



**CONSIGLIO SUPERIORE DELLA
MAGISTRATURA**

**Corte d'appello di Bari
Ufficio dei Referenti per la Formazione Decentrata – settore civile**

BARI

15 aprile 2011

**Incontro di studio sul tema:
IL CONTENZIOSO BANCARIO**

PAOLO GIOVANNI DEMARCHI ALBENGO

**BREVI RIFLESSIONI SU ANATOCISMO E
COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO
NEI CONTI CORRENTI BANCARI**

Sommario: 1. Introduzione – 2. La sorte delle clausole anatocistiche stipulate prima fino al 1999 - 2.1. La prescrizione dell'azione di ripetizione - 2.2. La capitalizzazione trimestrale degli interessi. Nullità. - 2.3. Periodicità alternativa di capitalizzazione - 2.4. Imputazione delle rimesse. Inapplicabilità dell'art. 1194 cod. civ. - 3. La commissione di massimo scoperto - 3.1. La nullità per indeterminazione - 3.2. La nullità per mancanza di valida causa negoziale - 3.4. commissione di massimo scoperto e usura - 3.5. La nuova commissione di massimo scoperto. I decreti legge 185/2008 e 78/2009.

1. Introduzione

Per comprendere appieno le problematiche suscitate dall'anatocismo nell'ambito dei contratti bancari è opportuno risalire alla fonte normativa che disciplina tale istituto.

Bisogna ricordarsi che fino al 1999, anno significativo per un improvviso mutamento di giurisprudenza, nonché per la normativa che ha innovato in materia di anatocismo bancario, l'interesse composto era considerato sfavorevolmente dal legislatore, tanto da renderlo generalmente vietato.

L'articolo 1283 del codice civile, infatti, ci dice che gli interessi scaduti non possono normalmente produrre interessi; impone così un divieto generale di anatocismo, con due sole eccezioni: la prima è legata a circostanze di fatto e cioè alla presentazione di una domanda giudiziale ovvero alla stipula di una convenzione posteriore alla scadenza ed entrambe le ipotesi richiedono, peraltro, che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi. Trattasi di eccezioni che non vengono mai in rilievo nell'ambito della disciplina dei contratti di conto corrente bancari, ove l'interesse anatocistico è il frutto di pattuizioni anteriori alla maturazione degli interessi.

La seconda eccezione, invece, è quella attraverso la quale fino al 1999 la giurisprudenza ha ritenuto legittime le clausole, inserite nei contratti bancari, che consentivano la capitalizzazione trimestrale degli interessi¹; trattasi della prima parte dell'articolo 1283 del codice civile (in mancanza di usi contrari...), ove si afferma, con formulazione negativa, che gli interessi scaduti possono produrre interessi in conformità agli usi e cioè quando esistano usi normativi che lo prevedono.

L'uso a cui fa riferimento l'articolo 1283 è per opinione indiscussa un uso di natura normativa. Si tratta quindi di una fonte del diritto, sebbene del livello più basso; l'uso normativo è indicato quale fonte del diritto dall'articolo 1 delle disposizioni sulla legge in generale e trova la sua regolamentazione nell'articolo 8 delle preleggi, in cui si legge che nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati. Pertanto, l'uso normativo relativo alla previsione di capitalizzazione degli interessi passivi nei conti correnti bancari intanto può operare in quanto sia richiamato dalla legge; cosa che avviene puntualmente nella prima parte dell'articolo 1283.

Ne consegue che ove l'uso di consentire la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi dei correntisti fosse considerato di natura normativa, la relativa clausola inserita nei contratti bancari sarebbe pienamente valida; al contrario, qualora l'uso suddetto fosse qualificabile come uso negoziale o comunque non di natura normativa, pertanto non catalogabile quale fonte del diritto, allora il divieto previsto dall'articolo 1283 diventerebbe insuperabile.

¹ In materia di anatocismo si vedano, tra gli altri, COSTANZA, *Norme bancarie uniformi e derogabilità degli artt. 1283 e 1284 c.c.* (nota a Cass., 30 maggio 1989, n. 2644, in Giust. civ., 1989, I, p. 2037); DI AMATO, *Anatocismo e prassi bancaria* (nota a Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631, in Giust. civ., 1982, I, p. 381); FARINA, *Recenti orientamenti in tema di anatocismo*, in Rass. dir. civ., 1991, p. 757 e *Problemi della pratica. La determinazione giudiziale del credito "bancario" in conto corrente*, Banca borsa tit. cred. 1999, 3, 340; FERRO-LUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze*, Giur. comm. 2001, 01, 5; INZITARI, *Convenzione di capitalizzazione trimestrale degli interessi e divieto d'anatocismo ex art. 1283 c.c.* (nota a Trib. Vercelli, 21 luglio 1994, in Giur. it., 1995, I, 2, c. 408); RUELLO, *Anatocismo e mora debendi nel conto corrente bancario*, Banca borsa tit. cred. 1986, I, p. 548.

Tale premessa si è resa necessaria per comprendere appieno le modifiche e le conseguenze che sono derivate dal mutamento di giurisprudenza verificatosi nel 1999.

Prima ancora, è opportuno premettere alcuni brevi cenni sugli usi; l'uso normativo è definibile quale norma non scritta che un ambiente sociale osserva costantemente nel tempo come norma giuridicamente vincolante (Bianca, *Diritto civile*, volume 1, 1981, 76). Elementi costitutivi della consuetudine (o uso) si ritiene che siano: la costante e uniforme ripetizione nel tempo di un determinato comportamento (elemento oggettivo) -il convincimento della vincolatività giuridica di quel comportamento da parte dei consociati, ossia la cosiddetta *opinio iuris ac necessitatis* (elemento soggettivo). Secondo la giurisprudenza (Cassazione 18 aprile 1969, numero 1229) l'uso si forma con la generale, costante ed uniforme ripetizione di un determinato comportamento e con il convincimento che quel comportamento corrisponda all'osservanza di un obbligo giuridico.

In dottrina si è anche sostenuto che l'elemento psicologico debba concretarsi non nel convincimento dei singoli componenti il gruppo circa la giuridica obbligatorietà del comportamento, bensì nel comune convincimento che esso sia conforme ai fini primari del gruppo stesso o valga a comporre razionalmente gli interessi confliggenti, per cui, se non osservato, provocherà una reazione sociale (Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, 64).

In ogni caso, affinché sia configurabile un uso normativo sono necessari due elementi: quello fattuale del ripetersi uniforme e costante nel tempo di un comportamento e quello psicologico della credenza da parte degli appartenenti ad un determinato gruppo sociale o dell'intera società che il comportamento sia giuridicamente obbligatorio.

All'uso normativo si contrappone spesso l'uso negoziale, il quale, però, ha diversa natura. Non si tratta, infatti, di una fonte del diritto, bensì di clausole contrattuali che vengono normalmente inserite in determinate tipologie negoziali e che quindi la legge presume che siano volute dalle parti anche nei casi in cui manchi nel contratto un espresso richiamo (Bianca, *op. cit.*, 80).

La differenza tra usi normativi e usi negoziali consiste nel fatto che i primi rappresentano una fonte di norme giuridiche dell'ordinamento, mentre i secondi rappresentano pratiche negoziali che si presumono volute dalle parti anche senza un'espressa indicazione nel contratto (si tratterebbe, cioè, di clausole usuali per il tipo negoziale).

Fatte queste premesse sugli usi richiamati dall'articolo 1283 del codice civile, si deve ora rilevare che per opinione assolutamente univoca gli usi richiamati dall'articolo 1283 del codice civile non possono che essere quelli aventi natura normativa, in conformità con quanto previsto dagli articoli 1 e 8 delle disposizioni preliminari del codice civile; ciò significa che, all'epoca in cui l'unica norma disciplinante l'anatocismo era l'articolo 1283 del codice civile, il divieto di capitalizzazione degli interessi scaduti era superabile solamente attraverso il richiamo ad un uso normativo diverso, ove esistente.

Fino al 1999 la Corte di cassazione ha ritenuto che l'uso bancario di capitalizzare trimestralmente gli interessi passivi nei conti correnti di corrispondenza concretasse un uso normativo, perciò idoneo a derogare al divieto generale di anatocismo, espresso dall'articolo 1283 del codice civile.

Nel 1999, con la sentenza 11 novembre 1999, numero 12.507, la prima sezione civile della cassazione ha cambiato orientamento ed ha attribuito alle consuetudini bancarie la diversa natura di usi negoziali; tale orientamento è stato successivamente ribadito fino a poco tempo fa dalla corte di legittimità, la quale ancora nel 2007 così si esprimeva: “...*le clausole anatocistiche ... sono basate su un uso negoziale, anziché su un uso normativo, mancando di quest'ultimo il necessario requisito soggettivo, consistente nella consapevolezza di prestar osservanza, operando in un certo modo, a una norma giuridica, nella convinzione che il comportamento tenuto è giuridicamente obbligatorio, in quanto conforme ad una norma che già esiste o che si reputa debba fare parte dell'ordinamento giuridico*”.

Il *revirement* giurisprudenziale, che alla fine degli anni novanta ha portato a negare la natura di usi normativi alle clausole dei contratti bancari che prevedevano la capitalizzazione trimestrale degli interessi², ha causato un avvicinarsi di molteplici interventi: il primo in ordine di tempo fu quello del Governo, che con il decreto legislativo 342/99 dichiarò legittime per il futuro le clausole anatocistiche, tentò di salvare quelle vecchie e consentì l'ultrattività delle stesse (se tempestivamente adeguate alle nuove regole dettate in materia con la delibera del CICR del 9 febbraio 2000).

L'articolo 25 del decreto legislativo 342/99, così statuiva:

Modalità di calcolo degli interessi.

1. La rubrica dell'art. 120 t.u. è sostituita dalla seguente:

" Decorrenza delle valute e modalità di calcolo degli interessi ".

2. Dopo il comma 1 dell'art. 120 t.u. è aggiunto il seguente:

" 2 . Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori".

3. 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, sono valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità e i tempi dell'adeguamento. In difetto di adeguamento, le clausole divengono inefficaci e l'inefficacia può essere fatta valere solo dal cliente.

L'ultimo comma, che introduceva un terzo comma all'articolo 120 del testo unico bancario, fu dichiarato incostituzionale dalla Consulta con sentenza del 17 ottobre 2000, n. 425.

2. La sorte delle clausole anatocistiche stipulate fino al 1999

L'art. 25 del decreto legislativo numero 342 del 1999 ha ricevuto attuazione - per la parte relativa all'adeguamento delle vecchie clausole anatocistiche - tramite l'articolo sette della delibera CICR del 9 febbraio 2000; tale delibera dispone, all'articolo 7, che:

1. Le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera **devono essere adeguate** alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1° luglio.

2. Qualora le nuove condizioni contrattuali **non comportino un peggioramento** delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, **entro il medesimo termine del 30 giugno 2000**, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante **pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale** della Repubblica italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000.

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

La delibera, dunque, consentiva l'adeguamento delle vecchie clausole anatocistiche a determinate condizioni: se l'adeguamento non comportava un peggioramento delle condizioni applicate in precedenza, la banca poteva provvedere unilateralmente all'adeguamento della clausola mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana entro il termine del 30 giugno 2000, dandone comunicazione scritta al correntista alla prima occasione utile e comunque entro il 31 dicembre dello stesso anno.

² Per tutte, Cassazione civile, sez. I, 11 novembre 1999, n. 12507, in Corriere giuridico 1999, 1485, con nota di CARBONE; in dottrina si veda CABRAS, *Conto corrente bancario e anatocismo tra diritto e pregiudizio*, in *Bancaria*, 1999, p. 38; DOLMETTA-PERRONE, *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazioni di interessi e anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.* 1999, 4, 408; INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.* 1999, 3, 257.

Nel caso, invece, in cui per effetto dell'adeguamento la clausola anatocistica comportasse effetti peggiorativi per il correntista, non era più sufficiente il meccanismo di adeguamento di cui sopra, ma la banca avrebbe dovuto rinegoziare le clausole, ottenendo una specifica approvazione da parte del cliente.

Profilo determinante della sopravvivenza delle vecchie clausole è dunque quello relativo al giudizio comparativo tra i loro effetti e gli effetti di quelle risultanti dall'adeguamento operato dalla banca; la valutazione del carattere peggiorativo dell'adeguamento, peraltro, non può essere condotto in via formale tra le vecchie e le nuove clausole, bensì - trattandosi di norma evidentemente posta a tutela del cliente - tra gli effetti concreti che esse determinano per il correntista.

Allora, posto che prima della delibera del CICR le clausole che prevedevano la capitalizzazione degli interessi erano nulle per violazione dell'art. 1283 cod. civ.), è evidente che ogni successiva previsione anatocistica (pur introdotta in modo conforme alle disposizioni del CICR) debba considerarsi peggiorativa. Tanto più che nelle cause contro le banche l'attore è sempre un soggetto che ha avuto nel tempo forti esposizioni debitorie, per cui la previsione di una qualsiasi forma di capitalizzazione deve considerarsi sicuramente peggiorativa (anche se bilaterale) rispetto ad una situazione in cui la clausola, essendo nulla, non era in alcun modo operativa e quindi non produceva nessun effetto concreto.

In conclusione, rispetto alla situazione precedente, in cui il correntista non era tenuto a corrispondere alcun interesse sugli interessi (per nullità accertata della relativa pattuizione contrattuale), l'introduzione di una clausola di capitalizzazione (sebbene rispondente ai requisiti previsti dal CICR) deve considerarsi sicuramente peggiorativa; ne consegue che le nuove clausole devono essere sempre approvate espressamente dalla clientela³, non essendo sufficiente la comunicazione dell'adeguamento" (ammesso che si possa "adeguare" una clausola affetta da nullità).

Questa conclusione appare poco coerente rispetto al testo normativo, ma il motivo non è da ricercarsi nell'erroneità dell'attività interpretativa, bensì nell'effetto distorsivo della illogicità sistematica della disciplina, per effetto dell'intervento della corte costituzionale; va ricordato, infatti, che l'articolo 25 del decreto legislativo 342/99 è stato dichiarato incostituzionale nel suo comma terzo e cioè nella parte che convalidava le vecchie clausole anatocistiche fino alla data di entrata in vigore della delibera attuativa del comitato interministeriale per il credito e il risparmio.

Dunque, secondo il disegno del legislatore le vecchie clausole anatocistiche avrebbero dovuto essere salvate e produrre la loro efficacia fino alla data di entrata in vigore della delibera del CICR; dopo tale data, avrebbero dovuto essere adeguate secondo il meccanismo sopra esposto. Questo schema è stato stravolto dalla pronuncia della corte costituzionale, che ha eliminato la norma di legge che faceva salve le vecchie clausole anatocistiche. Ne consegue che anche il successivo intervento che ha disciplinato la possibilità di adeguamento delle vecchie clausole ha perso di rilevanza, non potendosi più adeguare una clausola irrimediabilmente nulla.

Ma la validità delle "nuove" clausole di anatocismo deve essere esclusa anche per un problema concernente la fonte normativa del potere di adeguamento. Già il tribunale di Torino, con sentenza del 5 ottobre 2007 (in Foro It., 2008, 2, I, 646 ss.) aveva ritenuto non legittima la disposizione contenuta nell'art. 7 della delibera (laddove consente l'adeguamento delle clausole non conformi) proprio in quanto la stessa trovava la sua legittimità nell'art. 25, comma terzo, del d. lgs. 342/99, dichiarato incostituzionale dalla Consulta⁴.

L'art. 25 del **d.lgs. 342/99** conteneva tre commi: il primo modificava la rubrica dell'art. 120 del T.U. bancario; il secondo introduceva un nuovo comma due al suddetto articolo, che demandava al CICR di stabilire - con norma sostanziale - **modalità e criteri** per la

³ Ai sensi del comma terzo dell'art. 7 della delibera CICR.

⁴ Corte cost., 17 ottobre 2000, n. 425, in Giust. civ. 2001, I, 300.

produzione di interessi⁵; il terzo comma conteneva una norma transitoria volta a riconoscere validità alle vecchie clausole anatocistiche ed a disciplinare le modalità attraverso le quali si poteva “confermare” tale validità anche per il futuro. Demandando ad un atto di normazione secondaria (la delibera CICR) il potere di incidere sulla disciplina dell’anatocismo, il decreto legislativo 342/99 assumeva la natura di norma delegante e conferiva al regolamento una forza pari alla legge ordinaria; solo così era possibile che una fonte regolamentare potesse derogare alla normativa codicistica dell’anatocismo, che altrimenti, quale fonte sovraordinata, avrebbe prevalso. Ma ciò significa anche che la delibera CICR può derogare alla legge (in questo caso al codice civile) solo nei limiti in cui sia emanata in conformità ed in esecuzione di una valida norma con forza primaria. A questo punto si deve richiamare il doppio contenuto dell’art. 25 o, se vogliamo, la doppia delega: da un lato l’art. 25 (al comma due, divenuto il nuovo secondo comma dell’art. 120 del T.U. bancario) conferiva alla delibera un potere sostanziale di disciplina di modalità e criteri per la produzione di interessi, che non poteva avere efficacia retroattiva, ai sensi dell’art. 11 preleggi; dall’altro, l’art. 25 (al comma tre) sanciva la validità delle vecchie clausole anatocistiche e disponeva che esse potessero mantenere efficacia anche per il futuro, ma a condizione che venissero adeguate alle nuove disposizioni. Il CICR era delegato a stabilire modalità e tempi dell’adeguamento.

Mentre la delega “sostanziale”, per il riordino della disciplina dell’anatocismo (comma due dell’art. 25) ha mantenuto vigenza, la delega per l’adeguamento delle vecchie clausole, contenuta nel comma tre dell’art. 25, è stata travolta dalla dichiarazione di incostituzionalità; ne consegue il venir meno di ogni potere, per la delibera CICR, di disciplinare l’ultrattività delle norme anatocistiche e dunque l’impossibilità di introdurre modalità e tempi per l’adeguamento (previsto nella norma dichiarata incostituzionale).

Il tribunale di Torino aveva ritenuto che l’art. 7 della delibera CICR fosse incostituzionale – per eccesso di delega, ex art. 76 Cost. – operando un raffronto tra la norma delegante (art. 25 d. lgs 342/1999) e quella (sub-)delegata (delibera CICR); conseguentemente, aveva disapplicato la delibera CICR nella parte in cui consente l’adeguamento unilaterale delle vecchie clausole sull’anatocismo. Sebbene il risultato (disapplicazione della delibera) sia condivisibile, non è detto, però, che il percorso interpretativo seguito dal tribunale di Torino sia il più corretto.

Innanzitutto, si deve rilevare che la dottrina costituzionale nutre seri dubbi sulla legittimità dei cosiddetti regolamenti delegati, che si hanno quando una legge autorizza il regolamento a derogare ad alcune sue norme o a norme di altre leggi⁶. Qui, tra l’altro, la questione è resa ancora più complessa dal fatto che non è la legge in prima battuta ad autorizzare il regolamento, ma è il decreto legislativo (norma delegata) a subdelegare il CICR ad emanare disposizioni in potenziale conflitto con le norme del codice civile.

Ma, a ben vedere, il vero problema è la sopravvenuta mancanza – a seguito della pronuncia di incostituzionalità – della norma (sub-)delegante. L’art 7 della delibera CICR, nella parte in cui disciplina l’adeguamento unilaterale delle clausole anatocistiche, è divenuta “orfana” della norma (sub-)delegante, ossia dell’art. 25, comma terzo, del decreto legislativo 342/99; si deve, allora, stabilire se la delibera del CICR sia incostituzionale per eccesso di delega ex art. 76 Cost., ovvero se sia semplicemente una norma regolamentare priva della forza necessaria per

⁵ “Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell’esercizio dell’attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditor”.

⁶ Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, undicesima edizione a cura di G. SILVESTRI, Milano, 2004, 374, il quale afferma: “Non possiamo, al riguardo, che confermare quanto sostenuto a suo luogo, vale a dire i dubbi sulla compatibilità con l’attuale sistema costituzionale delle fonti regolamentari con efficacia sostanziale di legge, posto che la Costituzione, se da un lato legittima la potestà normativa del potere esecutivo, dall’altro la circoscrive in tale misura da fare ritenere che, al di fuori dei casi espressamente previsti, il Governo non possa disattendere il principio di supremazia della legge formale.

derogare alla fonte superiore di natura legislativa. Sé è vero che la delibera afferma nelle sue premesse di essere adottata proprio in funzione di esecuzione della delega contenuta nel d.lgs. 342/99 e dunque si presenta come atto normativo delegato⁷, è, però, dubbio che l'art. 76 Cost. possa essere invocato nel caso di specie, dato che esso si riferisce all'esercizio della funzione legislativa, cioè all'emanazione delle leggi⁸, e non alla produzione dei regolamenti, che sono atti tipici della funzione esecutiva.

L'art. 76 Cost., cioè, sembra produrre l'illegittimità costituzionale di quegli atti governativi, aventi **valore di legge** (decreti legislativi), che si pongono in contrasto o che fuoriescono dalla delega attribuita dal Parlamento; non disciplina, invece, il diverso caso del regolamento che, pur attuativo, in via indiretta, di una legge delega, si ponga in contrasto con questa o con il decreto delegato⁹. La ragione di questo diverso trattamento tra il decreto legislativo (che ha natura di fonte primaria) e il regolamento (che è fonte subordinata alla legge) risiede nel fatto che nel primo caso il Governo esercita eccezionalmente una funzione riservata ad altro potere dello Stato (con la quale può derogare ad altre leggi), mentre nel secondo caso il potere esecutivo esercita una funzione propria, quella regolamentare, che non ha la forza di derogare alle norme di fonte primaria.

In conclusione, dunque, è forse più corretto ritenere che la delibera CICR sia una fonte secondaria che non può derogare alla legge¹⁰ e pertanto, in caso di contrasto con essa, ceda il passo e debba essere disapplicata¹¹.

Dunque se è possibile per le banche, dopo il 2000, rinegoziare con i vecchi clienti le clausole che prevedono l'anatocismo (purché siano rese conformi alle regole stabilite dal TU bancario e dalla delibera CICR), non è invece possibile una modifica unilaterale.

Va ulteriormente notato, poi, che in questo caso non di adeguamento potrebbe parlarsi, essendo le vecchie clausole radicalmente nulle¹², bensì di vera e propria modifica delle condizioni contrattuali, con l'inserimento di nuove pattuizioni¹³; modifica unilaterale che, in deroga alle norme del codice, la delibera CICR non poteva certo autorizzare.

2.1. La prescrizione dell'azione di ripetizione

La prima questione che si pone nelle cause in cui i correntisti invocano la nullità delle clausole che prevedono la **capitalizzazione degli interessi** è quella relativa alla prescrizione dell'azione di ripetizione, che, secondo le banche, è di durata quinquennale ed opera con decorrenza dalla singola operazione oggetto di contabilizzazione, mentre secondo i correntisti il termine di prescrizione è decennale e decorre dalla chiusura del rapporto di conto corrente.

La giurisprudenza di merito¹⁴ sembra orientata a ritenere che la domanda di ripetizione delle somme percepite dalla banca a titolo di anatocismo non sia soggetta al termine di prescrizione breve previsto dal n. 4 dell'art. 2948 c.c., bensì - trattandosi di azione mirata a conseguire la restituzione di interessi indebitamente corrisposti, ex art. 2033 c.c. (e non di azione diretta ad ottenere il pagamento di interessi non corrisposti) - al **termine ordinario decennale** di prescrizione ex art. 2946 c.c., **decorrente dalla data di chiusura** del conto corrente.

⁷ "... Visto l'art. 25, comma 3, del decreto legislativo n. 342/1999, che attribuisce al C.I.C.R. la potestà di stabilire le modalità e i tempi dell'adeguamento al disposto della presente delibera delle clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della medesima delibera; ...".

⁸ Art. 76 Cost. "L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti".

⁹ O vada oltre le loro previsioni.

¹⁰ L'incostituzionalità di un regolamento può aversi, in linea di massima, solo quando esso si pone in contrasto diretto con un principio costituzionale.

¹¹ Cfr. Cass., sez. lav., 13 gennaio 2001, n. 421, in Giust. civ. Mass. 2001, 80.

¹² L'adeguamento era, infatti, previsto come conseguenza della sanatoria introdotta dall'art. 25, comma terzo, d.lgs. 342/99, poi dichiarato incostituzionale.

¹³ Relative alla produzione di interessi sugli interessi, e quindi sempre sfavorevoli per il correntista a debito.

¹⁴ Si veda, ad esempio, Trib. Monza, 7 aprile 2006.

L'orientamento, seguito dalla maggior parte della giurisprudenza¹⁵, riprende la tesi contenuta in una sentenza di cassazione, per la verità non molto recente, in cui si affermava che:

Il momento iniziale del termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme indebitamente trattenute dalla banca a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente (nella specie, perché calcolati in misura superiore a quella legale senza pattuizione scritta), **decorre dalla chiusura definitiva del rapporto** trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro¹⁶.

Questo orientamento era stato poi ribadito dalla Cassazione con le pronunce 2004/5720 e 10.127/2005.

Altra parte della giurisprudenza individuava il **dies a quo** di decorrenza della prescrizione nella data di accredito in conto, a favore della banca, delle singole somme corrispondenti agli interessi anatocistici illegittimamente richiesti. Anche tale indirizzo interpretativo minoritario¹⁷ sembrava fondato su una pronuncia della Corte di legittimità, ma, in realtà, la sentenza richiamata era relativa ad un deposito e quindi contemplava una fattispecie del tutto diversa:

La prescrizione del diritto alla restituzione delle somme depositate nel **deposito** bancario inizia a decorrere non già dalla data della richiesta di restituzione e neppure da quella del rifiuto della banca ma dal giorno in cui il depositante poteva richiedere la restituzione, ossia o dal giorno stesso della costituzione del rapporto ovvero da quello dell'ultima operazione compiuta, se il rapporto si sia sviluppato attraverso accreditamenti e prelievi: ciò in quanto, essendo il diritto alla restituzione un diritto di credito nel quale si è convertito il diritto di proprietà del depositante, il mancato esercizio di siffatto diritto dà luogo immediatamente a quello stato di inerzia che è il presupposto della prescrizione¹⁸.

La situazione sembra ora essere risolta per effetto dell'intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione, che con la sentenza del 2 dicembre 2010 numero 24.418 hanno definitivamente affermato che il termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme trattenute dalla banca indebitamente a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente decorre dalla chiusura definitiva del rapporto, trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e debiti delle parti tra loro.

Più in particolare, le sezioni unite non si sono limitate a richiamare i vecchi orientamenti, ma hanno approfondito l'esame della questione. Prima di tutto, la Corte ha espresso la consapevolezza che l'unitarietà del rapporto giuridico derivante dal contratto di conto corrente non sarebbe, di per sé solo, elemento decisivo al fine di individuare nella chiusura del conto il momento da cui debba decorrere il termine di prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito; infatti l'unitarietà del rapporto contrattuale non sempre impedisce di qualificare indebito il singolo atto e quindi non impedisce la decorrenza della prescrizione da ogni pagamento.

E' determinante, invece, l'esistenza di un pagamento, perché non si può restituire ciò che non si è percepito; in sostanza, dice la corte, non può ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non è intervenuto un atto giuridico definibile come pagamento (il che non pare seriamente contestabile).

¹⁵ Cfr. App. Lecce 22.10.2001; Trib. Bari 5.5.2005; Trib. Cagliari 26.1.1994; Trib. Cassino 29.10.2004; Trib. Mondovì, 17.02.2009, in www.ilcaso.it. Tra le più recenti si vedono tribunale Piacenza 22 dicembre 2010, tribunale Brescia 24 marzo 2011, tribunale di Torino 21 gennaio 2010, tribunale Mantova 12 febbraio 2010.

¹⁶ Cassazione civile, sez. I, 9 aprile 1984, n. 2262, in Giust. civ. Mass. 1984, fasc. 3-4.

¹⁷ Cfr. Trib. Torino 30 ottobre 2003; Trib. Brescia 22 aprile 2008, Est. Cannella. Per una posizione critica dell'orientamento maggioritario, si veda tribunale Verbania, 23 settembre 2010, su un www.ilcaso.it

¹⁸ Cassazione civile, sez. I, 3 maggio 1999, n. 4389, in Banca borsa tit. cred. 2000, II, 505, con nota di BRIOLINI.

Con riferimento all'annotazione in conto di una posta a titolo di interessi anatocistici, la Corte ha rilevato che tale fatto non comporta un pagamento, bensì un incremento del debito del correntista o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone; non vi è, cioè, alcuna attività solutoria del correntista qualificabile come pagamento.

Dal momento dell'annotazione in conto il correntista, in caso di illegittimità della appostazione contabile, potrà agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa e di conseguenza per ottenere una rettifica in suo favore delle risultanze del conto stesso, allo scopo di recuperare una maggior disponibilità di credito entro i limiti del fido. Non può, invece, agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo.

Si deve rilevare che l'apertura di credito si ha mediante la messa a disposizione, da parte della banca, di una somma di denaro che il cliente può utilizzare anche in più riprese e della quale per l'intera durata del rapporto il cliente può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità, eseguendo versamenti che gli consentiranno eventuali ulteriori prelievi entro il limite complessivo del credito accordato.

Si possono, dunque, dare due ipotesi principali: nel primo caso la banca provvede all'annotazione in conto di interessi anatocistici, senza che il correntista effettui successivi versamenti sul conto. In questo caso è del tutto evidente che manca qualsiasi atto qualificabile anche in astratto quale pagamento e perciò la prescrizione non può che iniziare a decorrere al momento della chiusura del conto, quando il correntista è chiamato ad eseguire il pagamento risultante dal saldo negativo del suo conto corrente. Solo in tale momento, infatti diviene liquido ed esigibile il credito della Banca. Peraltro, anche in questo caso, affinché nasca un diritto alla ripetizione è necessario che il cliente, a seguito della chiusura del conto e quindi dell'esigibilità dell'importo risultante al suo debito, abbia provveduto all'adempimento nei confronti della banca.

Qualora, invece, nel corso del rapporto il cliente abbia provveduto a versare degli importi successivamente all'annotazione in conto di poste passive a titolo di interessi anatocistici da parte della banca, ci troviamo di fronte ad atti di esecuzione che teoricamente potrebbero essere qualificati come pagamenti. In questo caso è necessario, appunto, verificare se il versamento di somme da parte del correntista sia qualificabile quale mero ripristino della provvista (ed allora la prescrizione del diritto alla restituzione ricorrerà dalla chiusura del conto) ovvero se il versamento sia qualificabile come vero e proprio pagamento (ed allora la prescrizione inizierà a decorrere immediatamente, per il singolo versamento).

Ed è proprio su questo campo che la sentenza delle sezioni unite ci indica la via da seguire per qualificare il singolo versamento in conto da parte del correntista; il versamento, dice la corte, potrà essere considerato alla stregua di un pagamento, tale da poter formare immediatamente oggetto di domanda di ripetizione (qualora indebito), in quanto abbia avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto scoperto, privo di affidamento, ovvero quando il versamento sia destinato a coprire un passivo eccedente il limite dell'apertura di credito.

La corte, dunque riprende la distinzione tra atti ripristinatori e atti di pagamento già affermato più volte in precedenza in sede di revocatoria fallimentare:

In tema di revocatoria fallimentare, per stabilire se le rimesse su conto corrente bancario assistito da apertura di credito abbiano natura solutoria, occorre verificare se i versamenti siano confluiti su un conto passivo in corso di ordinario svolgimento del rapporto in funzione ripristinatoria o siano intervenuti in una situazione caratterizzata dalla mancanza o dal superamento della concessione del credito; tale valutazione deve operarsi con riferimento al momento dell'effettuazione dei singoli versamenti e non "ex post", in relazione alla mancata riutilizzazione del credito da parte del cliente, salvo che risulti provata dopo l'esecuzione delle rimesse, la chiusura anticipata del conto o il blocco nella concessione dei blocchetti degli assegni ovvero condotte negoziali sintomatiche in modo univoco della natura solutoria dei versamenti. (La Corte ha escluso nella fattispecie la natura solutoria di alcune delle rimesse formanti oggetto dell'azione revocatoria, promossa dal curatore di

cooperativa in liquidazione coatta amministrativa, ritenendo insufficiente a tal fine la mera circostanza della mancata riutilizzazione della provvista).
Cassazione civile, sez. I, 06 novembre 2007, n. 23107

In conclusione, dunque, la Corte chiarisce che in caso di mancati versamenti successivi all'annotazione in conto degli interessi anatocistici non è possibile svolgere azione di ripetizione fino alla chiusura del conto; fino a tale momento il correntista potrà esclusivamente svolgere un'azione di accertamento per far dichiarare illegittima l'annotazione in conto e quindi per ottenere il ripristino di una maggior disponibilità operativa.

Qualora, invece, il correntista abbia provveduto ad eseguire versamenti sul conto dopo che la banca ha addebitato interessi composti, allora si deve verificare la natura di tali versamenti, perché solo in caso di atti qualificabili come pagamenti scatta immediatamente il termine di prescrizione. Negli altri casi, e cioè quando il versamento non è qualificabile come pagamento, non avendo funzione solutoria ma solo di ripristino della provvista, la prescrizione dell'azione di ripetizione decorre solamente dalla data in cui è stato **estinto il saldo** di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

Sulla base delle predette motivazioni, la corte ha espresso il seguente principio di diritto:

Se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale decorre, qualora i versamenti eseguiti al correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

La questione, tuttavia, non è ancora sopita in quanto con il decreto mille proroghe si è affermato che: *“..nelle operazioni bancarie regolate in conto corrente, l'art. 2935 del codice civile (che determina la decorrenza della prescrizione del diritto ad agire) si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno della annotazione stessa”*.

Tale disposizione normativa, di dubbio significato, ha visto un'immediata reazione della giurisprudenza di merito che si è divisa in quattro diversi orientamenti: secondo alcuni la norma si riferisce ai soli diritti nascenti dall'annotazione e quindi non si applica alle fattispecie qui in esame, le quali sono collegate non all'annotazione in conto, bensì, per quanto si è detto in precedenza, agli atti di natura solutoria e cioè ai veri e propri pagamenti compiuti dal correntista. Tale corrente giurisprudenziale (cfr. appello Ancona, 3 marzo 2011) ha rilevato altresì, in ciò uniformandosi al secondo orientamento della giurisprudenza di merito, che la norma non ha natura interpretativa, ma ha una indubbia portata innovativa, cosicché non si può applicare per il passato (si veda anche Trib. Ferrara, ordinanza del 28.03.2011, est. Ghedini).

Altra parte della giurisprudenza, invece, ha ritenuto più corretto sottoporre alla corte costituzionale la questione di legittimità della norma contenuta nell'articolo 2 comma 61 del decreto legge 225/2010, cosiddetto decreto milleproroghe, convertito con la legge numero 10 del 2011 (tribunale Benevento, 10 marzo 2011, Est. Loffredo; tribunale Brindisi, sez. dist. Ostuni, 14 marzo 2011, est Natali; trib. Lecce, sez. dist. Maglie, ordinanza 6.04.2011, est. Rizzo).

Infine, si è recentissimamente registrato un indirizzo contrario, che riconosce la natura interpretativa della norma introdotta con il decreto mille proroghe (trib. Milano, ordinanza 7.04.2011, est. Cosentini, reperibile su ilcaso.it).

2.2. La capitalizzazione trimestrale degli interessi. Nullità.

La nullità della clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale delle poste debitorie per violazione del divieto di anatocismo imposto dall'art. 1283 c.c. è ormai pacifica in giurisprudenza. A partire dal 1999, la Corte di cassazione, rimeditando il vecchio

orientamento¹⁹, ha stabilito che la clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, per quanto radicata nella prassi bancaria e contenuta nelle norme bancarie uniformi, corrisponde ad un **uso negoziale**, imposto al correntista, e non normativo, con conseguente impossibilità di derogare alla regola contenuta nell'art. 1283²⁰ c.c. (potendo eventualmente rilevare ex art. 1340 c.c.²¹). La giurisprudenza di merito nettamente prevalente ha seguito tale orientamento.

Successivamente, in occasione dell'espletamento della delega per il riordino del testo unico bancario, il governo ha offerto una norma cosiddetta salvagente, contenuta nell'articolo 25 del decreto legislativo numero 342 del 1999; tale norma, come esposto in precedenza, ha inserito all'articolo 120 del testo unico bancario un secondo comma che, attribuendo al CICR il potere di stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi, ha, di fatto, legittimato in ambito bancario le pattuizioni relative agli interessi anatocistici; in più, con il comma terzo del medesimo articolo, sono state salvate le pattuizioni pregresse e si è demandato al CICR di stabilire le modalità e i tempi dell'adeguamento dei vecchi contratti. Ma il comma terzo del decreto legislativo 342/99, come si è già detto, è caduto sotto la scure della Consulta, che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale.

Ne consegue che la capitalizzazione degli interessi, in base alla citata delibera del CICR, può ritenersi consentita solo per i contratti successivi alla sua entrata in vigore²² (cioè stipulati a far data dal 22.4.2000²³).

Le banche hanno cercato di opporsi alle domande dei correntisti svolgendo alcune eccezioni: tra le altre, si è detto che il pagamento da parte del correntista degli interessi anatocistici avrebbe configurato l'adempimento di una **obbligazione naturale**. La tesi non ha avuto molta fortuna: per l'applicabilità dell'articolo 2034 del codice civile manca, infatti, la spontaneità della prestazione, dato che il versamento in conto non ha la finalità di estinguere l'obbligazione specifica degli interessi anatocistici, bensì più genericamente quella di ripristinare la provvista ovvero di rientrare nei limiti del fido²⁴. E' di tutta evidenza, poi, l'assenza della causa propria dell'obbligazione naturale, e cioè l'adempimento di un dovere morale o sociale²⁵.

¹⁹ Cfr. per tutte Cass. 18 dicembre 1998, n. 12675: *“Nell'ambito delle operazioni tra istituti di credito e clienti, l'anatocismo è generalmente applicato secondo un uso normativo che autorizza la deroga al generale principio di cui all'art. 1283 c.c. che, in mancanza di usi contrari, consente che gli interessi scaduti producano interessi solamente dal giorno della domanda o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza e sempre che si tratti di interessi dovuti da almeno sei mesi”*

²⁰ Per la indiscutibile applicazione della disciplina di cui all'art.1283 c.c. anche ai contratti bancari in conto corrente si veda la sentenza Cass., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, in Riv. dir. comm. 2005, 7/8/9 163, nonché Cass., sez. I, 17 luglio 1997, n. 6558, in Giust. civ. 1998, I,1128; App. Lecce n. 598/2001 e Trib. Pescara, 7 giugno 2005.

²¹ Cass. 11 novembre 1999, n. 12507, in Giust. civ. Mass. 1999, 2222; Cass. 16 marzo 1999, n. 2374, in Banca borsa tit. cred. 1999, II, 649; Cass. 30 marzo 1999, n. 3096, in Corriere giuridico 1999, 561; Cass., sez. III, 06 agosto 2002, n. 11772, in Giust. civ. Mass. 2002, 1480; Cass., sez. III, 13 giugno 2002, n. 8442, in Giust. civ. 2002, I,2109; Cass., sez. I, 28 marzo 2002, n. 4490, in Riv. dir. comm. 2002, II, 233; Cassazione civile, sez. I, 25 febbraio 2005, n. 4095, in Giust. civ. Mass. 2005, 4.

²² Ai sensi dell'art. 8, la delibera CICR è entrata in vigore il sessantesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, avvenuta il 22 febbraio 2000 (G.U. n. 43).

²³ Quanto alla delibera CICR, essa non è volta a sanare la nullità che ha colpito la pattuizione anatocistica preesistente, ma è rivolta a disciplinare i nuovi rapporti e i vecchi (questi ultimi a condizione che vi sia una adesione esplicita del cliente, formalmente valida, attraverso specifica sottoscrizione); cfr. Trib. Orvieto, n. 166 del 30/7/05, est. Baglioni; Trib. Pescara, n. 722 del 30/3/06, est. Falco; Trib. Torino n. 5480 del 4/7/05, est. Rapelli; Trib. Teramo n. 1071 dell'11/12/06, est. Marcheggiani.

²⁴ Cfr. App. Lecce 22 ottobre 2001; Trib. Torino 30 ottobre 2003; Trib. Milano 3 gennaio 2004; Trib. Monza, 7 aprile 2006, Trib. Monza 12 dicembre 2005, n. 3393, secondo il quale: *“Non può essere considerato adempimento ad una obbligazione naturale il pagamento di interessi ultralegali qualora la misura degli stessi derivi da una imposizione dalla parte contrattualmente forte tramite condizioni generali di contratto che il correntista, nella normalità dei casi, accetta senza alcuna possibilità di contrattazione.*

²⁵ Tribunale Monza, 12 dicembre 2005.

Non maggior fortuna ha avuto l'eccezione relativa alla **mancata contestazione degli estratti conto**, in quanto tale condotta comporta la sola approvazione delle operazioni materiali e non pregiudica, invece, le contestazioni sulla validità ed efficacia dei rapporti obbligatori da cui tali operazioni derivano²⁶.

2.3. Periodicità alternativa di capitalizzazione

Non c'era uniformità di vedute, in giurisprudenza, fino al recente intervento delle sezioni unite, sugli effetti della declaratoria di nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale; una volta dichiarata nulla detta clausola è necessario stabilire se, nella riliquidazione del saldo di conto corrente, l'interesse debba essere capitalizzato con diversa scadenza (semestrale o annuale), ovvero debba computarsi sul capitale puro²⁷.

A sostegno della cadenza **semestrale** della capitalizzazione si invoca un passaggio della motivazione di una sentenza della Cassazione ove, tuttavia, la Suprema corte si limita – al fine di escludere l'esistenza di un uso normativo nella capitalizzazione trimestrale degli interessi - a citare un orientamento formatosi in epoca precedente all'entrata in vigore del nuovo codice civile²⁸.

Nessun sostegno interpretativo si può ricavare dall'art. 1283 c.c., nella parte in cui tale norma consente gli interessi anatocistici «sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi», trattandosi di una disposizione “di sbarramento” e non di una condizione sufficiente, da sola, a legittimare la capitalizzazione semestrale degli interessi.

A sostegno della **capitalizzazione annuale**²⁹, parte della giurisprudenza di merito³⁰ sostiene che tale cadenza di capitalizzazione sarebbe più conforme alla cadenza temporale degli

²⁶ Cfr. Cass., sez. I, 26 luglio 2001, n. 10186, in Foro it. 2002, I, 459; conf. App. Lecce 22.10.2001. Si veda inoltre Cass., sez. III, 02 ottobre 2003, n. 14684, in Giust. civ. Mass. 2003, 10, secondo cui “*..la conoscenza successiva del saggio applicato non vale a sanare l'originario vizio di nullità della pattuizione, per carenza del requisito della determinabilità, la cui esistenza l'art. 1346 c.c. esige a priori, al punto che non può essere individuato successivamente, tanto più quando il saggio non sia determinato da entrambe le parti ma da una di esse, che l'abbia portato a conoscenza dell'altra, attraverso documenti che abbiano il fine esclusivo di fornire l'informazione delle operazioni periodicamente contabilizzate e non anche di contenere proposte contrattuali, capaci di assumere dignità di patto in difetto di espresso dissenso*”.

²⁷ Secondo un'opinione più severa “In conseguenza della nullità della clausola, contenuta in un contratto di conto corrente bancario, con cui si prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, non sussiste un diritto della banca all'anatocismo semestrale o annuale, non sussistendo alcuna possibilità di sostituzione legale o inserzione automatica di clausole che dispongano una capitalizzazione degli interessi passivi con una diversa periodicità. Si vedano anche Trib. Roma, 12 gennaio 2007 e Trib. Patti 10 giugno 2006, n. 155, est. Saija, nonché App. Brescia 23 maggio 2007, in www.ilcaso.it, secondo cui “*La nullità della clausola anatocistica che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi comporta l'impossibilità di riconoscere interessi anatocistici, seppure con scadenze temporali diverse da quelle trimestrali*”. Questo orientamento è seguito da App. Torino del 21 gennaio 2002, n. 64, inedita (pronunciata in sede di rinvio nella controversia in cui era stata resa Cass. 3096/99), Trib. Pescara 18 novembre 2005, Trib. Pescara 6 maggio 2005, Foro It., 2005, I, 2177; Trib. Patti 23 giugno 2003, Foro It., Rep. 2004, voce Contratti bancari, n. 53; Trib. Brindisi 13 maggio 2002, Foro It., 2002, I, 1887.

²⁸ Cass., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, in Banca borsa tit. cred. 1999, II, 389: “*Anzi, la dottrina formatasi nel vigore della disciplina anteriore all'entrata in vigore del nuovo codice, anche sulla base della giurisprudenza dell'epoca, affermava che gli usi normativi in materia commerciale, fatti salvi dall'art. 1232 del c.c. del 1865, erano nel senso che i conti correnti venivano chiusi ad ogni semestre e che al momento della chiusura potevano essere capitalizzati gli interessi scaduti. Inoltre, anche tra i primi e più autorevoli commentatori dell'art. 1283 del codice vigente, si affermava che l'uso contrario richiamato da detta disposizione prevedeva che divenisse produttivo di interessi solo il saldo annuale o semestrale del conto corrente.*

Non v'è alcun elemento, quindi, che autorizzi a ritenere esistente, prima del 1942, un uso normativo che autorizzava la capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico del cliente di un istituto di credito. 2. 6. È, comunque, decisivo un ulteriore rilievo, puntualmente messo in evidenza da una parte della dottrina.”

²⁹ “*Il vuoto normativo conseguente alla declaratoria di nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, deve essere affrontata facendo richiamo al parametro dell'equità di cui all'art. 1374 cod. civ. intesa come esigenza di bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti e tale parametro porta alla soluzione di una clausola di capitalizzazione con cadenza annuale, in modo da assicurare lo stesso termine previsto a favore dei*

interessi ex art. 1284, 1° comma, c.c. («il saggio degli interessi legali è determinato [...] in ragione di anno»), che sarebbe applicata dalle banche a favore della clientela ed anche contemplata dalla delibera del Cibr emanata il 9 febbraio 2000 sulla base del d.lgs. 342/99³¹.

Il richiamo all'art. 1831 cod. civ. (in tema di conto corrente) sembra fuori luogo, sia per l'insuperabilità del dato testuale dell'art. 1857 c.c. (che non richiama tale norma per il conto corrente bancario), sia in quanto l'interpretazione analogica non può essere utilizzata in ragione della profonda diversità tra il conto corrente bancario (che prevede l'esigibilità a vista del saldo ex art. 1852 c.c.) e il conto corrente ordinario (che prevede l'inesigibilità delle prestazioni ex art. 1823 c.c.).

Se il saldo del conto corrente bancario è esigibile in ogni momento, non ha senso applicare l'art. 1831 c.c., che presuppone l'inesigibilità delle partite creditorie sino alla chiusura del conto.

Passando ad esaminare le differenze strutturali sotto il profilo di validità temporale del contratto, si vede che il **conto corrente ordinario** è un contratto con durata limitata alla periodicità stabilita convenzionalmente fra le parti; scaduto il termine, il contratto ha esaurito la sua normale operatività e si conclude con la richiesta di pagamento da parte di colui che alla chiusura del conto risulta avere una posizione a credito. Solo eccezionalmente, qualora non venga esatto il credito, il contratto viene rinnovato tacitamente e il saldo precedente costituisce la prima rimessa del nuovo rapporto.

Il conto corrente bancario, invece, è un contratto di durata, in cui il rapporto non si rinnova ad ogni chiusura di conto; la chiusura, cioè, non è prodromica al saldo ed alla conclusione del contratto, ma è una mera operazione contabile che non è richiesta dal tipo negoziale³² (tanto da non essere prevista nelle norme che regolano i conti correnti bancari). Poiché il contratto prosegue naturalmente dopo la chiusura periodica (che, lo si ripete, non è necessaria ed ha una funzione meramente contabile/riepilogativa), il considerare la risultanza (non si può, tecnicamente, parlare di saldo) della chiusura come prima rimessa del periodo successivo è una mera finzione e comporta indubbiamente la violazione del divieto di anatocismo, in quanto si fanno produrre interessi agli interessi maturati fino a quel momento.

Non è, dunque, nella disciplina del conto corrente ordinario che si possono trovare argomenti a favore dell'anatocismo bancario, sia – come detto - per le non marginali differenze tra i due contratti³³, sia perché non è affatto certo che la fattispecie regolata dal secondo comma dell'art. 1823 integri un caso di anatocismo.

correntisti in caso di interessi a loro debito” (Trib. Monza 12 dicembre 2005, n. 3393; conf. Trib. Benevento 13 febbraio 2007, est. Ricci).

³⁰ V., tra le altre, Trib. Roma 8 ottobre 2004 è fra le più recenti, tribunale di Benevento, 12 febbraio 2000 e 10, censore Ricci.

³¹ Che, come è noto, era finalizzato a «tamponare» gli effetti del nuovo orientamento della Suprema corte, utilizzando la delega contenuta nell'art. 1, 5° comma, della legge comunitaria 128/98 (avente ad oggetto l'emanazione entro il termine di un anno di disposizioni integrative e correttive del t.u. bancario).

³² Cfr. INZITARI, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, in Banca borsa tit. cred. 2003, 4, 452: “Mentre nel conto corrente ordinario è necessario dar vita ad una periodica chiusura del conto per rendere finalmente disponibile ed esigibile il saldo a favore dell'uno o dell'altro correntista ordinario, nel conto corrente bancario non vi è alcuna necessità di una chiusura periodica del conto, in quanto in qualsiasi momento, in base all'art. 1852 c.c., il cliente correntista ha la piena disponibilità del conto e delle somme a suo credito in esso annotate. Ne consegue che, nel conto corrente bancario, la cosiddetta chiusura periodica (trimestrale, semestrale, annuale) del conto svolge solo ed unicamente la funzione di conteggiare gli interessi e le spese, addebitandoli o accreditandoli sul conto”.

³³ Come ha osservato attenta dottrina (cfr. PORZIO, in Tratt. dir. priv., diretto da RESCIGNO, XII, Torino, 1985), anche se il conto corrente di corrispondenza trova la sua radice storica nel conto corrente ordinario, ormai il suo divorzio da questo contratto si è ampiamente consumato. In giurisprudenza, v. Cass. 3637/68 in CED Cassazione: “La giurisprudenza ha definito il conto corrente bancario come quel “contratto per effetto del quale la banca, nel presupposto dell'esistenza presso di sé di una disponibilità a favore del cliente, si obbliga a prestare un servizio,

Sotto il primo profilo, lo si ripete, è da escludersi l'applicazione analogica delle norme in tema di conto corrente ordinario al conto corrente bancario³⁴; sono di ostacolo ad un tale processo ermeneutico non solo le differenze strutturali³⁵ tra i due istituti³⁶, ma anche l'esistenza di un esplicito, limitato, richiamo contenuto nell'art. 1857³⁷, che rende più ardua l'opzione interpretativa analogica al di fuori della previsione legislativa³⁸.

consistente in sostanza in un servizio di cassa, ossia nel provvedere per conto del cliente correntista, su suo ordine diretto ed indiretto e con le sue disponibilità, ai pagamenti e alle riscossioni. In tale contratto, ben diverso da quello di conto corrente (ordinario), la creazione di disponibilità può essere l'effetto di un deposito bancario, di un'apertura di credito, di un'anticipazione bancaria o di altro contratto bancario. I due contratti (quello di conto corrente e quello diretto alla creazione della disponibilità) sono strutturalmente autonomi, benché funzionalmente collegati. Il conto corrente di corrispondenza ha natura di contratto misto, alla cui costituzione concorrono, insieme coi principi del mandato, che hanno una posizione preminente nella sua struttura e disciplina, anche elementi di altri negozi”.

³⁴ Cfr. INZITARI, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, in Banca borsa tit. cred. 2003, 4, 452: “*In realtà, tanto l'interpretazione analogica, quanto quella estensiva, devono ritenersi assolutamente escluse, in quanto lo stesso codice civile nel disciplinare le operazioni bancarie in conto corrente _ nelle quali, come è noto, è ricompreso il conto corrente bancario _ richiama nell'art. 1857 c.c. solo ed unicamente tre articoli della disciplina del conto corrente ordinario, vale a dire gli artt. 1826, 1829 e 1832 c.c., mentre non richiama l'art. 1831 c.c., che, al contrario, secondo il tentativo da ultimo accennato, si intenderebbe applicare anche al conto corrente bancario. A tale riguardo, si osserva che l'espressa previsione normativa delle norme del conto corrente ordinario applicabili al conto corrente bancario e la mancata inclusione tra queste dell'art. 1831 c.c., escludono in radice la possibilità che quest'ultimo articolo possa essere analogicamente od estensivamente applicato al conto corrente bancario”.*

³⁵ Si veda ancora INZITARI, *Diversa funzione della chiusura nel conto ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, in Banca borsa tit. cred. 2003, 4, 452: “*Sul piano sistematico e funzionale, inoltre è evidente un'assoluta diversità causale e tipologica dei due contratti: mentre nel conto corrente ordinario, come risulta dall'art. 1823 c.c., le parti sono obbligate a differire nel tempo l'esigibilità dei rispettivi crediti, che possono sorgere dai reciproci rapporti (di fornitura o di qualsiasi altra prestazione) e questo proprio al fine di sottrarli al loro potere di disposizione inteso in questo caso come potere di richiedere l'adempimento o di cedere il credito a terzi e di considerarli al contrario indisponibili ed inesigibili sino alla chiusura del contratto, nel conto corrente bancario la banca assume, secondo le regole del mandato, il compito di svolgere una serie di operazioni consistenti in pagamenti o riscossioni di somme per conto del cliente dietro suo ordine diretto o indiretto. L'annotazione sul conto corrente bancario altro non è che la documentazione dell'esecuzione da parte della banca delle diverse operazioni di addebito o di prelievo, per l'appunto, realizzate su ordine o disposizione del cliente.*

Sono evidenti, pertanto, le differenze: nel conto corrente ordinario entrambe le parti possono dare impulso al rapporto procedendo all'annotazione sul conto di reciproci crediti, al contrario, nel conto corrente bancario la sola parte che può dare impulso al rapporto è il cliente attraverso i suoi ordini alla banca ed i cui risultati, in termini contabili, la banca annota sul conto.

Ne consegue che nel conto corrente bancario il credito del cliente verso la banca è in qualsiasi momento disponibile ed esigibile, come stabilito dalla norma fondamentale in materia (art. 1852 c.c.), mentre all'opposto il principale effetto del conto corrente ordinario è l'indisponibilità ed inesigibilità dei crediti sino alla chiusura del conto come stabilito dall'art. 1823 c.c.”

³⁶ Del resto, la giurisprudenza consolidata avvicina piuttosto il conto corrente bancario al mandato che al conto corrente ordinario.

³⁷ In argomento v. SANTUCCI, *Riflessioni sulla nuova derogabilità del divieto di anatocismo*, Giur. comm. 2001, 2, 179.

³⁸ Non è possibile l'assimilazione del conto corrente bancario al conto corrente ordinario in quanto l'art. 1857 c.c., nel richiamare le norme applicabili al conto corrente bancario, non menziona gli artt. 1823, 1825 c.c. e soprattutto l'art. 1831 c.c. che presuppone l'inesigibilità del saldo prima della chiusura, mentre l'art. 1852 c.c., con riferimento al conto corrente bancario, prevede la disponibilità del saldo in qualsiasi momento.

La Cassazione ha avuto più volte modo di precisare: “*La disposizione dettata dall'art. 1831 c.c. con riguardo al conto corrente ordinario (e secondo cui la chiusura del conto con la liquidazione del saldo è fatto alle scadenze stabilite dal contratto o dagli usi e, in mancanza, al termine di ogni semestre computabile dalla data del contratto, sì che è ammissibile una pattuizione anatocistica degli interessi in deroga al principio generale di cui all'art. 1283 c.c., della posteriorità di questa pattuizione rispetto al tempo di maturazione degli interessi e senza vincolo alcuno di frequenza della capitalizzazione) non trova applicazione con riguardo al conto corrente bancario”.* E ancora: “*In tema di capitalizzazione degli interessi, il rapporto di conto corrente bancario è soggetto ai principi generali di cui all'art. 1283 c.c. e ad esso non è applicabile l'art. 1831 c.c. che disciplina la chiusura del conto corrente ordinario. Il contratto di conto corrente bancario è, infatti, diverso per struttura e funzione dal contratto di conto corrente ordinario, e l'art. 1867 c.c. non richiama l'art. 1831 c.c. tra le norme applicabili alle operazioni bancarie regolate in conto corrente.”* (Cass. civ. Sez. I, n.6187/05).

Anche la dottrina ha evidenziato che nel conto corrente ordinario si verifica una sorta di anatocismo improprio, strettamente legato alla struttura del conto stesso, dato che alla scadenza convenuta il saldo del conto, costituito dalla somma algebrica delle rispettive rimesse e degli interessi in dare ed avere, a norma dell'art. 1835 c.c., costituisce un credito certo, liquido ed esigibile, che deve essere pagato (e, se non pagato, produce interessi moratori a norma dell'art. 1224 c.c.), ma può divenire nella sua interezza (e, quindi, con una eventuale quota di interessi capitalizzata) la prima posta di un conto successivo³⁹. Qui non si ha, dunque, anatocismo (cioè, in parole semplici, interessi che producono interessi), bensì una somma (il saldo di chiusura del conto, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione contrattuale di pagamento) che produce interessi moratori o compensativi e che solo eventualmente può contenere una quota di interessi.

È, dunque, impossibile trasferire la disciplina del conto corrente ordinario al conto corrente di corrispondenza, dove non esiste l'accordo di inesigibilità dei rispettivi crediti⁴⁰, ma, anzi, esiste la regola opposta della continua disponibilità del saldo da parte del cliente (art. 1852 c.c.); regola essenziale affinché il conto assolva alla sua funzione tipica di cassa del cliente e base della creazione di moneta bancaria⁴¹.

In relazione alla pretesa legittimità di una capitalizzazione annuale⁴², si rileva ancora che la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi deriva non già dal tipo di cadenza temporale della capitalizzazione, ma dalla mancanza delle condizioni di cui all'art. 1283⁴³. L'art. 1284 cod. civ. che (come risulta dalla rubrica) riguarda solo il **saggio degli interessi**, cioè l'entità del tasso e la decorrenza degli interessi legali, non deroga in alcun modo alla norma di cui all'art. 1283 c.c., che è l'unica che stabilisce le condizioni per la produzione degli interessi sugli interessi (anatocistici) e della quale indubbia è la natura imperativa, contrariamente all'art. 1284 c.c., la cui natura dispositiva giustifica la derogabilità con la pattuizione di interessi convenzionali.⁴⁴

³⁹ Cfr. PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*, in Banca borsa tit. cred. 1999, 6, 650.

⁴⁰ In argomento v. CAVALLI, voce *Conto corrente ordinario*, in Enc. giur. Treccani, VIII, Roma, 1989; LIBERTINI, voce *Interessi*, in Enc. del dir., XXII, Milano, 1972; SCOZZAFAVA e GRISI, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, XII, Torino, 1985.

⁴¹ PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*, in Banca borsa tit. cred. 1999, 6, 650.

⁴² Ma non solo di legittimità si dovrebbe parlare, bensì anche di sostituzione automatica di clausole nulle.

⁴³ Cfr. Trib. Patti, 10 giugno 2006, cit.: *“Altra autorevole dottrina - seguita da una parte della giurisprudenza di merito, tra cui il Tribunale di Milano - propugna invece la capitalizzazione annuale sui conti debitori, ravvisandone il supporto normativo nel riferimento all'anno operato dall'art. 1284 c.c. per la scadenza dell'obbligazione di interessi. Si osserva, infatti, che, in mancanza di capitalizzazione annuale, verrebbe meno la responsabilità da inadempimento dell'obbligazione di interessi. Tale impostazione, tuttavia, non può condividersi; pare al giudicante come altro sia la periodicità temporale fissata dalla legge per il computo degli interessi, altro sia, invece, la previsione del termine perché questi siano portati a capitale. La tesi, poi, sfugge ad un semplicissimo rilievo: resterebbe infatti da comprendere per quale motivo la soluzione prospettata, in assenza di apposita domanda giudiziale o convenzione, ex art. 1283 c.c., non potrebbe applicarsi (il che è pacifico) ad un credito di valuta ordinario non pagato alla scadenza, e ciò pur essendo identica la natura dei due crediti considerati. Non senza dire che è proprio il dettato dell'art. 1283 c.c. a prevedere le ristrette modalità attraverso cui giungere alla “sanzione” da inadempimento dell'obbligazione da interessi”.*

⁴⁴ Cfr. Trib. Roma 12 gennaio 2007, che così continua: *“A dimostrazione che il debito per interessi non si configura come una qualsiasi obbligazione pecuniaria dalla quale derivi la produzione dei frutti civili costituiti dagli interessi del capitale (art. 820, 3° comma, c.c.), sotto forma di interessi corrispettivi (art. 1282 c.c.) o moratori (art. 1224 c.c.), si osserva che l'obbligazione pecuniaria che originariamente abbia ad oggetto il pagamento di interessi rimane tale sempre (persino dopo l'estinzione dell'obbligazione di pagamento del capitale: v. Cass., sez. un., 9653/01, id., Rep. 2001, voce Opere pubbliche, n. 739), con la conseguenza ineluttabile che ulteriori interessi (anatocistici) potranno decorrere (sugli interessi originari) sempre alle condizioni e nei limiti di cui all'art. 1283 c.c. Ciò rende irrilevante anche la circostanza che la capitalizzazione annuale sarebbe comunemente prevista per gli interessi riconosciuti dalle banche in favore dei clienti”.*

Neppure è condivisibile il diverso argomento secondo cui la capitalizzazione annua degli interessi sarebbe prevista dalla delibera del CICR emanata in attuazione dell'art. 25, 2° comma, d.leg. 342/99; tale delibera, infatti, si rivolge al futuro, e non al passato⁴⁵.

In conclusione, deve ritenersi che alla nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi non consegua alcuna diversa periodicità di capitalizzazione⁴⁶; ciò, anche perché non è rinvenibile nel sistema alcun parametro normativo atto a conferire al credito bancario derivante dal conto corrente di corrispondenza natura diversa rispetto a qualsiasi altro credito di valuta⁴⁷. Deve ribadirsi, in particolare, che il ricorso all'applicazione analogica di altre disposizioni, previste in materia di chiusura di conto⁴⁸ o di saggio di interessi, non è invocabile nel caso di specie⁴⁹. Lungi dal trovarci in un'ipotesi di vuoto normativo – che giustifica l'applicazione analogica – l'anatocismo risulta disciplinato dall'art. 1283 cod. civ.⁵⁰; tale norma consente la capitalizzazione degli interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza (sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi). Dichiarata nulla la clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale, non esiste più tra le parti alcun accordo⁵¹ in relazione all'anatocismo⁵², né risulta validamente stipulato un nuovo accordo ai sensi della delibera CICR del 9 febbraio 2000⁵³.

⁴⁵ Infatti, a seguito della sentenza della Corte costituzionale 425 del 2000, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, 3° comma, d.leg. 342/99, che sanciva la validità ed efficacia delle clausole anatocistiche contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera Cicr, quelle clausole, quanto meno per gli effetti già prodotti, restano disciplinate dalla normativa anteriormente in vigore, in virtù della quale esse sono nulle.

⁴⁶ Trib. Roma 12 gennaio 2007, cit.; Tribunale Torino, 21 gennaio 2010, estensore Giusta.

⁴⁷ Trib. Patti, 10 giugno 2006, cit..

⁴⁸ Cfr. Trib. Torino, 30 ottobre 2003, cit.

⁴⁹ *“Al riguardo, è stato sostenuto in dottrina che l'art. 1831 c.c., pur non direttamente applicabile al conto corrente di corrispondenza, costituirebbe espressione di un principio generale laddove prevede che la chiusura del conto, in mancanza di scadenza pattizia o consuetudinaria, andrebbe effettuata al termine di ogni semestre; in sostanza, si sostiene, il riferimento al semestre disposto dalla norma citata potrebbe essere recuperato in via analogica ai fini che occupano. Ora, non pare al giudicante come la soluzione prospettata possa ritenersi convincente, noto essendo che il presupposto del ricorso al procedimento analogico è l'esistenza di una lacuna normativa; nella specie, non è ravvisabile alcun vuoto normativo, se è vero che il meccanismo attraverso cui gli interessi scaduti possono a loro volta produrre interessi è interamente regolato proprio dall'art. 1283 c.c., norma che, secondo la giurisprudenza di legittimità più recente, come s'è detto, trova piena applicazione anche nei rapporti bancari regolati in conto corrente”* (Trib. Patti, 10 giugno 2006, cit.).

⁵⁰ Cfr. Trib. Patti, 10.06.2006, cit.

⁵¹ Cfr. Trib. Roma 12 gennaio 2007: *“Quanto alla dedotta operatività del meccanismo di integrazione della clausola nulla riguardante la capitalizzazione trimestrale e di sostituzione ex art. 1339, 1374 e 1419 c.c. con la capitalizzazione annuale, è sufficiente considerare che la clausola anatocistica (qualunque sia la cadenza temporale) è ammessa dall'art. 1283 c.c. solo in presenza di valida pattuizione, sicché, in mancanza, essa rimane non pattuita tra le parti”*. In argomento v. anche Trib. Mondovì, 17.02.2009.

⁵² Cfr. Trib. Pescara, 04 aprile 2005: *“Non vi è possibilità di sostituzione legale di una clausola anatocistica nulla, perché pattuita in contrasto con l'art. 1283 c.c., con meccanismi di capitalizzazione "ex lege" degli interessi ad una diversa periodicità, ancorché ultrasemestrale, in quanto da un lato l'anatocismo è consentito dal sistema, con norma eccezionale e protettiva del debitore pecuniario, soltanto in presenza delle condizioni di cui all'art. 1283 c.c., e dall'altro perché il debito di interessi non si configura, per la sua peculiare natura genetica e funzionale, come una qualsiasi obbligazione pecuniaria, dalla cui scadenza possa derivare il diritto del creditore agli ulteriori interessi di mora ovvero al risarcimento del maggior danno ex art. 1224 comma 2 c.c.”*

⁵³ *“Nell'ipotesi in cui la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente fosse prevista in un contratto di conto corrente bancario, stipulato anteriormente al 22 aprile 2000 e ancora aperto in epoca successiva all'1 luglio 2000, non è possibile computare gli interessi anatocistici a partire da quest'ultima data, ove la banca non abbia fornito alcuna prova di aver ottemperato agli obblighi concernenti la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle modifiche delle condizioni contrattuali necessarie per adeguarsi alla normativa sopravvenuta, né di aver informato per iscritto il cliente circa l'assolvimento di tale formalità, dovendosi in ogni caso disapplicare le disposizioni transitorie dettate dalla delibera con cui il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio ha stabilito modalità e criteri per la disciplina dell'anatocismo nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria”* (Trib. Torino, 05 ottobre 2007, in Foro it. 2008, 2 646).

Questa impostazione è stata recentemente recepita dalle sezioni unite della Corte di cassazione con la già citata sentenza 24.418 del dicembre 2010; il supremo Collegio ha dichiarato che in caso di nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare alcuna capitalizzazione: nel caso specifico, la Banca aveva sostenuto che negare qualsiasi capitalizzazione non sarebbe stato conforme ai criteri legali di interpretazione dei contratti, implicando un'indebita estensione della declaratoria di nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale anche alle diverse ipotesi di capitalizzazione annuale degli interessi. La Corte ha respinto questa tesi, in quanto dall'esame del contratto di conto corrente risultava l'assenza di qualsiasi previsione negoziale relativa ad una capitalizzazione annuale. La capitalizzazione annuale fu dunque esclusa dalla Corte per difetto di qualsiasi base negoziale che l'avesse prevista e non, invece, perché era stata dichiarata nulla la clausola che la prevedeva; a completamento del suo ragionamento, la cassazione ha altresì affermato che non solo non esiste nella realtà storica della seconda metà del 20° secolo alcun uso normativo di capitalizzazione trimestrale degli interessi, ma nemmeno risulta che quel periodo storico abbia conosciuto una consuetudine di capitalizzazione annuale. In forza di tali ragionamenti, la Corte ha enunciato il seguente principio di diritto:

...dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'articolo 1283 del codice civile, il quale osterebbe anche ad un eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale, gli interessi a debito del correntista debbono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna.

2.4. Imputazione delle rimesse. Inapplicabilità dell'art. 1194 cod. civ.

Altra questione, spesso sollevata dalle banche, attiene all'imputazione delle rimesse effettuate dal correntista, in quanto l'applicabilità dell'art. 1194 cod. civ. potrebbe ridurre di molto, e in molti casi anche eliminare, il problema dell'anatocismo.

Si è osservato, in giurisprudenza, che procedere all'imputazione delle rimesse ex art. 1194 cod. civ. significa inficiare in radice l'operatività dell'art. 1283 c.c., giacché tale procedura si risolve nel sostenere che, per estinguere gli interessi passivi, che maturano giorno per giorno, verrebbero utilizzate le poste attive del conto corrente (o le aperture di credito concesse dalla banca al cliente). Se così fosse, però, nella maggior parte dei casi il debito di interessi verrebbe immediatamente estinto, il che contraddice la giurisprudenza più recente della Cassazione e in particolare delle Sezioni Unite, che hanno individuato nel contenuto delle clausole contrattuali in esame proprio la fattispecie degli interessi anatocistici, richiesti in violazione della norma di cui all'art. 1283 cod. civ.⁵⁴

Ma vi è di più, perché le rimesse sul conto non si possono considerare pagamenti⁵⁵, trattandosi semplicemente di annotazioni (cioè di registrazioni contabili)⁵⁶; la rimessa non ha la funzione di estinguere l'obbligazione debitoria, ma nell'ambito del rapporto di conto corrente di

⁵⁴ Cfr. Trib. Torino, 5 ottobre 2007, in Foro It., 2008, 2, I, 646 ss.

⁵⁵ Cfr. Trib. Lecce, 3 novembre 2005, n. 46: "L'art. 1194 c.c. richiede che sia effettuato il pagamento di un debito esigibile da parte del creditore: ciò porta necessariamente ad escludere quei versamenti o accrediti, che non siano qualificabili come pagamenti, che intervengono in un c/c di corrispondenza, con apertura di credito. Il versamento o accredito, che interviene entro il limite di fido, costituisce un mero ripristino della provvista nell'ambito del rapporto giuridico istaurato dalle parti con l'apertura di credito; il versamento o accredito, che interviene oltre il limite di fido, assume effettivamente una natura di pagamento ma, per l'applicazione del criterio legale di imputazione dell'art. 1194 c.c., si rende necessaria un'espressione della volontà delle parti, desumibile anche per presunzione: ma la banca contabilizza gli accrediti senza alcuna distinzione, modificando l'entità dei numeri creditori e debitori sui quali calcolare gli interessi".

⁵⁶ Cfr. Trib. Mondovì, 11.11.2008, ordinanza, ric. Rolfi: "...non è applicabile al c/c bancario l'art. 1194 c.c. in quanto il versamento o accredito, che interviene entro il limite di fido, costituisce un mero ripristino della provvista nell'ambito del rapporto giuridico istaurato dalle parti con l'apertura di credito".

corrispondenza ha l'effetto del tutto diverso di modificare la quantità di moneta di cui il correntista può, ex art. 1852 c.c., disporre in qualsiasi momento⁵⁷.

Del resto, non può omettersi di rilevare che la formulazione dell'art. 1194 (*“Il debitore non può imputare il pagamento al capitale, piuttosto che agli interessi e alle spese, senza il consenso del creditore”*) la rende inapplicabile al caso di specie; il meccanismo di imputazione previsto dall'art. 1194, infatti, presuppone l'imputazione da parte del debitore in contrasto con la volontà del creditore.

Il correntista, cioè, non potrebbe dichiarare che le sue rimesse vanno imputate al capitale senza il consenso della banca. Ma qui il caso è esattamente opposto: è la banca che provvede all'imputazione della rimessa in conto capitale, addebitando poi gli interessi scalari in sede di chiusura periodica del conto.

Secondo il tribunale di Torino (21 gennaio 2010, estensore Giusta) nella rielaborazione del saldo contabile non può trovare applicazione la norma di cui all'articolo 1194 del codice, che presuppone la preesistenza di un credito certo, liquido ed esigibile, ipotesi non ravvisabile nel conto corrente bancario se non alla chiusura del conto stesso.

3. La commissione di massimo scoperto

Anche per quanto riguarda la commissione di massimo scoperto è necessario fare una distinzione tra il periodo anteriore all'entrata in vigore del decreto legge 185/2008 e quello attuale.

Il primo problema che si pone con riferimento alla commissione di massimo scoperto è la mancanza di una definizione univoca di tale istituto, affermatosi nell'uso bancario per effetto di prassi affatto univoche; mancando una definizione normativa ed una applicazione costante e univoca dell'istituto, le suddette clausole sono quasi sempre affette da nullità per indeterminatezza. Tali clausole, infatti, si limitano genericamente ad indicare la percentuale di commissione di massimo scoperto applicata al conto, senza specificare su quali importi e per quali periodi venga applicata. Ciò rende impossibile per il cliente comprendere la reale entità di questa commissione e persino verificarne la corretta applicazione da parte della banca.

La seconda obiezione che viene mossa alla clausola in esame, si riferisce alla mancanza di causa; in particolare si ritiene che la commissione di massimo scoperto sia validamente espressa solo qualora possa individuarsi una funzione diversa da quella già svolta dall'interesse.

3.1. La nullità per indeterminatezza

nella valutazione circa la validità della clausola relativa alla commissione di massimo scoperto si pone prima di tutto una questione definitoria: che cos'è la commissione di massimo scoperto e come si applica? Afferma il tribunale di Torino, in un recente arresto (Trib. Torino, 27 maggio 2010, estensore Panzani) che per la definizione della commissione di massimo scoperto si deve fare riferimento, sebbene in via di prima approssimazione, alla nozione accolta dalla Banca d'Italia nelle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, così come aggiornate nel febbraio del 2006; qui si legge che la commissione di massimo scoperto nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo

⁵⁷ In argomento v. ancora Trib. Lecce 3 novembre 2005, n. 46: *“Parimenti non può essere condiviso il richiamo operato dalla banca convenuta all'art. 1194 c.c., in quanto nel caso specifico del conto corrente non esiste in senso proprio e tecnico il pagamento degli interessi o del capitale e, per di più, non è il debitore (cioè il correntista) che imputa il "pagamento", poiché il correntista si limita a versare somme (ovvero a consegnare somme alla banca) per la registrazione sul conto corrente. L'art. 1194 c.c. non può poi, altresì essere invocato poiché per imputare a pagamento una determinata somma occorre che il credito sia liquido ed esigibile e, quindi, occorre che il creditore abbia la disponibilità del credito. Tali elementi (liquidità e disponibilità) non esistono (per la banca) nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario, ancor più se affidato. La banca ha la disponibilità del suo credito e, dunque, ha la liquidità ed esigibilità solo quando revoca la linea di credito e chiede il rientro. Prima di allora la banca non può pretendere alcun pagamento, poiché è solo il cliente che può beneficiare della disponibilità delle somme versate e concesse dalla banca”*.

pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto. Tale compenso viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni e viene calcolato sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento.

Come vedremo, però, la commissione di massimo scoperto non è applicata in modo uniforme; pertanto, nel caso in cui i contratti bancari prevedano genericamente l'addebito della commissione di massimo scoperto e indichino esclusivamente il tasso periodico, il correntista non è posto nelle condizioni per verificarne la corretta applicazione. Alcune banche, infatti, applicano la commissione anche per un solo giorno di scoperto e per qualsiasi importo; altre la applicano solo se lo scoperto supera un determinato importo e/o se perdura per un certo numero di giorni consecutivi o se si verifica più volte nel periodo di riferimento.

Ma sullo stesso concetto di scoperto non c'è uniformità di vedute; ci dice la cassazione nella richiamata sentenza a sezioni unite del dicembre 2010 numero 24.418, che conto scoperto o passivo è quello cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, ovvero quando il passivo scende al di sotto dei limiti dell'affidamento.

Ma, se così è, allora vi è una evidente discrasia tra la definizione assunta dalla Banca d'Italia e la prassi delle banche; la prima, parlando di scoperto, sembra riferirsi all'ipotesi di conto non affidato o di superamento dell'apertura di credito. Le banche invece sono solite applicare la commissione di massimo scoperto sul massimo indebitamento raggiunto dal correntista nel periodo di riferimento, ma all'interno del fido concesso.

Tutto ciò rende evidente come, al di là dei problemi di causalità negoziale, che saranno esaminati nel paragrafo che segue, vi è prima di tutto una problematica di indeterminatezza della clausola, che ne determina la nullità ai sensi degli articoli 1418 e 1346 del codice civile; il primo richiede, a pena di nullità, che l'oggetto del contratto abbia i requisiti stabiliti dall'articolo 1346 e quest'ultima norma elenca tra i requisiti necessari del contratto la determinatezza o determinabilità dell'oggetto.

Pertanto, solo una clausola negoziale che indichi in modo preciso e specifico le modalità di applicazione e di calcolo della commissione di massimo scoperto potrebbe passare indenne da questo primo giudizio di validità; è bene, però, rilevare che nella prassi bancaria quasi mai la clausola in esame viene dettagliata in modo tale da consentire al correntista un'autonoma valutazione sulla sua corretta applicazione.

3.2. La nullità per mancanza di valida causa negoziale

Altra questione che attiene alla validità della commissione di massimo scoperto è quella relativa alla sua funzione: secondo il tribunale di Torino (21 gennaio 2010, cit.), per esempio, la commissione di massimo scoperto, anche ove espressamente pattuita dalle parti, deve considerarsi nulla per mancanza di causa; di analogo avviso sono il tribunale di Parma (pronuncia del 23 marzo 2010) e il tribunale di Teramo (18 gennaio 2010), il quale ultimo specifica che la commissione di massimo scoperto contenuta nei contratti bancari, così denominata e senza altra specificazione, può ritenersi sorretta da causa lecita solo in relazione allo scoperto di conto, non sussistendo, entro il limite del fido, uno scoperto; pertanto, ritiene il tribunale di Teramo, deve ritenersi illegittima la clausola denominata commissione di massimo scoperto che ponga a carico del cliente il pagamento di una somma da calcolarsi anche su importi entro i limiti del fido, in quanto in tale caso la clausola sarebbe priva di causa; qualora la banca ritenesse di dover richiedere una commissione anche per il credito utilizzato, la relativa pattuizione dovrebbe necessariamente essere esplicita in tal senso e dimostrativa della causa giuridica che la sorregge.

Il tribunale di Monza, con la sentenza 11 giugno 2007 numero 1967, aveva già affermato la nullità della commissione di massimo scoperto se determinata con riferimento alle somme effettivamente utilizzate dal cliente nell'ambito del fido a lui concesso, ciò in quanto si

risolverebbe in un aumento del costo effettivo del credito e quindi del tasso d'interesse effettivamente applicato.

Il tribunale di Tortona, con sentenza 19 maggio 2008, approfondisce le problematiche giuridiche relative alla nullità della commissione di massimo scoperto, ancorandola all'articolo 1284, comma secondo, del codice civile, sulla base della ritenuta assimilabilità della predetta commissione - così come concretamente applicata dalle banche - agli interessi passivi; la causa, dunque, sarebbe illecita per violazione di norma imperativa, individuata nell'articolo 1284, comma secondo, ove è stabilito che gli interessi devono essere specificamente determinati per iscritto.

Senza procedere oltre all'esame della ormai numerosa giurisprudenza, non solo di merito, sulla commissione di massimo scoperto, anche perché la situazione attuale risulta regolamentata per legge, si deve rilevare quanto segue:

- A. se si accede alla definizione operata dalla Banca d'Italia e da una parte della giurisprudenza, secondo cui la commissione di massimo scoperto costituisce il corrispettivo della banca a fronte dell'onere di tenere a disposizione del cliente una determinata somma nell'ambito di un contratto di affidamento, allora da un lato si deve rilevare l'incongruità definatoria della clausola, che sarebbe piuttosto definibile come commissione di affidamento e non come commissione sullo scoperto, dato che nei limiti del fido non esiste, appunto, alcuno scoperto. In secondo luogo, se la legittimità della clausola fosse ricollegabile all'applicazione nei termini di cui sopra e cioè sulla parte di fido non utilizzata, sulla quale la banca non viene in alcun modo remunerata attraverso il meccanismo degli interessi, allora non si potrebbe che prendere atto della invalidità di detta clausola, che per prassi bancaria è sempre stata applicata non sulla parte di fido inutilizzata, bensì, al contrario, sul massimo importo utilizzato intra fido.
- B. Se si accede ad una definizione della clausola di massimo scoperto conforme al suo *nomen iuris* ed alla prassi applicativa, allora la clausola suddetta dovrebbe ritenersi illegittima per essere priva di valida causa negoziale, in quanto onere aggiuntivo agli interessi passivi che la banca già percepisce su quella somma per effetto dell'utilizzo, da parte del cliente. Trattandosi di onere calcolato in percentuale, avrebbe una natura non dissimile da quella dell'interesse e quindi si tratterebbe di un onere occulto che si va a sommare all'interesse pattuito, remunerando due volte lo stesso servizio.
- C. In ogni caso, resta fondamentale il fattore di determinabilità della prestazione dovuta alla banca, assolutamente carente nei contratti bancari. Ciò rende invalida detta clausola ai sensi dell'articolo 1346 del codice civile, che richiede, per la validità del contratto, che l'oggetto sia determinato o determinabile.

Non si può poi non tener conto del fatto che, anche ove la commissione fosse applicata sulla parte dell'affidamento non utilizzata, vi sarebbero comunque dubbi sulla sua reale utilità nell'economia del contratto di apertura di credito; non si deve dimenticare, infatti, che la banca è un imprenditore che basa il proprio profitto sul rischio e quindi che la mancata utilizzazione di una parte delle somme affidate costituisce un rischio che la banca stessa valuta nel momento in cui concede il fido e determina la misura degli interessi; è noto che l'apertura di credito costituisce una forma di finanziamento più costosa di altre, proprio per il fatto che la banca viene remunerata solo sulla parte utilizzata e non sull'intera linea di credito. Questa circostanza spinge le banche ad alzare il tasso d'interesse passivo, proprio al fine di ammortizzare anche i costi derivanti dalla messa a disposizione del cliente di una somma che questi potrebbe non utilizzare. In sostanza, il cliente che ha bisogno di ricorrere al credito per l'esercizio della propria attività, ha la scelta tra contrarre un finanziamento, con l'onere di corrispondere l'interesse passivo su tutta la somma erogata, ma con un tasso più contenuto, oppure di utilizzare il più elastico strumento dell'apertura di credito, sul quale andrà a pagare l'interesse solo nei limiti della somma di volta in volta utilizzata, ma pagando un interesse ovviamente maggiore. È proprio questa maggiorazione dell'interesse che rende illogica ed

inutile la previsione anche di una commissione sull'affidamento, perché la banca già si tutela nei confronti del cliente chiedendo un interesse passivo più elevato.

Infine non si deve nemmeno dimenticare che il facile, rapido e poco costoso ricorso al credito interbancario, nonché la attuale smaterializzazione del denaro, oltre alle “economie di scala” che la banca è in grado di attuare nell'esercizio dell'attività creditizia (e nella gestione dei flussi di denaro), rendono davvero irrisorio il costo che la banca deve sopportare per tenere a disposizione del cliente somme potenzialmente maggiori rispetto a quelle che il cliente utilizzerà (e sulle quali pagherà l'interesse passivo).

3.4. Commissione di massimo scoperto e usura

Per molto tempo la giurisprudenza di merito si è occupata del problema relativo alla computabilità, ai fini della violazione della legge antiusura, delle commissioni di massimo scoperto.

Sul punto è intervenuta recentemente la cassazione (Corte di cassazione, 19 febbraio 2010 numero 12.028), affermando che il chiaro tenore letterale dell'articolo 644, comma quattro, del codice penale impone di considerare rilevanti, ai fini della determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente sopporta in connessione con il suo uso del credito⁵⁸. Secondo la suprema Corte, tra detti oneri rientra sicuramente la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo “scoperto” di conto corrente, che funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità da tenere a disposizione del cliente.

La Cassazione, dunque, conferma l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso; pur dando atto che la norma di cui all'articolo 644 del codice penale si presenta come norma penale in bianco, che deve essere integrata con riferimento ai risultati di una complessa procedura amministrativa (quella che culmina con il decreto ministeriale emesso ai sensi dell'articolo 2 della legge 108 del 1996), ritiene di poter sindacare la conformità al dettato legislativo del metodo di rilevazione adottato dalla Banca d'Italia e fatto proprio dal Ministro competente.

È interessante rilevare che la Cassazione ritiene di avvalorare la propria decisione con riferimento alla normativa del 2008 (decreto-legge 185 del 2008 e successive modifiche), che ritiene sul punto norma di interpretazione autentica, in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri indicati nell'articolo 644, comma quarto, c.p., correggendo una prassi amministrativa difforme⁵⁹.

Si deve, peraltro, subito osservare che la ricomprensione delle commissioni di massimo scoperto nel calcolo dell'usura, prevista dall'intervento normativo del 2008-2009, risulta, di fatto, in buona parte vanificata dalle istruzioni della Banca d'Italia, che, con una singolare formula di calcolo, attribuiscono alle commissioni suddette un peso ridotto, sveltendo la loro rilevanza nel costo del credito: alle banche permangono ampi margini di modulazioni delle condizioni che consentono di innalzare, attraverso le commissioni di massimo scoperto, il costo del credito senza proporzionale riflesso sul valore del tasso impiegato per misurare l'usura⁶⁰.

3.5. La nuova commissione di massimo scoperto. I decreti legge 185/2008 e 78/2009

⁵⁸ In argomento v. il recentissimo saggio di LENOCI, *Commissione di massimo scoperto ed usurarietà del tasso di interesse*, in corso di pubblicazione su *Giur. Merito*, 4/2011, 983 ss.

⁵⁹ Per l'analisi della nuova disciplina sulle commissioni di massimo scoperto, si veda il paragrafo che segue.

⁶⁰ Così si esprime R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla magistratura vengono ripristinate dalla legge numero 2/09*, il caso.it, 155/2009, pag. 34, il quale giunge a queste conclusioni dopo aver svolto numerosi esempi e con riferimento formule di matematica finanziaria. L'autore ritiene che in tal modo sia possibile rispettare le soglie individuate dalla Banca d'Italia anche quando il costo effettivo del credito supera ampiamente i limiti di usura; pertanto, secondo tale dottrina, cui necessariamente si rimanda per ogni approfondimento, la presenza o meno dell'usura dipenderà dalla natura degli addebiti effettuati dalla banca.

Con il decreto-legge del 29 novembre 2008 numero 185, convertito con modificazioni nella legge 28 gennaio 2009, n.2, a sua volta modificata con decreto legge 1 luglio 2009 numero 78, convertito con la legge 102/2009, il legislatore è intervenuto per regolamentare le commissioni di massimo scoperto, che tanti problemi hanno dato negli anni passati.

Purtroppo, però, l'intervento normativo si è rivelato ancora una volta pasticciato, di difficile comprensione e dunque foriero di maggiori dubbi rispetto al passato; soprattutto, le nuove disposizioni sembrano tradire gli annunci che il Governo aveva fatto alla vigilia della sua entrata in vigore, come se la commissione di massimo scoperto fosse ormai in via di estinzione.

Al contrario, come si vedrà in seguito, la confusa situazione attuale, dovuta alla presenza di numerose contraddizioni all'interno dello stesso articolo di legge, sembra favorire una moltiplicazione degli oneri a carico del correntista e, comunque, sancisce una volta per tutte la validità delle commissioni di massimo scoperto, sebbene nei limiti di cui infra si dirà.

La norma incomincia con un'affermazione importante in ordine alla **nullità** delle clausole che prevedono una commissione di massimo scoperto, ma subito dopo introduce le prime eccezioni; tali commissioni sono ritenute invalide solo qualora siano applicate a un conto che risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a 30 giorni ovvero in caso di utilizzo in assenza di fido.

Questo primo periodo evidenzia subito le prime difficoltà interpretative: la prima delle due limitazioni concerne il caso di un saldo passivo per una durata inferiore a 30 giorni, ma la norma non specifica se si tratti di conto affidato o meno; poiché, peraltro, la seconda limitazione concerne espressamente gli utilizzi in assenza di fido, si può ragionevolmente pensare che la prima ipotesi si riferisca a saldi passivi contenuti entro i limiti dell'affidamento concesso dalla banca, mentre la seconda ipotesi si riferisca agli scoperti di conto e dunque agli sconfinamenti oltre il fido, ovvero ai saldi debitori in assenza di fido.

Se è così, allora possiamo tentare, semplificando di estrapolare la seguente regola: **la commissione di massimo scoperto è valida solo se calcolata per utilizzi di somme all'interno e nei limiti dell'affidamento e purché il saldo del conto risulti a debito per un periodo continuativo uguale o maggiore a 30 giorni.**

Sebbene la norma non sia particolarmente limpida, pare doversi ritenere che la commissione di massimo scoperto possa validamente essere applicata ogni qualvolta il conto corrente scenda al di sotto dello zero e quivi rimanga per almeno 30 giorni consecutivi⁶¹; non è stato risolto, però, il problema della determinatezza, in quanto la norma non dice come deve essere applicata la commissione, ossia se la stessa vada applicata sul massimo importo debitore, ovvero sulla media, ovvero giorno per giorno sul saldo debitore. Poiché la clausola mantiene la denominazione di commissione di massimo scoperto, vi è il concreto rischio che le banche continuino ad applicarla sulla massima esposizione debitoria. Sarà necessario, comunque, affinché le clausole stipulate nel vigore della nuova normativa non siano nuovamente affette da nullità, che siano specificamente indicate non solo la misura, ma anche le modalità concrete di calcolo della commissione, di modo che il correntista possa esercitare un idoneo controllo sulla corretta applicazione della pattuizione negoziale.

Prevedendo che la commissione possa essere applicata solo all'interno del fido e con riferimento ai saldi debitori, la norma sembra propendere per un'interpretazione della commissione di massimo scoperto conforme alla prassi applicativa delle banche negli anni passati. La commissione, cioè, sarebbe un onere ulteriore che si cumula con quello degli interessi passivi e che è legato alla utilizzazione dell'affidamento concesso dalla banca; quanto

⁶¹ Un utente accorto potrà evitare l'onere delle commissioni di massimo scoperto interrompendo tempestivamente la continuità dei 30 giorni minimi previsti dalla legge, utilizzando ad esempio margini di fido disponibili presso altri operatori bancari. Certo è che, come osserva un'attenta dottrina (R. MARCELLI, *Dopo l'anatocismo trimestrale anche le commissioni di massimo scoperto divengono lecite. Le CMS smantellate dalla magistratura vengono ripristinate dalla legge numero due par 09*, il caso.it, 155/2009) i giri di conto e le condizioni di valuta assumeranno d'ora in poi un rilievo determinante.

maggiore è il ricorso al credito, tanto maggiore è il costo che il correntista deve pagare alla banca. Essendo la commissione legata anche alla durata del saldo passivo, sembra potersi affermare che questo tipo di commissione vada a compensare il rischio di insolvibilità del cliente; tanto più lungo è il periodo in cui il saldo del conto non ritorna in attivo, tanto più - sembra avvisarci la norma - si eleva il rischio che il correntista non sia più in grado di far fronte al debito contratto. Non vi è spazio, invece, in tale tipo di clausola, per una funzione remuneratoria collegata alla tenuta a disposizione delle somme (giacché la commissione si calcola sull'utilizzato e non sul tenuto a disposizione), né per una funzione legata agli sconfinamenti oltre fido o in assenza di fido (ciò per espressa previsione normativa).

Il secondo periodo dell'articolo 2-bis della legge in esame estende la nullità a tutte le clausole contrattuali, comunque denominate, che prevedano una **remunerazione della banca per la messa a disposizione dei fondi indipendentemente dall'effettivo "prelevamento"** (termine, quest'ultimo, da intendersi più genericamente come "utilizzo delle somme") **ovvero una remunerazione indipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi.**

Questo secondo periodo, nell'ottica di scongiurare un'elusione delle norme sopra esaminate, attraverso l'utilizzo di clausole diversamente denominate, mira a garantire un'effettività di tutela del correntista e quindi ribadisce che la banca non può ottenere alcun corrispettivo per la sola messa a disposizione di fondi - se il correntista non li utilizza - e che le clausole che prevedano oneri aggiuntivi in caso di utilizzo della somma affidata devono comunque essere legate ad una durata minima dell'utilizzazione; peraltro la norma ancora una volta pecca di eccessiva indeterminatezza, giacché nel secondo caso (cioè di clausole diversamente denominate) non vi è il preciso limite temporale minimo di 30 giorni previsto per le clausole denominate "commissione di massimo scoperto". Trattasi di una carenza normativa che può essere superata applicando in via analogica, anche alle clausole diversamente denominate, il termine minimo di cui al periodo precedente, con la conseguenza che saranno nulle tutte le clausole bancarie in cui si prevede una remunerazione per la banca in caso di utilizzo di somme oggetto di affidamento, qualora non sia specificamente indicato il termine minimo di 30 giorni di utilizzo continuativo. Sorgerà, naturalmente, un problema di salvataggio di tali clausole e cioè il problema di verificare se una siffatta clausola sia totalmente nulla ovvero se possa ritenersi parzialmente nulla (cioè solo nella parte in cui non esplicita il termine minimo di utilizzo continuativo della somma); nel primo caso non potrà essere applicata nessuna commissione, mentre nell'ipotesi alternativa la commissione pattuita potrà essere applicata, ma solo nei limiti in cui è consentito per legge (e quindi per i periodi di utilizzo continuativo uguali o superiori a 30 giorni). Questa considerazione è riferibile anche alle ipotesi di cui al primo periodo e cioè alle clausole contenenti commissioni espressamente denominate come di massimo scoperto.

La seconda parte del secondo periodo crea maggiori difficoltà interpretative perché, dopo l'affermazione di nullità contenuta nel primo periodo e ribadita nel secondo, con riferimento a clausole comunque denominate, introduce la prima rilevante eccezione: *-le clausole di cui sopra sono eccezionalmente valide qualora "... **il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme** sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento"*.

Trattasi di indicazione normativa di difficile comprensione; innanzitutto l'eccezione alla nullità della clausola di massimo scoperto sembra riferirsi unicamente alle commissioni di affidamento, ovvero a quelle calcolate sulla somma messa a disposizione del correntista anche se il riferimento è ad un periodo che tratta anche della diversa ipotesi degli oneri sull'utilizzato (sebbene indipendenti dalla durata dell'utilizzazione).

Dunque, con la nuova normativa la banca potrà esigere un corrispettivo per il solo fatto di aver concesso un affidamento bancario, indipendentemente da qualsiasi utilizzo da parte del

correntista; condizioni di validità di questa eccezione sono: -che il corrispettivo sia predeterminato in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto; - il patto sia redatto per iscritto, unitamente al tasso debitore per le somme utilizzate; - il patto non sia rinnovabile tacitamente; - il corrispettivo sia specificamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale e con l'indicazione dell'effettivo utilizzo delle somme avvenuto nello stesso periodo; -il cliente possa recedere in ogni momento (da cosa?).

Come si può ben immaginare si apre tutto un ventaglio di problematiche non semplice da risolvere.

Innanzitutto, **il corrispettivo deve essere predeterminato in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto**: trattasi di disposizione assolutamente generica, che ancora una volta richiede un onere di specificazione contrattuale, a pena di nullità per indeterminatezza della clausola. Non è chiaro, peraltro, cosa significhi in concreto che la commissione deve essere commisurata alla durata dell'importo dell'affidamento; forse che la banca dovrà predisporre una sorta di tabella che pone in relazione importo dell'affidamento, durata, entità della commissione. Non si dice, però, se si tratta di un coefficiente di proporzionalità diretta o diversa con riferimento a durata ed importo dell'affidamento, né quale sia il peso di questi due elementi.

Osserva parte della dottrina (Cian, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2-bis l. 2/2009 e della l. 102/2009. Commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, BBTC, 2010, 2, 182) che la necessità che il corrispettivo sia predeterminato esclude che la banca possa procedere, nel corso del rapporto, alla modifica di tale clausola, avvalendosi del disposto dell'art. 118 TUB.

Il patto deve essere redatto per iscritto, unitamente al tasso debitore per le somme utilizzate. Sul requisito della forma scritta, non ci sono particolari perplessità, mentre non è chiaro cosa significhi che la provvigione in esame debba essere redatta unitamente al tasso debitore; forse che la clausola deve essere contenuta nello stesso documento contrattuale che contiene anche la specificazione del tasso passivo applicabile all'apertura di credito? O forse che le misure di questi corrispettivi devono essere indicate nella stessa clausola contrattuale, di modo che il cliente possa trovare in un unico contesto tutte le voci di costo dell'affidamento che richiede? Ma allora perché non è prevista la contestualità anche per la commissione di massimo scoperto e per tutte quelle clausole, comunque denominate, che sono collegate all'effettiva utilizzazione delle somme?

Il patto che prevede la provvigione di conto non deve essere rinnovabile tacitamente; ciò apre una doppia opzione interpretativa: da un lato si può ritenere che la provvigione in esame possa essere determinata con una cadenza temporale inferiore alla durata dell'affidamento, ovvero, in caso di apertura di credito a tempo indeterminato, con una durata limitata nel tempo, nel qual caso la banca dovrà periodicamente rinegoziare con il cliente la provvigione in esame⁶². L'altra opzione interpretativa prende in esame, invece, la diversa ipotesi di un'apertura di credito a tempo determinato con provvigione di conto della stessa durata; in tale caso, mentre gli accordi contrattuali potrebbero consentire un rinnovo tacito dell'apertura di credito, tale possibilità non sarebbe invece consentita per la provvigione di affidamento, che dovrebbe essere rinegoziata con il cliente⁶³.

Il corrispettivo sia specificamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale e con l'indicazione dell'effettivo utilizzo delle somme avvenuto nello stesso periodo; qui veramente non si capisce non tanto il senso letterale della norma, quanto invece la funzione concreta da questa svolta. La provvigione di conto risulta scollegata

⁶² Tale ipotesi, peraltro, sembra configgere con il dettato normativo, laddove prevede che il corrispettivo debba essere predeterminato in misura proporzionale alla durata dell'affidamento richiesto.

⁶³ Cfr. LENOCI, *La nuova disciplina della commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi*, G. Merito, 2009, 6, 1505 ss.

dall'utilizzo dei fondi e commisurata, invece, all'entità dell'affidamento, di modo che essa viene determinata in maniera fissa e, soprattutto, non dovrebbe essere in alcun modo influenzata dall'andamento delle operazioni passive.

Il cliente possa recedere in ogni momento.

Infine, ultima delle condizioni affinché sia considerata valida la clausola che prevede la provvigione di affidamento, è che il cliente possa recedere in ogni momento; la norma non specifica quale sia l'oggetto del recesso, ma sembra corretto ritenere che la facoltà di recesso si riferisca al contratto di apertura di credito e che, dunque, in deroga a quanto previsto dall'articolo 1845 del codice civile, il cliente possa recedere in qualunque momento del contratto di apertura di credito, anche se stipulato a tempo determinato; sarà invece applicabile la norma prevista dall'ultima parte del terzo comma dell'articolo 1845, secondo cui il recesso è esercitato mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza di quello di 15 giorni

L'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 2-bis chiarisce che la commissione prevista dal secondo periodo, che potremmo chiamare "provvigione di conto", non può superare la percentuale dello 0,5 trimestrale e quindi del 2% annuale dell'importo totale dell'affidamento; in caso contrario il patto di remunerazione (cioè la provvigione di conto) sarebbe nulla⁶⁴.

In conclusione, la situazione attuale non sembra affatto migliorata se messa in relazione con la disciplina anteriore; allora le banche usavano applicare la commissione di massimo scoperto, in aggiunta agli interessi passivi, con percentuali generalmente (almeno fino al secolo scorso) molto basse, da calcolarsi sul picco massimo di indebitamento del trimestre. Oggi possono coesistere gli interessi passivi, le commissioni di massimo scoperto di cui al primo periodo del primo comma, seppur con i limiti ivi previsti, nonché una ulteriore provvigione di conto calcolabile sull'intero importo dell'affidamento ed indipendentemente dal suo utilizzo, nella misura non indifferente del 2% annuo. Un costo in più a carico del cliente, il quale, invece, avrebbe dovuto essere favorito da questa nuova disciplina.

Il secondo comma della norma in esame (art. 2-bis d.l. 185/2008) ci dice che gli interessi (passivi, ovviamente), le commissioni di massimo scoperto o le altre provvigioni, comunque denominate, che prevedono un corrispettivo favore della banca commisurato all'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi (trattasi delle commissioni disciplinate dal primo periodo del comma primo, mentre restano escluse le cosiddette provvigioni di conto, cioè quelle disciplinate dal secondo periodo del primo comma) sono rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, numero 108.

Dunque, le commissioni di massimo scoperto commisurate all'effettivo utilizzo assumono infine rilievo ai fini dell'usura, anche se non si nascondono serie perplessità sull'esclusione delle commissioni di conto, cioè di quelle commisurate all'importo del fido ed indipendenti dall'effettivo utilizzo delle somme; non si può, infatti, non rilevare che l'articolo 644 del codice penale, al comma quarto, afferma che per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito. Ebbene, non si vede come le provvigioni di conto, che sono legate all'apertura di credito, possano non rientrare nella categoria delle "remunerazioni (...) collegate alla erogazione del credito"⁶⁵.

Il terzo comma della norma in esame, infine, afferma che i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge 185 del 2008 sono adeguati alle

⁶⁴ V. Cian, op.cit.

⁶⁵ Sul punto deve però rilevarsi come la Banca d'Italia, nelle nuove istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, diramata nell'agosto del 2009 abbia affermato, al punto C.4, che devono essere compresi nel calcolo anche "...gli oneri per la messa a disposizione dei fondi".

disposizioni dell'articolo 2-*bis* entro 150 giorni dalla suddetta data di entrata in vigore della norma. Tale obbligo di adeguamento costituisce **giustificato motivo** agli effetti dell'articolo 118, comma primo, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. L'articolo 118 del testo unico bancario dispone che nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista **giustificato motivo** e nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 1341, secondo comma, del codice civile; ciò significa, mi pare, che la banca possa modificare unilateralmente le vecchie clausole solo qualora nel contratto originario fosse prevista tale facoltà, dovendo altrimenti rinegoziare il contenuto contrattuale con il cliente. Inoltre, la facoltà di adeguamento non comporta sanatoria delle vecchie clausole affette da nullità, secondo la disciplina vigente, dato che il decreto-legge 185 del 1008 non è norma interpretativa⁶⁶, né è espressamente prevista una sua efficacia retroattiva.

⁶⁶ Si veda però cassazione penale, sezione II, 19 febbraio 2010, numero 12.028, la quale ha ritenuto che il decreto-legge 185 del 2008 possa essere considerato norma di interpretazione autentica, con riferimento alle voci di costo che devono essere inserite nel calcolo del tasso effettivo globale medio ai fini previsti dalle leggi antiusura.