ad acquisire presso le parti ed anche presso uffici pubblici la documentazione che riterrà necessaria ai fini dell'espletamento dell'incarico.

Autorizza il CTU al ritiro dei fascicoli di parte.

Faculta le parti alla nomina di propri consulenti sino all'inizio delle operazioni peritali.

Ordina alla banca di esibire in giudizio o al consulente tecnico d'ufficio gli estratti conto che siano rinvenibili presso l'istituto di credito ai sensi dell'art. 2220 c.c. e alla disciplina sulla conservazione dei documenti ex art. 119 TU bancario.

Gli effetti del decreto "milleproroghe 2011"

Con l'approvazione dell'art. 2 comma 61 L. 10/2011 (di conversione del D.L. 225/2010), entrata in vigore il 27.02.2011 (in G.U. del 26.02.2011) ed inserita nel pacchetto del c.d. "decreto milleproroghe 2011" contenente disposizioni dal più disparato ed eterogeneo carattere, affatto riconducibile al riordino di alcuna disciplina specifica di settore, si è varata la norma avente il seguente testuale tenore:

"In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, l'articolo 2395 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione".

A prima lettura, l'impatto della disposizione sembrerebbe essere indirizzata ad incidere, ovvero a sterilizzare, il diritto dei correntisti di ottenere la restituzione delle somme oggetto delle rimesse indebitamente versate alla banca nel corso del rapporto di conto corrente per effetto dell'applicazione (sostanziale) di meccanismi contrattuali inficiati da nullità, radicale ed insanabile, legate all'applicazione, da parte della banca, di interessi a suo favore a tassi ultralegali non espressamente determinati per iscritto e riconducibili ai c.d. "usi su piazza" (in violazione dell'art. 1284 c.c. e 117 T.U.B.); di costi aggiuntivi, quali ad esempio la commissione di massimo scoperto e le c.d. "valute-banca", affetti dalla stessa patologia; della clausola (ex art. 7 N.U.B.) in forza della quale la banca ha applicato in suo esclusivo favore il conteggio degli interessi capitalizzati su base anatocistica trimestrale (in violazione dell'art. 1283 c.c.).

La norma in esame contiene al suo interno due differenti proposizioni letterali e dispositive, manifestamente autonome e rivolte a regolare distinte questioni.

La prima recita : "In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, l'articolo 2395 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa.

La seconda dispone : "In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione".

Le due diverse locuzioni, pur essendo tra loro collegate da un nesso teleologico comune, si distinguono nettamente, sia sul piano grammaticale, sia su quello semantico, sia su quello prettamente giuridico.

Ed infatti:

- la prima proposizione è separata dalla seconda dalla interposizione di un punto;
- la seconda esordisce con l'espressione "In ogni caso", con ciò chiaramente alludendo ad una netta cesura con la precedente disposizione dalla quale si distingue per imporre una regola iuris (certamente del tutto innovativa) in forza della quale, qualunque esito conduca l'applicazione della disciplina cogente, anche sulla base di quella (asseritamente) interpretativa introdotta con il primo inciso della stessa norma, in ogni caso esclude che si possa far luogo a ripetizione di somme quantunque le stesse rientrassero all'interno del perimetro decennale non coperto da prescrizione (sic !), disponendo una sorta di estinzione dei diritti ripetitori acquisiti (si badi, da entrambe e, quindi, anche dalla banca) dalle parti, reciprocamente l'uno verso l'altra; trattasi, insomma, di una norma recante una disposizione immediatamente precettiva apertamente in deroga con il principio della ripetizione dell'indebitito, genericamente previsto dall'art. 2033 c.c., che risulterebbe applicabile in qualsiasi rapporto giuridico tranne che per quello di conto corrente bancario, sulla base, tuttavia, di una ratio differenziante tutt'altro che giuridicamente apprezzabile e persino comprensibile;
- la prima si autodichiara "interpretativa", e quindi apparentemente dotata di effetti retroattivi idonei, perciò, ad incidere sui rapporti preesistenti e persino sulle controversie pendenti alla data di sua entrata in vigore, mentre la seconda difetta di tale "autodichiarazione", postulando, per sua stessa ammissione (l'inciso non contiene, né per vero potrebbe, una previsione di "interpretatività") una natura ed una portata puramente "innovativa" del sistema previgente con effetti, tuttavia, necessariamente irretroattivi (art. 11 co. 1 Preleggi) ed inidonea, pertanto, ad incidere sulla sorte delle controversie pendenti alla data di sua entrata in vigore.

Norma imperativa e rilevanza sul contenzioso in corso

Come detto, la norma si proclama "interpretativa" della disposizione principale dettata in tema di prescrizione (art. 2935 c.c.), a mente della quale, in via generale "La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere".

In particolare, introducendo una asserita portata "interpretativa" della regola ordinaria valevole in via generale per ogni genere di diritto, la disposizione in esame "chiarirebbe" che, soltanto in tema di rapporto di conto corrente bancario (e, dunque, con esclusione di qualsiasi altro rapporto, che resta "interpretato" sulla base della disposizione generale), la prescrizione (evidentemente su base ordinaria decennale ex art. 2946 c.c.) riferibile all'esercizio degli specifici "diritti nascenti dall'annotazione in conto", decorre dall'annotazione stessa.

Espressamente in deroga alla disciplina generale, poiché recante una regola "interpretativa" a carattere eccezionale, la norma non può, pertanto, a sua volta, essere interpretata in chiave estensiva, bensì tassativamente ed esclusivamente rispetto al solo e specifico rapporto cui essa si riferisce (art. 14 Preleggi).

Orbene, il diritto alla ripetizione spettante al correntista in relazione alle somme indebitamente versate alla banca in applicazione di meccanismi e clausole contrattuali viziata da nullità, "nasce" dalla assoluta improduttività di effetti della nullità stessa: quod nullum est nullum effectum producit.

L'azione di accertamento della nullità è imprescrittibile ex art. 1422 c.c.

Per altro verso, pur vero è che ben altra cosa è l'esercizio del diritto finalizzato, non già all'accertamento della nullità (come detto imprescrittibile), bensì alla ripetizione delle prestazioni eseguite in forza di titolo nullo, "altra essendo la domanda volta a far dichiarare la nullità di un atto, che non si prescrive affatto, altra quella volta ad ottenere la condanna alla restituzione di una prestazione eseguita: sicché .., con riferimento a quest'ultima domanda, il termine di prescrizione inizia a decorrere non dalla data della decisione che abbia accertato la nullità del titolo giustificativo del pagamento, ma da quella del pagamento stesso".

Ciò che, dunque, assume il ruolo di "protagonista" nella vicenda ripetitoria in argomento non può che essere l'atto giuridico del "pagamento", poiché è soltanto tale atto che può "dar vita ad un'eventuale pretesa restitutoria di chi assume di averlo indebitamente effettuato", atteso che solo con riferimento ad un "pagamento" può dirsi esistente l'esecuzione di una prestazione in relazione alla quale si verifica uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens in ipotesi "indebita" e, quindi, ripetibile ex art. 2033 c.c.

Ne consegue che "Non può, pertanto, neppure ipotizzarsi il decorso del termine della prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico definibile come "pagamento", che l'attore pretende essere indebitito, perché prima di quel momento non è configurabile alcun diritto di ripetizione".

In ciò, in realtà, si sostanzia l'individuazione della chiave di volta della questione.

L'inciso introdotto dalla disposizione in commento, nella pretesa "interpretazione" dell'art. 2935 c.c., non esprime, in verità, alcun riferimento ai diritti ontologicamente nascenti dalla ripetizione di pagamenti

indebiti effettuati nel corso di operazioni bancarie di conto corrente, bensì regola l'ipotesi, ben diversa e strutturalmente incompatibile con la prima (nel senso nomofilaticamente chiarito dalla Suprema Corte), dei "diritti nascenti dall'annotazione in conto".

Ed invero, il diritto di ripetizione ontologicamente non nasce e, non può "neppure ipotizzarsi", riguardo al fatto della "annotazione sul conto", bensì solo riguardo al fatto del "pagamento sul conto".

Non v'è chi non veda, dunque, la differenza radicale e strutturale delle due diverse ipotesi fattuali considerate, ponendo la nuova disposizione, sedicente "interpretativa", una disciplina in tema di prescrizione riferibile soltanto a vicende controverse del tutto distinte ed incompatibili con quelle da cui trae origine il diritto del correntista ad ottenere la ripetizione di somme indebitamente versate, poiché nascenti dall'applicazione di nullità insanabili.

E, come detto, non può neanche opinarsi che, a dispetto del contenuto e del significato letterale intrinseco della nuova disposizione, la stessa possa essere a sua volta interpretata in via estensiva, in guisa da far ricomprendere al suo interno fattispecie del tutto ad essa estranee, atteso che la stessa è espressamente e tassativamente riferibile ai soli "diritti nascenti dall'annotazione in conto".

Ed infatti, "L'annotazione in conto di una siffatta posta .. in nessun modo si risolve in un pagamento, nei termini sopra indicati, perché non vi corrisponde alcuna attività solutoria del correntista medesimo nei confronti della banca".

D'altronde, come già osservato da autorevole dottrina, è dato distinguere gli atti giuridici da cui sorgono diritti di credito dalle semplici operazioni contabili di accredito e addebitamento, le quali si effettuano secondo la tecnica delle scritture e delle registrazioni e che in alcun modo, trattandosi, per l'appunto di mere operazioni contabili, costituiscono fonte di costituzione di crediti o di debiti, limitandosi l'annotazione in conto ad una mera rappresentazione di operazioni formali con cui si illustra l'andamento di un unico rapporto di durata nel corso del suo svolgimento.

L'annotazione in conto altro non è, infatti, se non una mera descrizione "contabile" redatta unilateralmente dalla banca che, certamente, non è idonea ad assumere alcun estintivo di natura sostanziale dei diritti di credito sorti in capo al correntista per effetto di pagamenti indebiti poiché nascenti da titolo nullo.

In conclusione, può "ragionevolmente" affermarsi che la norma in questione nulla innova sul tema della prescrizione che qui interessa, in relazione alla quale la prescrizione del diritto del correntista di ottenere la ripetizione delle somme indebitamente versate alla banca, in considerazione del carattere unitario del rapporto di conto corrente, inizia a decorrere dalla chiusura del conto ove il versamento della somma controversa sia riconducibile ad una rimessa "ripristinatoria".

Il divieto di ripetizione dell'indebitato

L'ultima parte della disposizione incide, invece, non sul tema della prescrizione, bensì direttamente su quello della esistenza, o rectius della sopravvivenza, del diritto stesso alla ripetizione, stabilendo che "In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione".

E' evidente che, a differenza della norma precedentemente esaminata, quella in parola non è norma "interpretativa".

Non lo è perché essa stessa tale non si dichiara e perché, attesa la sua valenza prettamente sostanziale (incide sul diritto soggettivo stesso e non sui termini accordati per il suo esercizio in sede giurisdizionale in funzione prescrizione), non potrebbe giammai annoverarsi come norma dirimente il significato ambiguo di altra norma.

Essa, infatti, deroga (e non "interpreta") tout court all'art. 2033 c.c.

Deriva, quindi, che essa non ha valenza e portata retroattiva e che, di conseguenza, non è idonea a modificare la disciplina in base alla quale va definita e risolta una controversia giudiziaria pendente alla data di entrata in vigore della nuova norma, il cui giudizio va deciso sulla base della disciplina previgente sulla base del noto principio *tempus regit actum* (art. 11 co. 1 Preleggi).

Sicché, una prima considerazione: la nuova disposizione non può incidere sulle sorti dei giudizi pendenti, rispetto ai quali la decisione va assunta nel rispetto della regola sancita dall'art. 2033 c.c., applicato *pleno iure*, senza deroga alcuna.

Ciò posto, l'esegesi della norma non può svincolarsi dalle considerazioni in precedenza illustrate riguardo alla norma dettata in tema di prescrizione, teleologicamente alla quale anche quella in parola è

prevista e si lega nell'unico contesto normativo in cui entrambe vengono ideate ed introdotte.

Sicché può concludersi che la sua formulazione lessicale non consente di ritenerla applicabile alle ipotesi riguardanti la tutela di diritti ripetitori nascenti da "pagamenti" su conto (e non da "annotazioni" su conto).

Ne consegue che neppure a tale disposizione può ritenersi compatibile la fattispecie riguardante i diritti ripetitori spettanti al correntista per effetto dell'indebito versamento di somme non dovute poiché corrisposte in virtù di titolo nullo.

E ciò per le stesse ragioni già supra indicate, alle quali si rinvia.

Cenno ai profili di incostituzionalità

La tesi secondo cui le nuove disposizioni hanno il potere di incidere, l'una in via interpretativa (quella in tema di prescrizione) e l'altra e in via sostanziale (quella in tema di diritto alla ripetizione), sulle questioni che interessano l'annoso contenzioso in essere tra correntisti e consumatori, comporta una modifica radicale dell'assetto normativo "classico", determinando un totale capovolgimento delle "regole del gioco".

Da ciò la rilevanza della questione di costituzionalità.

Sorge, quindi, l'esigenza di verificare se, in ipotesi di ritenuta applicabilità tout court della (duplice) nuova norma anche alle questioni in esame, la stessa risulti effettivamente coerente con i principi sanciti dalla Carta fondamentale.

L'analisi conduce ad un giudizio di disfavore.

La (duplice) nuova norma è stata ritenuta in contrasto ed in violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 47, 101, 102, 104 e 111 Cost.

Come già osservato, la prima parte della nuova norma si autodefinisce interpretativa della disciplina applicabile alla prescrizione in tema di "operazioni regolate in conto corrente" con riferimento ai "diritti nascenti dall'annotazione in conto".

Se idonea ad incidere sulle disciplina sostanziale che, sulla base del sistema "tradizionale", legittima il correntista ad esperire l'azione di nullità (e di conseguente ripetizione), la nuova norma dovrebbe, di conseguenza ed inevitabilmente, integrare una disposizione interpretativa non solo delle norme in tema di prescrizione, bensì necessariamente anche di quelle di cui all'art. 1283 c.c., all'art. 1284 co. 2 c.c. ed all'art. 117 T.U.B., in relazione alla cui disciplina essa va, senza ombra di dubbio, direttamente ad incidere, modificandone i contenuti.

E ciò va escluso perché il legislatore non si è occupato di una modifica organica dell'impianto normativo in parola, limitandosi, per converso, ad introdurre siffatta disposizione in un corpus normativo del tutto eterogeneo ed affatto destinato ad un riordino della disciplina di settore qui in esame.

Né l'interpretazione autentica può delimitare gli ambiti di efficacia delle diverse disposizioni rispetto alle quali essa non si pone in rapporto, ovvero, introdurre, di fatto, una disciplina differenziata prevista per fattispecie particolari (tassi ultralegali ed anatocismo nei soli contratti bancari), che è, invece, appositamente regolata in un'apposita disciplina organica (quella previgente) coerentemente contestualizzata nel sistema generale dell'ordinamento.

Tale considerazione di premessa induce a concludere che la nuova norma in esame si spinga ben oltre una funzione meramente e semplicemente "interpretativa", in realtà solo apparente.

D'altro canto, il vaglio di costituzionalità non pare in alcun modo superato ove si consideri ancora che la norma "interpretativa", al fine di risultare rispettosa dei precetti costituzionali che regolano e giustificano la sua introduzione, dovrebbe essere finalizzata ad eliminare eventuali incertezze interpretative ovvero rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti, imponendosi, dunque, il presupposto essenziale di fondo, che tale oscillazioni esegetiche vi siano e siano state registrate nel diritto vivente della giurisprudenza nomofilattica di legittimità.

Tali sono, infatti, i principi chiaramente sanciti dalla Consulta, la quale ha affermato che "la legge di interpretazione autentica deve rispondere alla funzione che le è propria: quella di chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili col tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative (sentenza nn. 163 del 1991 e 413 del 1988), sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea politica del diritto perseguita dal legislatore (sentenze nn. 397 e 6 del 1994; 424 e 402 del 1993; 455 e 454 del 1992 ed altre)".

Le sentenze richiamate nella detta decisione contengono, a loro volta, l'ulteriore principio per cui "Il

carattere interpretativo deve desumersi .. dalla struttura della fattispecie normativa, in relazione cioè ad un rapporto tra norme tale che il sopravvenire della norma interpretante non fa venire meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldano tra loro, dando luogo ad un precetto normativo unitario”.

Orbene applicati tali principi di coerenza costituzionale alla norma in esame, appare chiaro che quest'ultima non supera il vaglio di meritevolezza ove si consideri che:

- non si comprende quale sia l'equivocità, ovvero quale siano le possibili varianti compatibili con il senso letterale proprio che risulta dal principio generale di cui all'art. 2935 c.c., rispetto al quale la nuova norma non si pone affatto in chiave “interpretativa” bensì in funzione nettamente “derogativa ed innovativa”, atteso che, in applicazione dell'univoco significato offerto dal detto principio generale, non v'è alcuna incertezza nel ritenere che nei rapporti di conto corrente bancario i diritti del correntista nascano e possano essere fatti valere, non già dall'annotazione sul conto, bensì dalla chiusura dello stesso;

- del pari, non si comprende quale grado di equivocità proponga la lettura degli artt. 2033, 1283 e 1284 co. 2 c.c., ovvero dell'art. 117 T.U.B., rispetto ai quali la nuova norma interpretativa incide in maniera netta e rilevante, offrendo un precetto normativo che, riguardo al principio della prescrizione dei diritti nascenti in favore del cliente, è tutt'altro che unitario (specie, ove si consideri il diverso trattamento che dovrebbe restare immutato in tema di rapporti bancari diversi da quello di conto corrente, a cui la norma esclusivamente dedica la propria attenzione);

- non si comprende davvero quale siano le incertezze e divergenze interpretative sollevate dalla giurisprudenza .

Vero è, invece, che la norma, lungi dal porsi il (solo apparente) fine di colmare oscillazioni di tipo interpretativo affatto esistenti, si propone, invece, l'evidente finalità di imporre una linea “innovativa” in aperto contrasto col diverso orientamento giurisprudenziale, definitivamente conclamato anche dalla Suprema Corte regolatrice a Sezioni Unite, col chiaro intento di ribaltarne e rivoluzionarne forzatamente gli effetti.

La norma in parola, insomma, provoca un chiaro vulnus al principio di parità di trattamento dei rapporti giuridici bancari diversi da quello di conto corrente; si arroga la pretesa di interferire sui giudizi pendenti con effetto retroattivo e, inoltre, di sostituirsi al potere giudiziario nell'esercizio dei poteri allo stesso costituzionalmente riservati.

Afferma la stessa Consulta che, comunque ed in ogni caso, “La riconosciuta natura effettivamente interpretativa di una legge, non è sufficiente ad escludere che la stessa determini violazioni costituzionali. Invero, la sovrana volontà del legislatore nell'emanare dette leggi incontra una serie di limiti che questa Corte ha da tempo individuato, e che attengono alla salvaguardia, oltre che di norme costituzionali, di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento (sentenze nn. 397 e 6 del 1994; 424 e 283 del 1993; 440 del 1992 e 429 del 1993)” .

Il principio in parola, racchiuso nell'art. 3 Cost. quale riflesso inscindibile di quello di uguaglianza del quale la norma è baluardo di garanzia assoluta ed inviolabile all'interno del sistema generale dell'ordinamento (anche in conformità di quello sovranazionale UE e CEDU cui quello interno è tenuto a conformarsi), impone il rispetto del più generale dogma della coerenza organica.

In conformità a quanto insegnato dal Giudice delle leggi, l'ordinamento resta stravolto e mutilato in ogni caso in cui una o più disposizioni di carattere generale che abbiano superato il vaglio di validità, meritevolezza ed adeguatezza rispetto all'impianto costituzionale (cioè quelle rispetto alle quali la norma in esame intenderebbe incidere) risultino ingiustificatamente derivate da una norma “particolare”, ed addirittura “singolare”, ossia riferita non già ad una molteplicità indefinita di rapporti ma ad “uno in particolare”.

La disciplina generale balza dalla lettura a sistema delle varie disposizioni presenti nell'ordinamento ed è offerta da quella più volte evocata: artt. 1283, 1284 co. 2, 2033, 2935 c.c., 117 T.U.B.

L'impianto normativo tratteggia chiaramente una norma-principio di carattere generale di tutta evidenza, consistente nella tutela del correntista, ossia del contraente debole e spesso soggetto alle vessatorie ed insostenibili condizioni imposte da quello forte (la medesima ratio ispira l'intero ordinamento), sostanzandosi nel divieto dell'applicazioni di tassi debitori eccessivamente onerosi, nel divieto della loro implementazione su base composta ed anatocistica e, correlativamente, nel diritto di colui che ha subito tali illegittime vessazioni di ottenere la ripetizione del “moltolto” con decorrenza dalla “chiusura della partita”.

Rispetto a tale principio generale, la norma particolare (sia quella “interpretativa”, sia quella “sostanziale”) introdotta dal c.d. decreto salva banche si pone in stridente, irrimediabile ed irragionevole contrasto, svuotando completamente di significato l’intero tessuto normativo in cui essa incide e, di conseguenza, improvvisamente menomando, anzi annullando del tutto (l’esclusione del diritto alla ripetizione conduce, infatti, a tale aberrante effetto), i diritti che ne sarebbero conseguiti a tutela degli interessi lesi in danno del contraente debole.

La disposizione in oggetto è norma “particolare” perché, per l’appunto, salva soltanto, e paradossalmente, soltanto il contraente forte, in via paradigmaticamente irragionevole, incidendo, peraltro, sui soli conti correnti e trascurando del tutto la disciplina di tutte le altre tipologie di rapporti bancari per la intuibile ed ovvia ragione che è proprio il conto corrente lo strumento tipico attraverso cui si compiono gli squilibri sperequativi in danno del soggetto debole.

Principio di effettività della tutela

Afferma ancora la stessa Consulta che il legislatore incontra nella produzione normativa l’ulteriore limite della “tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto (sentenze nn. 397 e 6 del 1994; 429 del 1993; 822 del 1988) e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario” , con la conseguente implicazione che “Allorquando, invece, risulti l’intenzione della legge interpretativa di vincolare il giudice ad assumere una determinata decisione in specifiche ed individuate controversie, la funzione legislativa perde la propria natura ed assume contenuto meramente provvedimentale” .

In altri termini, la velata maschera della sedicente “natura interpretativa” della norma, in realtà, non può mai essere volta ad aggirare l’ostacolo, posto alla base dello Stato di diritto, concernente il principio inderogabile della effettività della tutela giudiziaria e del giusto processo, nonché della invulnerabilità delle funzioni proprie costituzionalmente riservate al potere giudiziario.

Diversamente, come pure evidenziato dal solco tracciato dal Giudice delle leggi, si assiste ad un fenomeno, costituzionalmente illegittimo, per cui il legislatore giunge a vulnerare le funzioni giurisdizionali, intervenendo per annullare gli effetti del giudicato mediante l’introduzione di novellazione intenzionalmente diretta ad incidere su concrete fattispecie già sub iudice.

Tale situazione di palese incostituzionalità pare caratterizzare esattamente lo scenario in cui si pone la (duplice) norma salva banche in esame.

Ben lungi dall’introdurre una normazione organica diretta a regolare una molteplicità indeterminata di situazione e rapporti, la nuova disposizione è, invece, manifestamente diretta ad incidere soltanto sul contenzioso pendente tra correntisti e banche, al fine di sterilizzare i risultati ermeneutici cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità, consacrando la piena fondatezza delle pretese avanzate dal popolo degli utenti nei confronti del ceto creditizio, le cui posizioni soggettive attive restano improvvisamente ed imprevedibilmente completamente abbattute, nel pieno corso dei processi pendenti, dalla scure della novella.

Ed invero, l’applicazione tout court con efficacia retroattiva della nuova norma sulla prescrizione determinerebbe un effetto aberrante rispetto alle controversie pendenti alla data di sua entrata in vigore, compromettendone inevitabilmente gli esiti solo ed esclusivamente in favore delle banche, uniche reali beneficiarie di tale nuovo regime.

Si mina, infatti, alla radice il principio della intangibilità del diritto del cittadino di ottenere una pronuncia giurisdizionale che sia resa sulla base dell’impianto normativo (si badi, non giurisprudenziale, che, invece, ben può essere oggetto di mutamento in corso di giudizio) vigente al momento dell’accesso alla tutela giudiziaria.

In uno scritto di cinque anni fa, il prof. Guido Alpa, sintetizzava in maniera brillante luci ed ombre delle materie giuridiche evidenziando come la mancanza di opinioni omogenee e convergenti riguarda anche i livelli più alti della dottrina e della giurisprudenza in materia.

L’immagine che oggi ci restituisce la giurisprudenza è piuttosto confusa, essendo i risultati della valutazione dei giudici assai complessi, spesso intricati o discutibili, quando non contraddittori. Ed allora sembra oggi appropriato parlare di confini “incerti” soprattutto per l’intervento non chiarificatore del legislatore.

La Corte di Cassazione, avvalendosi della sua funzione nomofilattica, oggi ribadita dalla riforma dell’ordinamento giudiziario, riesce spesso a comporre i contrasti e a dissolvere le incertezze. Ma non mancano contrasti interni alla stessa giurisprudenza della Corte Suprema, così come contrasti tra la Corte

Suprema e i giudici amministrativi”.