

N. 427/10 Sent.

PARZIALE



CONTENZ.	N. 4559/07
NUMERO G.I. N.	
GRUPPO	3104
REPERT.	839
PRONUNZIAZ. R.	

TRIBUNALE DI PARMA

Repubblica Italiana

In Nome del Popolo Italiano

Il Giudice Istruttore dott. Nicola SINISI, in funzione di Giudice Unico, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa in primo grado iscritta al n.4559/2007 R.G. promossa da:

M. S., elettivamente domiciliato in Parma, via Rondani n.4, presso lo studio dell'Avv. Lorenza Santella che lo rappresenta e difende

- opponente -

CONTRO

BANCA S.p.A., con sede in [redacted] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Parma, via [redacted] presso lo studio degli avv. ti M. L. e F. F. che la rappresentano e difendono

- opposta -

causa posta in decisione sulla base delle seguenti conclusioni definitivamente rassegnate all'udienza del 7 ottobre 2009:

Opponente:

"voglia l'On.le Tribunale di Parma, in accoglimento della presente

1. revocare il decreto ingiuntivo opposto.
 2. dichiarare che il contratto di conto corrente n. [REDACTED] è privo della forma scritta e, pertanto, il rapporto di conto corrente è da ritenere *ab origine* privo della determinazione convenzionale degli interessi, di qualsivoglia capitalizzazione trimestrale, annuale, come di diversa periodicità degli interessi debitori sicchè va applicato esclusivamente l'art.1283 c.c.;
 3. dichiarare la illegittimità della corresponsione della commissione di massimo scoperto mai pattuita e, comunque, non dovuta
 4. dichiarare non dovute le spese del conto corrente perché non convenute.
 5. condannare la banca alla restituzione delle somme indebitamente percepite nella somma che verrà liquidata a seguito di consulenza contabile oltre interessi legali dalla domanda al pagamento .
- in linea subordinata
6. rideterminare l'importo dell'effettivo credito esistente in capo alla banca ingiungente dopo averlo depurato di qualsivoglia capitalizzazione degli interessi convenzionali, della CMS e verificato se sono stati praticati interessi usurari,
 7. condannare la banca al pagamento delle spese e onorari

del giudizio.

Mezzi Istruttori come da memoria del 17.4.2008

Per la opposta:

"Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, previa ogni più utile declaratoria del caso e di legge, ogni diversa e contraria istanza ed eccezione disattesa, rigettare l'opposizione proposta dall'attore in quanto inammissibile, infondata, non provata, sia in fatto che in diritto, o come meglio, confermando il Decreto Ingiuntivo n. 933/07 (Contenz. N. 2575/07 e Cronol. N. 1961) emesso dal Tribunale di Parma il 2.5.2007; in via subordinata, qualora il Tribunale dovesse accertare la illegittimità della capitalizzazione degli interessi come eseguita dalla convenuta, comunque accertare e dichiarare la legittimità della capitalizzazione annuale degli interessi creditori dall'origine del rapporto; nonché, sempre in via subordinata, accertare e dichiarare relativamente al rapporto di conto corrente per cui è causa la pattuizione di interessi ultralegali in forma scritta e della commissione di massimo scoperto in forma scritta a far tempo dal 26.8.2003; con vittoria di spese, diritti ed onorari del giudizio."

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

S. [REDACTED] M. [REDACTED] ha intrattenuto, fra l'altro, un rapporto di <apertura di credito> (conto corrente n. [REDACTED]) iniziato nel dicembre 1995 con la (allora) Banca [REDACTED] poi divenuto n. [REDACTED] intestato al medesimo ed acceso presso la filiale di Parma della Banca [REDACTED] Spa, infine confluito

nel conto sofferenza n. [REDACTED], la cui esposizione debitoria per nominali € 21.335,25 (pari alla minor somma dovuta a seguito del ricalcolo degli interessi con capitalizzazione annuale), oltre interessi al tasso convenzionale del 5% a decorrere dall'1/10/06 e fino alla data dell'effettivo saldo, è stata azionata in via monitoria (insieme ad altri importi non oggetto di opposizione).

In citazione, il M [REDACTED] sostiene che va rideterminato "l'importo dell'effettivo credito esistente in capo alla Banca Ingiungente, depurandolo di qualsivoglia capitalizzazione degli interessi convenzionali e della CMS, verificando se sono stati praticati interessi usurari e stabilendo i criteri per il calcolo degli interessi ex art. 1283 c.c."

Costitutosi l'Istituto, aggiungendo alla documentazione già a corredo del ricorso monitorio le copie degli estratti conto dal 31.3.1996 alla estinzione, con giro saldo sul conto <sofferenza>, nella prima memoria autorizzata ex art.183, sesto comma, c.p.c., la difesa opponente ha evidenziato come non fosse stato allegato l'originario contratto di conto corrente "che andava redatto per iscritto sotto pena di nullità ai sensi dell'art.117, comma terzo, T.U.B.", essendo a tal fine inidonei - in particolare a fornire prova dell'applicazione di un tasso convenzionale - i soli estratti conto, la cui tacita approvazione non impedisce di sollevare contestazioni in ordine alla validità ed efficacia dei rapporti obbligatori dai quali derivano saldi ed accrediti.

L'assunto è condiviso dalla giurisprudenza "... la mancata opposizione degli estratti conto non costituisce prova dell'obbligazione principale, poiché il difetto di forma non può essere superato dalla mancata contestazione degli estratti conto, considerando che l'approvazione anche tacita degli estratti conto rende incontestabili le risultanze contabili, ma non la validità e l'efficacia giuridica delle operazioni cui tali risultanze contabili si riferiscono .." (così ad es. Trib.Nuoro, 25 luglio 2007).

Conclude la difesa M. [redacted] sul punto "... in sostanza manca un contratto scritto di apertura del conto corrente e non vi è un tasso convenzionale convenuto in misura superiore a quella legale: ci troviamo di fronte ad un contatto fisiologicamente e funzionalmente nullo *ex lege* ..", reputando inapplicabile il criterio legale di cui capo 7 dell'art.117 cit., "che non riguarda la inesistenza del contratto per mancanza della forma prescritta". La questione va affrontata in quanto, come insegna la S.C., "il potere del giudice di rilevare d'ufficio l'eventuale nullità (o inesistenza) di un atto negoziale va coordinato con il principio della domanda, fissato negli art. 99 e 112 c.p.c.: *soltanto quando la nullità si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea, per essere l'atto elemento costitutivo della domanda, essa può essere rilevata dal giudice in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'iniziativa delle parti (anche attraverso il mutamento delle difese); qualora, invece, sia la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa*

pregiudizievole, la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di legittimità enunciate dall'interessato e non può fondarsi su elementi rilevati d'ufficio o tardivamente indicati ..." (cfr.CASS.Sez.I, 8 settembre 2004 n.18062).

Ciò chiarito, com'è noto, ai sensi dell'art.117 T.U.B (D.lgs.385/1993) i contratti sono redatti per iscritto ed un esemplare è consegnato ai clienti; "nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo" (comma terzo); "i contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora" (comma quarto).

Il sesto comma sanziona di nullità "le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati".

Nella fattispecie, la banca convenuta in effetti non ha allegato l'iniziale contratto - scritto - di <apertura conto corrente> - n. [REDACTED] - asseritamente stipulato nel dicembre 1995 con la (allora) Banca [REDACTED].

Mancando l'allegazione del contratto, del quale gli estratti dal 1996 ed anni successivi, prodotti, sarebbero proiezione contabile, non è dato di conoscere in particolare alcunché circa le condizioni (tasso di interesse attivo, tasso di interesse passivo, anatocismo, spese, valute, CMS, eventuale *ius variandi* della

BANCA) in esso pattuite e circa l'ammontare della somma capitale eventualmente affidata al correntista etc., né di conseguenza la effettiva conformità del contratto alle condizioni di validità di cui all'art.117 TUB, ossia proprio di tutte quelle circostanze oggetto di contestazione da parte del correntista.

La difesa opposta, in verità, ritiene di avere fornito un riscontro scritto egualmente idoneo per le finalità dell'art.117 cit..

Si legge (anche) in conclusionale "... è stato prodotto nella fase monitoria (doc. 5) il modulo cartaceo di deposito della firma dell'intestatario del conto corrente oggetto di causa.

Nel documento si legge: "C/C N. [REDACTED] (n° originario della [REDACTED] rinumerato in [REDACTED] con la fusione della [REDACTED] nella Banca [REDACTED] ora [REDACTED]) INTESTATO A M. [REDACTED] S. [REDACTED]"; seguono le generalità del predetto intestatario del conto corrente, la residenza, il numero della carta d'identità utilizzato per identificarlo la FIRMA, che vale assunzione di paternità del contenuto e di conforme volontà, e la data di accensione del rapporto 19/12/95.

Nel predetto documento cartaceo firmato esiste la indicazione della natura del rapporto acceso con la banca, ovvero conto corrente, il suo numero identificativo, le generalità dell'intestatario, la sua firma e la data. Il documento riporta anche la denominazione della Banca e la firma di un suo funzionario, individua quindi entrambe le parti contraenti.

Si ritiene che detti elementi, per quanto minimi, contenuti nel documento cartaceo siano sufficienti a costituire il contenuto minimo, essenziale, del contratto di conto corrente bancario e a soddisfare quindi il requisito della forma scritta *ad substantiam*.

La forma prescritta per l'atto è sufficiente sia osservata per gli elementi essenziali, mentre gli elementi accessori possono risultare da un atto amorfo ..".

L'assunto, pur supportato dalla documentazione richiamata, non può portare alla conclusione auspicata dalla difesa opposta.

Gli <elementi> del contratto evocati nella documentazione (natura del rapporto acceso, numero identificativo, generalità dell'intestatario, firma e data, denominazione della Banca, firma del suo funzionario) se utili ad identificare le parti contraenti e la natura giuridica del rapporto, nulla chiariscono in merito alle condizioni (tasso di interesse attivo, tasso di interesse passivo, anatocismo, spese, valute, CMS, eventuale *ius variandi* della banca etc.) utili per decidere sulla materia controversa in causa.

L'assenza del contratto scritto esclude, altresì, la possibilità di <integrarne> il testo avvalendosi del disposto del settimo comma dell'art.117 cit..

"In difetto di una pattuizione del tasso nelle forme legali, il negozio è radicalmente nullo e quindi il rapporto obbligatorio sottostante dal quale le singole partite derivano è consequenzialmente inefficace e improduttivo di effetti giuridici: l'approvazione degli estratti conto, anche ripetuta, non può

sanare una situazione radicalmente viziata e quindi supplire alla mancanza dello scritto" (cfr. Trib. Bari, Sez. I, 27 febbraio 2007 n. 548).

Quanto precede *vanifica* il ricalcolo degli interessi operato dalla banca, rende inconferente in causa la questione della legittimità o meno della capitalizzazione annuale degli stessi, come pure quelle (introdotta dalla difesa M [redacted]) sulla prosecuzione del rapporto nonostante il saldo passivo e sull'anatocismo, e porta ad accogliere la conclusione della difesa opponente secondo la quale devono essere riconosciuti sui saldi debitori - *nel periodo dal 1996 (all'agosto 2003)* - soltanto gli interessi legali ex art. 1284, secondo comma, c.c..

Consegue, ancora, *per il periodo successivo*, la necessità di ricondurre processualmente il primo saldo a "zero", potendosi riconoscere in capo alla Banca soltanto il credito legittimamente maturato negli anni successivi del rapporto oggetto di contestazione da parte del correntista ed in relazione a cui la stessa Banca ha fornito idonea prova documentale, costituita dai titoli contrattuali del 2003, rinegozianti per il futuro le condizioni, rimaste ignote, del pregresso rapporto, e dai relativi estratti conto.

Riguardo al *periodo successivo* è, infatti, incontroverso e documentale che l'odierno opponente sottoscrisse un *contratto di apertura di credito sul conto corrente* (n. [redacted]), in data 26 agosto 2003 (doc. 4 opposta), nel quale è indicato il tasso di

interesse convenzionale a suo carico - nella misura del 10,50% - e la Commissione di Massimo Scoperto - nella misura dello 0,625% - nonché il documento di sintesi (in fotocopia quale doc. 5 opposta) delle condizioni applicate per lo scoperto sul conto corrente n. [REDACTED], pure esso sottoscritto dal M. S. [REDACTED], ove il tasso di interesse per lo scoperto è indicato ben due volte nella misura del 10,50% all'epoca vigente.

In base a detto testo contrattuale andrà dunque operata la determinazione, fino al momento della chiusura del conto, di quanto dovuto dall'odierno opponente osservando i criteri di seguito esposti sui punti per i quali vi è contrasto fra le parti.

Preliminarmente va rilevato come nella fattispecie siano stati rispettati i requisiti di forma dettati per le comunicazioni al cliente che consentono - in ossequio alla delibera CICR 9 febbraio 2000, art.2, seguita al disposto del secondo comma dell'art.120 TUB - l'applicabilità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, atteso che il loro accredito ed addebito era stato stabilito con la medesima periodicità.

Controversa è invece, l'applicazione della Commissione di Massimo Scoperto.

In argomento, l'opponente denuncia una nullità della clausola che prevede la C.M.S., per difetto di causa, modificando essa - in sostanza - la misura degli interessi pattuiti e concretizzandosi in un aggravio degli interessi corrispettivi convenzionalmente

pattuiti, donde la richiesta di <depurare> il credito ingiunto dell'importo di tutte le Commissioni.

Va premesso che irrilevante per la decisione della presente controversia è la nuova disciplina adottata in materia con il D.L. n. 78/09 (conv. nella Legge 3 agosto 2009 n.102), che attiene solo le situazioni successive alla sua entrata in vigore, cioè ai rapporti in corso, senza effetto retroattivo neppure sui giudizi iniziati precedentemente.

L'orientamento giurisprudenziale più rigoroso riproduce l'assunto dell'opponente, reputando la C.M.S., appunto, un aumento - non pattuito e, in quanto tale non dovuto - del costo effettivo della liquidità disponibile e, quindi, del tasso di interesse effettivamente applicato (si veda Trib.Torino 20 settembre 2009). Su posizioni differenti le pronunce secondo le quali la C.M.S., laddove il conto corrente sia collegato ad un'apertura di credito *non partecipa della natura degli interessi*, sicchè alla stessa non può applicarsi il divieto anatocistico relativo ai soli interessi e *dovrà calcolarsi solo alla chiusura definitiva del conto*, sempre che sia stata determinata specificamente e per iscritto (così ad es. Trib.Brescia Sez.II, 18 gennaio 2010 n.58).

Come è noto, con la conclusione del contratto di apertura di credito in conto corrente la banca, pur nell'unitarietà del rapporto, pone in essere due utilità concrete per il cliente: l'erogazione effettiva dei fondi e la contestuale loro messa a

disposizione, con conseguente suo obbligo di erogare il credito a semplice richiesta da parte del cliente.

La prima di tali prestazioni trova remunerazione nell'addebito degli interessi in capo al cliente; anche la seconda si ritiene debba trovare adeguato corrispettivo, comportando un sicuro onere per la banca comunque tenuta, a prescindere dal concreto utilizzo da parte dei clienti, a mantenere a disposizione degli stessi una certa giacenza liquida, con corrispondente incremento del costo di gestione della propria tesoreria.

Dal canto suo, il cliente «affidato» consegue un pacifico vantaggio economico, potendo meglio gestire la propria liquidità avendo la possibilità di conseguire, in qualsiasi momento e senza preavviso, l'erogazione di un credito, nei limiti dell'affidamento. Orbene, il sistema bancario italiano, di norma, richiede, quale remunerazione della prestazione in esame, una c.d. «provvigione di conto», intendendola quale corrispettivo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un certo tempo, indipendentemente dall'utilizzazione che egli faccia del credito (in tal senso, da ult., CASS.Sez. I, 18 gennaio 2006, n. 870).

Questa provvigione - *nella prassi* - può essere conteggiata *una tantum* nell'atto di concessione di fido; più frequentemente è conteggiata ad ogni chiusura di conto (provvisoria o definitiva) in misura percentuale sul massimo scoperto del periodo considerato, e cioè sulla massima esposizione effettivamente raggiunta.

Nella prassi bancaria, pertanto, generalmente gli istituti di credito richiedono, quale provvigione di conto, una commissione sul massimo saldo «dare» del cliente, con riferimento a ciascun periodo di liquidazione degli interessi; talvolta richiedono, invece, un corrispettivo sulla base dell'importo erogato, quale mera remunerazione per la «messa a disposizione» della somma di denaro in favore del cliente.

Alcuna delle due tipologie di remunerazione viene, peraltro, normalmente considerata una componente degli interessi o una modalità di calcolo degli stessi.

La Banca d'Italia, nelle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, ha chiarito che la commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG; nell'aggiornamento del febbraio 2006, si aggiunge "... tale commissione è strutturalmente connessa alle sole operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile, sul presupposto tecnico che esista uno <scoperto di conto>". Pertanto, analoghe commissioni applicate ad altre categorie di finanziamento andranno incluse nel calcolo del TEG".

Inoltre, proprio sulla base della diversa natura della CMS rispetto agli interessi, per il periodo successivo alla chiusura del conto la commissione non è dovuta, mentre lo sono gli interessi, anche nella misura ultralegale eventualmente pattuita (v., ad es., App.Catania 15 settembre 1987), eccezion fatta per la

capitalizzazione, ora espressamente vietata dagli artt. 2 e 7 della deliberazione CICR del 9 febbraio 2000.

La commissione di m.s., comunque, deve essere determinata specificamente nel suo ammontare, sia pure in percentuale; ove tale determinazione manchi, se è stata pubblicizzata adeguatamente nel rispetto della previsione di cui all'art. 116 TUB, troveranno applicazione i prezzi e le condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza, invece, nulla sarà dovuto (art. 117 comma 7, lett. b), d.lg. cit.).

Ciò chiarito in generale, la dottrina ha evidenziato come, nella prassi bancaria, per la commissione *de qua* sia stata adottata una nozione di "massimo scoperto" che nulla ha a che vedere con una remunerazione alla banca per l'affidamento di una riserva di denaro indicando, piuttosto, la prestazione di un corrispettivo sulla somma concretamente erogata (il massimo scoperto appunto) rivestendo, in tal caso, la funzione di *remunerare la banca non per la disponibilità concessa per il tempo pattuito, ma per il capitale effettivamente erogato*, provocando in tal modo una *sovrapposizione* tra commissione di massimo scoperto e prestazione degli interessi, in quanto viene applicata la capitalizzazione trimestrale anche per la somma richiesta a titolo di c.m.s., la quale è stata (come si vedrà) anche richiesta su un conto chiuso.

Tutto ciò ha prodotto un progressivo "snaturamento" ed uso improprio della c.m.s., la quale non essendo più pretesa e calcolata sulle somme non utilizzate, *ha generato seri dubbi in ordine alla validità della stessa clausola che la prevede, sotto il profilo della carenza di causa.*

Orbene, nella fattispecie ora in esame la C.M.S. è stata applicata fintantoché il rapporto di conto corrente affidato è rimasto acceso; dal momento in cui è stato estinto ed il saldo girato a sofferenza la C.M.S. non è più stata applicata, come risulta dagli estratti conto prodotti (doc. 6).

Pertanto l'operato della Banca - sostiene la sua difesa - sarebbe conforme alla pronuncia della Cassazione (richiamata dall'opponente, n.11772/2002), "avendo la Suprema Corte affermato la legittimità della previsione della C.M.S. .. nella sentenza .. non ha affermato la nullità della clausola che prevede la C.M.S., non ne ha dichiarato il difetto di causa in quanto ulteriore aggravio degli interessi corrispettivi .. si legge che la Corte preferisce sposare la tesi che vede nella C.M.S. il corrispettivo per la messa a disposizione della somma affidata in scoperto di conto corrente ..".

In effetti i giudici di legittimità, affrontando il problema della determinazione del debito di un garante hanno esaminato, fra l'altro, la censura mossa dalla banca ricorrente ai giudici di appello, per avere escluso l'obbligo del garante di pagare, durante la mora successiva alla chiusura del conto, i diritti di

commissione sul massimo scoperto, chiesti nella misura dello 0,125% al trimestre, "avendo omesso di spiegare perché non sarebbe dovuta la c. d. provvigione di conto durante la mora, costituendo la medesima un corrispettivo autonomo rispetto agli interessi, che trova giustificazione nell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente una certa somma, tanto più proprio dopo la chiusura del conto, se la somma non viene restituita ..".

La S.C. ha deciso di respingere il <motivo> avverso il capo della sentenza di appello con il quale, appunto, la commissione sul massimo scoperto era stata riconosciuta soltanto fino alla data di efficacia della garanzia fideiussoria e senza capitalizzazione trimestrale, osservando: " .. ed infatti o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi - come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato - che solitamente è trimestrale - e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi passivi - ed è il caso di specie - o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo - ed è questa la tesi della ricorrente - come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia del primo ottobre 1996 e delle

successive rilevazioni del c. d. tasso di soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve esser computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge 7 marzo 1996 n. 108, *ed allora dovrebbe esser conteggiata alla chiusura definitiva del conto.* Nell'un caso e nell'altro non è comunque dovuta la capitalizzazione trimestrale perché, se la natura della commissione di massimo scoperto è assimilabile a quella degli interessi passivi, le clausole anatocistiche, pattuite nel regime anteriore all'entrata in vigore della legge 154-1992, sono nulle secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, come tra poco sarà evidenziato; se invece è un corrispettivo autonomo dagli interessi, non è ad esso estensibile la disciplina dell'anatocismo, prevista dall'art. 1283 cod. civ. espressamente per gli interessi scaduti. .." (cfr. CASS. Sez. III, 6 agosto 2002 n. 11772).

La difesa opposta reputa tale "presa di posizione" della S.C. come argomento a sostegno della legittimità, anche nel caso *de quo*, dell'applicazione della C.M.S. che trova, comunque, fonte nella libertà negoziale che consente alle parti di riconoscere la sussistenza di un servizio prestato da una parte all'altra e di convenirne un corrispettivo; trattandosi di un diritto diverso rispetto a quello dei frutti civili/interessi non vi è duplicazione di causa/funzione, concludendo che ".. la clausola che prevede la C.M.S. è pertanto valida ed efficace ed applicabile per l'intero

periodo 1996/2006: ex art. 117, c. 7 lett. b) Tub per il periodo 1996/2003; da contratto di apertura di credito per il periodo 2003/2006 ..".

Dopo avere riportato <passi> della motivazione si legge in conclusionale "... contrariamente a quanto asserito dall'opponente, pertanto, la C.M.S. ha una sua ragione giustificatrice distinta e autonoma rispetto a quella propria degli interessi; mentre gli interessi rappresentano il frutto del godimento di una somma determinata di denaro e matura in ragione del decorso del tempo, la C.M.S. rappresenta il corrispettivo di un servizio ovvero della disponibilità a prestare, in ogni momento, una qualsiasi somma di denaro ricompresa nell'importo massimo affidato. Si noti che è prevista anche una commissione per mancato utilizzo della linea di credito e una penale per lo sconfinamento .. Se l'affidamento viene utilizzato l'affidato acquisisce il godimento della somma di denaro fino ad allora solamente tenuta a disposizione, per tale effettivo godimento sono previsti gli interessi .. In sintesi, l'affidamento ha un costo, il prestito un altro distinto costo.

Diversamente il cliente chiederebbe un mutuo, un finanziamento (e pagherebbe gli interessi passivi su tutta la somma presa a prestito), non uno scoperto di conto corrente godendo della facoltà di usare solo la somma tempo per tempo a lui necessaria. E' questa 'duttilità' di utilizzo e corrispondente vincolo della Banca, che paga la C.M.S. .."; argomenti cui la difesa della Cassa

fa seguire la (corretta) distinzione fra la C.M.S. (che non matura giorno per giorno) e la natura e funzione degli interessi, cioè dei "frutti civili ex art. 820 cod. civ. che si ritraggono dalla cosa come corrispettivo del godimento che altri ne abbia; essi si acquistano giorno per giorno, in ragione della durata del diritto, ex art. 821 cod. civ." e la considerazione che la C.M.S. si fonda su un <bene> differente, in quanto quello per gli interessi "è la somma a debito, giorno per giorno, come indicato nel conto scalare per valuta; per la CMS, nella fattispecie in esame, la base di calcolo è costituita dalla somma di massimo scoperto trimestrale. La CMS è applicata una sola volta al trimestre ..".

Quanto sostenuto dalla difesa opposta è senz'altro corretto sul piano teorico, ma non scende a rilevare la <distorsione> nella pratica - già evidenziata nella cit.dottrina - della (correttamente enunciata) funzione economica della C.M.S. con le modalità di riscossione del corrispettivo in tesi legittimamente pattuito.

In altri termini, anche la S.C. nell'arresto n.11772/2002 dice di <preferire> quale definizione della C.M.S. quella propugnata dall'allora banca ricorrente, di "remunerazione dell'obbligo di tenere a disposizione dell'accreditato una determina somma per un determinato periodo di tempo, *indipendentemente dal suo utilizzo*", ma non prende spunto, in particolare da quest'ultimo inciso, per rilevare come, nella prassi, le modalità previste nei contratti con la clientela <affidata> determinano l'importo dovuto (riportato negli estratti conto anche del M██████) proprio sull'utilizzo

della somma a disposizione, non a prescindere da essa, tanto da calcolare la percentuale sul massimo scoperto di conto vale a dire per il capitale effettivamente erogato.

A ben guardare, i giudici di legittimità dovendo, in concreto decidere solo sulla correttezza dell'operato dei giudici di appello laddove avevano escluso l'obbligo del garante di pagare, durante la mora successiva alla chiusura del conto, i diritti di commissione sul massimo scoperto, pur avendo rilevato che, nel caso di specie era, in pratica, un accessorio che si aggiungeva agli interessi passivi, hanno finito con l'accedere alla tesi dell'allora ricorrente ribadendo che, in quanto "remunerazione dell'obbligo di tenere a disposizione dell'accreditato una determina somma" ciò era sufficiente per respingere al censura alla pronuncia d'appello, senza (potersi) porre la questione sulla legittimità per il periodo pregresso della C.M.S., essendo questione esulante dal motivo di ricorso.

In conseguenza resta attuale - e condiviso da chi giudica - l'assunto dei giudici di merito che hanno concluso per la nullità della clausola pattizia che prevede(va) la C.M.S. in termini analoghi a quelli del rapporto *de quo*.

"Sul piano economico la prima definizione che viene avanzata è quella, apparentemente plausibile, secondo cui tale commissione avrebbe carattere corrispettivo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente una certa somma per un certo lasso di tempo.

Delineata in questo modo, la commissione di massimo scoperto sembrerebbe atteggiarsi ad una sorta di corrispettivo preteso e, se del caso, dovuto per il semplice fatto che con la concessione dell'apertura di credito, indipendentemente dall'utilizzazione del credito, la banca tiene a disposizione del cliente una somma di danaro e quindi sopporta la diseconomia della indisponibilità della somma senza poter godere dell'utilità degli interessi che sarebbero dovuti in caso di effettivo utilizzo della linea di credito. Ma allora tale commissione meriterebbe l'opposto appellativo di commissione di affidamento e, come messo in luce dalla giurisprudenza (cfr. App. Lecce 27 giugno 2000), dovrebbe essere computata solo ed unicamente nel caso in cui il cliente non abbia mai utilizzato l'apertura di credito.

Poiché, tuttavia, ciò costituirebbe un chiaro disincentivo alla acquisizione di clienti, i quali eviterebbero di chiedere o mantenere una apertura di credito se sapessero che la sola presenza dell'affidamento conduce a dei costi, nella realtà le banche non prevedono una "commissione di affidamento", ma al contrario esigono una "commissione di massimo scoperto" nel momento in cui il cliente ha utilizzato l'apertura di credito e quindi quando, divenuto ormai debitore della banca, si trova nella impossibilità di poter rifiutare gli oneri conseguenti l'utilizzazione dell'apertura di credito stessa.

L'applicazione della commissione avviene dunque sull'importo dell'apertura di credito che è stata utilizzata, e cioè seguendo

criteri del tutto opposti a quelli che ci si sarebbe potuto attendere in base al contenuto della clausola.

Ma neanche questa applicazione si può dire uniforme e univoca.

Talora la banca la applica sul massimo saldo dare che si è verificato nel periodo preso in considerazione (e cioè il trimestre); talora la banca la applica sul "massimo saldo dare" che rientri in una ininterrotta situazione debitoria di durata superiore a 10 giorni. Mai comunque la banca ne enuncia il contenuto e l'ammontare in qualsivoglia parte del contratto, di guisa che il cliente non è in grado di calcolarla ex ante e neppure di ricostruirla ex post e si trova da essa onerato quale ulteriore voce di addebito che confluisce sul conto e si moltiplica ulteriormente per effetto dell'anatocismo trimestrale.

La nullità, rilevabile d'ufficio, di siffatta pretesa obbligatoria appare dunque di chiara evidenza: il supposto rapporto obbligatorio o patto contrattuale deve ritenersi, infatti, nullo per totale mancanza di una causa giustificatrice poiché la remunerazione della utilizzazione della somma messa a disposizione dalla banca consiste negli interessi corrispettivi e tali interessi dovranno essere calcolati, nella misura a titolo convenuta, sulla somma concretamente utilizzata e per tutto il periodo di tempo in cui la somma è stata utilizzata .." (cfr. Trib. Milano, 7 luglio 2002, *Soc. Revisione e altro c. Soc. Banca di Roma*).

In conclusione, dunque, la <nozione> della clausola che possa avere una sua plausibilità, si scontra nella pratica bancaria con una applicazione del tutto diversa, assolutamente non plausibile, separata da qualsiasi pattuizione, comunque assolutamente imprevedibile e non calcolabile dal cliente che in tal modo si trova onerato dalla unilaterale decisione della banca.

E' significativo, del resto, da un lato che la stessa difesa opposta, nello spiegare l'applicazione della C.M.S. tra l'altro scrive "... è evidente che la Banca 'spalma' sulla massa di denaro raccolto e investito il costo di tutte le operazioni e pertanto può convenientemente applicare la C.M.S. sul solo importo di fatto fruito in scoperto piuttosto che sull'intero importo affidato ed applicarla una tantum piuttosto che in ragione dell'intero periodo di durata dell'affidamento concesso ..", dall'altro che la stessa S.C. - nel più volte cit. arresto n.11772 - collega la legittimità della C.M.S. al fatto che *dovrebbe esser conteggiata solo alla chiusura definitiva del conto, in tal maniera spiegando quale avrebbe dovuto essere una <virtuosa> applicazione della commissione in oggetto, rispondente alla sua funzione economica.*

La clausola contenuta nel contratto sottoscritto il 28 agosto 2003 è dunque nulla e nulla va conteggiato a tale titolo a carico del M. [REDACTED].

Quest'ultimo lamenta, infine, che il tasso di interesse praticato supera la soglia del tasso di usura sull'assunto che lo scoperto sia

stato concesso ad una impresa e che pertanto la soglia di riferimento sia quella del credito alle imprese.

L'assunto è infondato

Il contratto di affidamento (doc. 4) risulta stipulato con la persona fisica M. S., sul contratto di concessione di scoperto di conto corrente non è riportata indicazione di alcuna impresa, di alcun genere; non si rinviene un numero di iscrizione alla CCIAA, REA, Registro Imprese, o partita iva, vi figurano solo i dati identificativi della persona fisica: luogo e data di nascita, codice fiscale, residenza.

La dicitura "GENERE DI ATTIVITA': impresa edile" riportata sullo *specimen* della firma del conto corrente non è riprodotta sul contratto.

Il significato che l'opponente intende attribuirle non è pertanto esatto ed errate sono altresì le conseguenze che ne trae.

Si noti, infine, che il signor M. era socio della società in nome collettivo "E. C. di M. S. e C." società titolare di un altro, distinto, conto corrente passivo; il pagamento del suo saldo è stato ingiunto (per complessivi € 277.752,20) con lo stesso decreto ingiuntivo oggetto della presente causa di opposizione e detto debito non è qui contestato. L'eccezione di superamento della soglia di usura secondo la tesi che occorre far riferimento al credito all'impresa in luogo di quello al consumo è pertanto infondata.

Come evidenziato dalla difesa opposta, inoltre, seguendo l'esempio formulato dall'opponente (a pag. 4 dell'atto di opposizione), va rilevato come per i "Conti correnti con apertura di credito superiore a € 5.000" è previsto uno specifico conteggio del TEG Legge n. 108/96, tasso che, per il IV trim. 1999 (lo stesso periodo utilizzato dall'opponente) è stato rilevato nella misura dell'8,93% che, aumentata della metà ex art. 2 L. n. 108/96 e quindi del 4,465%, porta alla percentuale del 13,395% superiore al 13,30% contestato dall'opponente.

I tassi applicati al conto corrente dell'opponente sono, comunque, sempre stati inferiori a quelli definiti usurari.

Il giudizio dovrà proseguire come da separata ordinanza, dovendosi rideterminare l'importo dell'effettivo credito esistente in capo alla banca ingiungente dopo averlo depurato di qualsivoglia capitalizzazione degli interessi convenzionali e della C.M.S., mentre è tardivo il capo di domanda in via riconvenzionale avente ad oggetto la condanna della banca alla restituzione delle somme (asseritamente) indebitamente percepite, trattandosi di istanza che ben poteva (e doveva) essere proposta con la citazione introduttiva.

La disciplina delle spese va riservata alla pronuncia definitiva.

P. Q. M.

non definitivamente pronunciando, ogni diversa od ulteriore istanza, eccezione o deduzione disattesa sui punti affrontati, così provvede:

- a) accoglie, per quanto di ragione la opposizione e, per l'effetto, revoca il decreto ingiuntivo opposto nella parte in cui addebita a M. S. l'esposizione debitoria per nominali € 21.335,25 infine confluita nel conto sofferenza n. [REDACTED];
- b) dichiara inammissibile la domanda di condanna della banca alla restituzione delle somme che avrebbe indebitamente percepito;
- c) dispone per la prosecuzione del giudizio come da separata ordinanza;
- d) disciplina delle spese al definitivo.

Parma, il 17 marzo 2010.

IL GIUDICE
 De Nicola Sinisi

Tribunale di Parma
 Deposito in Cancelleria
 il 23 MAR. 2010
 Il Cancelliere
 Annamaria Rocchini

ESATTI DIRITTI DI
 O COPIA
 O CERTIFICATO
 CON MARCHE DA
 BOLLO € 10,00
 PARMA 17 MAR 2010
 FIRMA