



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA
SEZIONE XVI CIVILE

Il Tribunale, in persona del Giudice Unico, dott. Paolo Goggi, ha emesso la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile di I grado iscritta al n. 4296 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2016, trattenuta in decisione all'udienza del 30.3.2021 e vertente

T R A

in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante p.t. Renato, rappresentata e difesa dall'Avv. Giampaolo Morini ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Viareggio, Via Trento n. 4, giusta procura allegata all'atto di citazione

attrice

E

UNICREDIT S.p.A. in persona del legale rappresentante p.t. dott. Roberto Nicastro, rappresentata e difesa dall'

, giusta procura

generale alle liti in atti

convenuta

OGGETTO: contratti bancari.

CONCLUSIONI

All'udienza di precisazione delle conclusioni del 30.3.2021, svoltasi secondo le modalità della c.d. trattazione cartolare, le parti concludevano come da note scritte depositate (e da intendersi qui integralmente richiamate) e la causa veniva trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini *ex art.* 190 c.p.c.

PREMESSO IN FATTO CHE:

Con atto di citazione, ritualmente notificato, l'attrice indicata in epigrafe conveniva in giudizio la Unicredit S.p.A., esponendo che:

- tra la società _____ e la Unicredit S.p.A. era intercorso il rapporto di conto corrente ordinario n. 3800899 (già n. 43117712), su cui erano confluite, nel tempo, diverse aperture di credito, nonché i rapporti di conto corrente s.b.f. n. 210490606, n. 125464446 e n. 191682407;

-il contratto di conto corrente ed i conti accessori erano stati stipulati, non in forma scritta, nel 1989, a differenza delle successive aperture di credito dal 6.3.2009 in poi;

- in ogni caso, vi era stata da parte della Banca l'applicazione, al rapporto di conto corrente in questione, di interessi illegittimi, perché usurari e anatocistici, di commissioni di massimo scoperto nulle e di altre illegittime voci di costo;

- la Banca aveva altresì illegittimamente esercitato, nel corso del rapporto, lo *ius variandi*;

- anche sulla scorta di apposita perizia econometrica, fatta espletare dall'attrice, era quindi emerso che: con riferimento al rapporto di conto corrente, depurando il saldo debitore da tutti gli addebiti illegittimi, risultava un saldo a credito di € 326.726,29.

Sulla scorta di tale ricostruzione in fatto, l'attrice rassegnava le seguenti conclusioni: "(...) 1. accertare e dichiarare la mancata pattuizione per scritto del tasso di interesse passivo in violazione dell'art. 1284 c.c. e conseguentemente dichiarare dovuto il solo tasso legale; 2. accertare e dichiarare non dovute le spese tenuta conto, commissioni di massimo scoperto costo operazione e giorni valuta poiché non pattuiti; 3. Accertare e dichiarare la nullità e l'inefficacia, dell'anatocismo derivante, dalle operazioni di sconto e anticipazione salvo buon fine –anticipo credito all'esportazione ex art. 1283, 4. Accertare e dichiarare la nullità e l'inefficacia, della clausola anatocistica su tutti i rapporti intercorsi dal 1.01.2014, ex 147 del 27 dicembre 2013 commi 629 e 749 ; 5. Accertare e dichiarare la nullità e l'inefficacia, della commissione istruttoria veloce, corrispettivo per di disponibilità creditizia, indennità di sconfinamento spese invio estratti conto, spese fisse di chiusura periodica, spese fisse chiusura a debito, spese gestione amministrativa fido; 5.1 in subordinata ipotesi, in relazione a corrispettivo per di disponibilità creditizia, indennità di sconfinamento dichiarare nulla e inefficace l'applicazione oltre i limiti pattuiti; 6. Accertare e

dichiarare la non debenza, ovvero l'inefficacia di ogni e qualsivoglia pretesa della convenuta banca per interessi, spese, commissioni e competenze nei trimestri in cui è stato superato il tasso soglia di usura espungendo degli interessi, spese, commissioni e oneri per il periodo trimestrale di riferimento ed applicando il tasso legale ex art. 1284 c.c.; in via subordinata, applicare l'art. 117, comma VII, TUB; 7. accertare e dichiarare l'inefficacia delle variazioni unilaterali delle condizioni contrattuali nonché l'introduzione di nuove clausole ex artt. 117 e 118 TUB, dichiarando dovute solo le condizioni più favorevoli al correntista; 8. accertare e dichiarare la nullità e l'inefficacia delle clausole relative alla capitalizzazione degli interessi per violazione dei principi comunitari di trasparenza proporzionalità e non discriminazione in virtù dell'art. 10 della Cost e art 6 Trattato di Amsterdam, dell'art. art. 1 bis Tue e dell'art. 85 n. 1 TUE in disapplicazione degli artt. 25 comma 2 Dlgs 342/99 e della delibera Cicr 9.2.00; 9. per le ragioni di cui ai punti precedenti condannare la banca alla restituzione / riaccredito della somma di € 326.726,29 o nella maggiore o minore somma che risulterà dalla CTU all'uopo nominata. 10. Condannare, inoltre, la banca convenuta al risarcimento dei danni patiti da parte attrice per la mancata disponibilità delle somme imputate ad interessi, spese, commissioni ed oneri da quantificarsi nella misura dei tassi di rendimento dei BOT; 11. accertare, accolte le su estese istanza, a mezzo Consulente Tecnico d'ufficio all'uopo nominato e dichiarare, per l'effetto, l'esatto dare-avere tra le parti; 12. In ogni caso con vittoria si spese, competenze ed onorari del presente giudizio. (...)"

Si costituiva in giudizio la Unicredit S.p.A., la quale eccepiva preliminarmente l'improcedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5 co. 1 bis del citato D.Lgs. 28/2010 e l'estinzione parziale, per intervenuta prescrizione, del diritto alla ripetizione delle somme versate dall'attrice.

Nel merito, la Unicredit S.p.A. deduceva il mancato assolvimento dell'onere della prova in capo all'attrice che agiva in ripetizione di indebito. Chiedeva, pertanto, il rigetto di tutte le domande attoree. Deduceva, altresì, che: successivamente al 2000 la capitalizzazione degli interessi era consentita in conformità con la delibera CICR; dovevano essere applicati gli interessi convenzionali, le commissioni di massimo scoperto e le variazioni contrattuali consentite, in quanto oggetto di comunicazioni periodiche negli estratti conto regolarmente inviati alla correntista e mai contestati; solo in subordine dovevano applicarsi gli interessi sostitutivi di cui all'art. 117 TUB.

OSSERVA IN DIRITTO

Giova premettere, ai fini della delimitazione del *thema decidendum*, che l'attrice ha instaurato il presente giudizio proponendo domanda di accertamento dell'applicazione, da parte della Banca convenuta, di competenze e interessi illegittimi al rapporto di conto corrente n. 3800899 - di cui è titolare – al fine di vedersi riconosciuto un saldo a credito per la somma di € 326.726,29; nonché domanda di condanna dell'istituto di credito, ai sensi dell'art. 2033 c.c., alla restituzione di detto importo, oltre al risarcimento dei danni patiti per la mancata disponibilità delle somme imputate ad interessi, spese, commissioni ed oneri indebitamente versati.

Per contro, la Banca convenuta ha eccepito, in rito, la improcedibilità delle domande per mancato esperimento della procedura di mediazione, la prescrizione del diritto dell'attrice alla ripetizione delle somme versate e, nel merito, il mancato assolvimento da parte dell'attrice all'onere probatorio sulla medesima gravante, oltre che l'infondatezza delle censure.

In via preliminare, superata l'eccezione di improcedibilità del giudizio sollevata dalla banca, a seguito del tentativo di mediazione esperito dalla parte attrice, senza esito positivo, deve essere rilevata – essendo questione connessa all'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca convenuta e facendo dunque parte, *naturaliter*, del *thema decidendum* - l'inammissibilità della domanda di ripetizione d'indebito ex art. 2033 c.c. proposta da parte attrice, in ragione del fatto che il rapporto di conto corrente n. 3800899, acceso in data 31.03.1989 è ancora in essere alla data di notifica della citazione (nel dicembre 2015).

Ed invero, parte attrice, oltre a non aver depositato il contratto di conto corrente (cosicché la data di apertura può collocarsi al 31.03.1989 solo per effetto della mancata contestazione dell'allegazione da parte della Banca), non ha mai dedotto che il conto corrente in questione si è chiuso in epoca antecedente alla pendenza della lite, né tantomeno ha depositato documentazione da cui risulta l'intervenuta chiusura, anche in un momento successivo, del conto corrente.

Sul punto, anche il ctu, nel proprio elaborato, tra la documentazione esaminata, ha riportato il contratto di conto corrente denominato “flat sme ordinario clientela” sottoscritto dalle parti in data 01/10/2014 e non ha evidenziato che il rapporto dedotto in giudizio sia stato chiuso al momento dell'instaurazione del giudizio.

Ciò comporta che il Tribunale debba limitare la propria cognizione alla sola rideterminazione del saldo del conto, non potendosi ammettere una pronuncia ai sensi dell'art. 2033 c.c. nei confronti della Banca in costanza di rapporto con il correntista. È Infatti pacifico in giurisprudenza il principio secondo cui finché il conto corrente non è chiuso, l'eventualmente importo a credito del cliente non forma oggetto di un suo diritto credito.

Di converso, è senza dubbio ammissibile e procedibile, anche quando il rapporto di conto corrente è ancora in essere, la domanda di mero accertamento proposta dal correntista, finalizzata ad ottenere la declaratoria di nullità di clausole contrattuali illegittime e il conseguente ricalcolo del saldo del conto.

Ebbene, appare preliminarmente opportuno evidenziare alcuni fondamentali principi sulla ripartizione dell'onere della prova in fattispecie quali quella per cui è causa.

Ed invero, non sembra superfluo ricordare che, nei giudizi promossi dal “cliente”–correntista per far valere la nullità di clausole contrattuali o l'illegittimità degli addebiti in conto corrente, in vista della ripetizione di somme richieste dalla Banca in applicazione delle clausole nulle o, comunque, in forza di prassi illegittime, grava senz'altro sulla parte attrice innanzitutto l'onere di allegare in maniera specifica i fatti posti alla base della domanda e, in secondo luogo, l'onere di fornire la relativa prova.

Infatti, in ossequio alle regole generali in tema di onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., in caso di ripetizione di indebito incombe all'attore fornire la prova non solo dell'avvenuto pagamento ma anche della mancanza di *causa debendi* ovvero del successivo venir meno di questa (cfr. *ex multis* Cass. Sez. 3, Sentenza n. 7501 del 14/05/2012, Rv. 622359 – 01, secondo cui “*Chi allega di avere effettuato un pagamento dovuto solo in parte, e proponga nei confronti dell'“accipiens” l'azione di indebito oggettivo per la somma pagata in eccedenza, ha l'onere di provare l'inesistenza di una causa giustificativa del pagamento per la parte che si assume non dovuta*”).

Pertanto, il correntista che intenda far valere il carattere indebito di talune poste passive –assumendo che le stesse siano il portato dell'applicazione di interessi usurari o di clausole imposte unilateralmente dalla Banca a seguito di illegittimo esercizio di *ius variandi*, ovvero dell'addebito di spese, commissioni o altre “voci” non dovute– ha lo specifico onere di produrre non solo il contratto costituente il titolo del rapporto dedotto in lite, ma anche gli estratti conto periodici dalla data di avvio del rapporto.

Ne consegue che, nel caso di specie, la parte attrice è, innanzitutto, gravata dell'onere di provare il contenuto delle clausole contrattuali asseritamente "nulle", nonché l'avvenuto pagamento di somme indebite. Peraltro, la Suprema Corte ha avuto modo di evidenziare che l'onere della prova grava sul correntista attore non solo allorché lo stesso agisca per ottenere la ripetizione di somme indebitamente pretese dalla Banca, ma anche nel caso in cui il medesimo correntista promuova mera azione di accertamento negativo.

E così, di recente, la Corte di Cassazione –in fattispecie analoga a quella in esame- ha argomentato come segue: *“Va premesso che la giurisprudenza di questa Corte ha costantemente ritenuto che qualora l’attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto e quest’ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria ma proponga domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, ambedue le parti hanno l’onere di provare le rispettive contrapposte pretese. [...] In tal senso è stato altresì ritenuto che l’onere probatorio gravante, a norma dell’art. 2697 cod. civ., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l’estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto “fatti negativi”, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo. [...] In particolare, la stessa non va in senso difforme da quanto ritenuto proprio in tema di interessi anatocistici da questa Corte laddove ha affermato che nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la banca deve dimostrare l’entità del proprio credito mediante la produzione degli estratti conto a partire dall’apertura del conto e cioè dal saldo zero. Tale principio è stato affermato nella fattispecie inversa a quella in esame in cui era la banca ad avere agito tramite decreto ingiuntivo per ottenere il pagamento dello scoperto di conto, mentre nel caso di specie si verte in tema di accertamento negativo proposto dai correntisti al quale quindi si applica un diverso onere probatorio. Dunque, nel caso di specie il principio applicabile è che chi esperisce una azione di accertamento negativo deve fornire la prova della fondatezza della propria domanda. [...] Le stesse (n.d.r. correntiste ricorrenti), nell’affermare un dovere di rilevamento d’ufficio da parte del giudice di nullità afferenti alle clausole contrattuali,*

confondono tale potere con quello istruttorio e con l'onere della prova in ordine ai rapporti di dare ed avere intercorsi tra le parti. Il giudice può infatti accertare d'ufficio una nullità inerente al contratto sulla base della documentazione e delle risultanze istruttorie fornite dalla parte cui incombeva il detto onere o comunque presenti in atti, ma non può esercitare d'ufficio attività istruttorie sopperendo al mancato assolvimento dell'onere relativo che è in capo ad una delle parti in relazione ai rapporti intercorsi con la controparte" (Cass. civ. sez. I, 7 maggio 2015, n. 9201).

Né, in senso contrario, potrebbe invocarsi una qualche difficoltà del correntista di disporre della documentazione relativa ai contratti sottoscritti e, in particolare, alle movimentazioni ed annotazioni effettuate in conto corrente. Ed infatti, il titolare di un rapporto di conto corrente, quale parte contraente, non può non avere la disponibilità del documento contrattuale, anche alla luce delle previsioni di cui all'art. 117 TUB; inoltre, la disciplina di settore contempla il diritto del medesimo correntista di ricevere periodicamente gli estratti riportanti tutte le annotazioni eseguite in conto corrente nel periodo di riferimento e le condizioni in concreto applicate.

Ad ogni buon conto, non può non rammentarsi che, proprio con riferimento ai rapporti bancari, il legislatore accorda al "cliente" un utile strumento per ottenere dalla banca la documentazione relativa ai rapporti intrattenuti ed alle operazioni poste in essere.

Invero, già nell'art. 8 della legge n. 154 del 17 febbraio 1992 (Norme sulla Trasparenza bancaria), al comma quarto, era espressamente previsto il diritto del cliente di ottenere dalla banca copia della documentazione di ogni singola operazione posta in essere in relazione a determinati contratti bancari, quali quello di deposito e di conto corrente. In particolare, la disposizione citata così recitava: *"Il cliente ha diritto di ottenere, entro un congruo termine, e comunque non oltre sessanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere a partire dal quinto anno precedente nell'ambito di rapporti di deposito o conto corrente, con facoltà per gli enti e i soggetti di cui all'art. 2 di ottenere il rimborso delle spese"*.

Una maggiore tutela è stata, poi, contemplata dall'art. 119, ultimo comma, del D.Lgs. n. 385/1993 (Testo Unico Bancario) che, nel testo vigente, prevede in particolare quanto segue: *"Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno il diritto di ottenere, a proprie*

spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni”.

Con la disposizione da ultimo citata – nel testo modificato dall’art. 24 del D.Lgs. 4 agosto 1999 n. 342- il diritto, già riconosciuto espressamente dalla Legge sulla trasparenza bancaria, è stato notevolmente ampliato, a) con la previsione della facoltà di richiedere la documentazione inerente a qualsiasi contratto perfezionato; b) con l’ulteriore previsione per cui il “cliente” o i suoi aventi causa hanno il diritto di chiedere la documentazione delle operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni e non più soltanto di quelle degli ultimi cinque anni. A fronte di ciò, è stato ampliato e fissato in novanta giorni – e non più in sessanta – il termine entro il quale la banca deve evadere la richiesta di consegna della documentazione.

In un contesto di tal tipo, il “cliente-attore”, avendo uno specifico strumento per procurarsi la documentazione relativa alle operazioni poste in essere nell’ambito dei rapporti intrattenuti con la banca, in tanto può avvalersi del rimedio di cui all’art. 210 c.p.c., in quanto deduca e dimostri di essersi tempestivamente attivato per ottenere, ex art. 119 TUB, la consegna della documentazione bancaria necessaria per gli accertamenti richiesti e di non aver ottenuto fattivo riscontro.

Tanto premesso, occorre innanzitutto esaminare la questione, prospettata da parte attrice e che riveste carattere preliminare, concernente l’asserita violazione dell’art. 1284 c.c., non essendovi alcuna pattuizione scritta, sino al 2009, con riferimento all’applicazione del tasso di interesse ultralegale, relativamente al contratto di conto corrente n. 3800899, e dei successivi affidamenti intercorsi tra la

è l’Unicredit S.p.A.

Nella prospettiva della società correntista, ciò avrebbe comportato la nullità del contratto, per violazione degli artt. 3 e 4 della legge 154/92 e, a seguito dell’entrata in vigore del testo unico bancario (1.01.1994), atteso il mancato adeguamento del contratto, per violazione dell’art. 117 TUB, che prescrive l’obbligo di forma scritta *ad substantiam* per i contratti bancari. Nel caso di specie, invece, tale requisito non sarebbe stato osservato, il che è dimostrato dalla mancanza del documento contrattuale, che infatti la società attrice non avrebbe potuto produrre in giudizio.

Sul punto, occorre osservare che, nel regime preesistente rispetto all’entrata in vigore della legislazione speciale in materia di contratti bancari, ispirata ad una *ratio* di tutela del correntista (considerato contraente debole), ossia prima dell’emanazione della

L. n. 152/1992 e, soprattutto, del c.d. T.U.B. (d.lgs. 385/1993), non era previsto alcun obbligo di stipulazione in forma scritta dei contratti bancari. Conseguentemente, risalendo il conto corrente in questione addirittura al 31.3.1989 (secondo le allegazioni dell'attrice, non contestate dalla convenuta), non sussisteva alcun obbligo di stipularlo per iscritto a pena di nullità, non potendosi peraltro ritenere che le citate norme di diritto sostanziale, successivamente introdotte, esplichino efficacia retroattiva (*cf.* sul punto Cass. 85/2003; n. 3842/1996; n. 2752/1995, n. 17090/2008; n. 2915/1992; nonché Corte d'Appello Torino, n. 902 del 3.5.2013; Corte d'Appello Bari, n. 1462 del 3.8.2020).

Sono stati poi depositati in atti (da parte della correntista) estratti conto a decorrere dal primo trimestre 1989, mentre il primo contratto stipulato in forma scritta tra le parti pare essere un contratto di apertura di credito in conto corrente del 06/03/2009 (prodotto in giudizio dalla Banca).

Ciò posto e fatta salva la ripartizione, tra le parti, dell'onere probatorio, nei termini sopra evidenziati, nel caso, come quello in esame, di azione di accertamento negativo del credito e di ripetizione di indebito, occorre osservare che, sotto il profilo allegativo, la Banca convenuta non ha contestato l'esistenza di un rapporto contrattuale di conto corrente con la società attrice a decorrere dal 1989, sia pure in forma non scritta, tant'è che nella comparsa di risposta ha specificamente rimarcato che "anche a voler concedere valenza al rilievo in ordine alla mancata sottoscrizione dei contratti, *ex adverso* si ammette che la circostanza dedotta nell'atto introduttivo non sarebbe *contra legem*, proprio perché la conclusione dei contratti è antecedente alla normativa sulla trasparenza".

Per l'effetto, indipendentemente dalla questione della mancata formulazione preliminare da parte dell'attrice, nei confronti della convenuta, di un'istanza ex art. 117 e/o 119 TUB, per ottenere copia della documentazione contrattuale e/o contabile relativa al contratto di conto corrente in esame, la circostanza della sua non controversa inesistenza in forma scritta priva di qualsiasi rilevanza la questione dell'omesso assolvimento da parte della correntista all'onere probatorio sulla medesima gravante di produrre in giudizio il documento, non esigibile, ponendosi soltanto quella del regime giuridico applicabile in tale evenienza.

L'art. 117, commi 1 e 3, TUB - e, prima della sua entrata in vigore, la L. n. 154/1992 - stabilisce che i contratti sono redatti per iscritto ed un esemplare è

consegnato al cliente e che, nel caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

Il successivo art. 127 precisa che le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice. Analoga disposizione è contenuta nell'art. 23 TUF, con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria, anche se manca il riferimento al rilievo d'ufficio del giudice.

È evidente, quindi, che la forma scritta può dirsi carente quando manchi totalmente un documento contrattuale di apertura del rapporto, ovvero quando esso –pur presente– non sia sottoscritto da nessuna delle parti contraenti.

Qualora manchi un valido contratto scritto di apertura del rapporto, si pone il problema di quali siano le conseguenze, con particolare riferimento al rapporto di conto corrente.

Ci si è chiesti, in particolare, se in tal caso possa trovare applicazione il tasso sostitutivo previsto dall'art. 117 TUB.

Orbene, l'art. 117 TUB (dopo aver stabilito –ai commi 1 e 3– che i contratti sono redatti per iscritto e che, nel caso di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo), al comma 4 prevede che “i contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora”.

Poi, il successivo comma 7 stabilisce che “in caso di inosservanza del comma 4 ... si applicano a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari ...”.

Sicché, nella ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 117 TUB (inosservanza della forma scritta per il contratto con conseguente nullità totale del rapporto) non è previsto alcun tasso sostitutivo, che invece può trovare applicazione solo nella ipotesi di inosservanza del comma 4, come espressamente previsto. Del resto, il comma 7 dell'art. 117 TUB prevede una ipotesi di automatica sostituzione di clausola nulla a seguito della mancata indicazione del tasso di interesse: automatica sostituzione che presuppone, comunque, che un contratto, redatto per iscritto, vi sia.

Pertanto, nel caso di valida pattuizione di un contratto in forma non scritta, in quanto stipulato in data precedente all'entrata in vigore della normativa sulla trasparenza bancaria, fatta salva l'applicazione, per il periodo precedente al 09/07/1992 (entrata in

vigore L. 154/92), del tasso di interesse legale, qualora quello pattuito verbalmente sia superiore alla misura legale e, quindi, in violazione dell'art. 1284 c.c., per il periodo successivo non potrà che applicarsi l'art. 117 comma 3 TUB, in difetto di forma scritta del contratto nella sua interezza, con conseguente applicazione degli interessi legali e non dei tassi sostitutivi di cui ai commi 4 e 7.

Ed essendo il conto corrente un rapporto di durata, nell'ambito del quale le parti annotano sul conto reciproche rimesse tra le quali opera la compensazione, si è reso necessario (mediante una ctu) ricostruire l'intera movimentazione del conto e ricalcolare il saldo finale, espungendo tutti gli addebiti e tutti gli accrediti effettuati a titolo di interessi, spese, commissioni, capitalizzazione e calcolando sulle somme sia a credito sia a debito i soli interessi al tasso legale dalla data di inizio del rapporto sino al 09/07/1992, quindi, sempre il tasso legale per il periodo successivo sino alla data di stipula della prima apertura di credito in forma scritta del 6.3.2009, in cui sono stati pattuiti espressamente i tassi di interesse, con conseguente applicazione di tali tassi convenzionali per il periodo successivo.

Per tali ragioni, il Tribunale ha disposto CTU contabile, al fine di ricostruire, sulla base degli estratti conto disponibili (tutti a partire dal 1989, con eccezione degli estratti analitici dal I trim. 1992 al IV trim. 1993, dall'01/04/1997 al 14/04/1997, dal 13/08/2002 al 31/08/2002 e del III trim. 2009, la cui mancanza però, per il II trim. 1997, il III trim. 2002 ed il III trim. 2009, è stata agevolmente colmata dal consulente mediante l'utilizzo dei riassunti scalari disponibili, che riportano l'aggregazione giornaliera per valuta dei movimenti), l'intera movimentazione del conto e ricalcolare il saldo finale.

Ed invero, sul punto si osserva che, come la giurisprudenza di legittimità ha più volte precisato, la mancanza di una parte degli estratti conto o, addirittura, del documento contrattuale non è automaticamente preclusiva di un approfondimento istruttorio, tramite consulenza tecnica, delle allegazioni attoree. La ctu, infatti, può essere disposta anche quando la serie di estratti conto prodotta in giudizio non sia quella relativa a tutte le movimentazioni in conto corrente, dall'apertura di quest'ultimo, purché si tratti di serie tendenzialmente continue, suscettibili di dar luogo ad una ricostruzione attendibile del rapporto. Ciò in quanto gli estratti non costituiscono "prova esclusiva" dell'andamento del rapporto negoziale. Ne consegue che il giudice è tenuto a valutare se, alla luce di tutto il compendio probatorio in atti, sia comunque possibile ricostruire, in modo attendibile, i rapporti di dare e avere fra le parti, ad esempio

valorizzando altre prove documentali oppure il comportamento processuale delle parti (cfr. Cass., Sez. 1, Ordinanza n. 9526 del 04/04/2019, secondo cui: *“Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta esclusa la validità di talune pattuizioni relative agli interessi a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso la produzione in giudizio dei relativi estratti a partire dalla data della sua apertura; non trattandosi tuttavia di prova legale esclusiva, all'individuazione del saldo finale possono concorrere anche altre prove documentali, nonché gli argomenti di prova desunti dalla condotta processuale tenuta del medesimo correntista*).

Sulla scorta di tali principi, nel caso di specie, la mancanza di taluni documenti relativi al rapporto contrattuale non si è ritenuta ostativa all'espletamento di ctu contabile; d'altronde, la correttezza di tale valutazione discende dal fatto che il consulente non ha evidenziato al Giudice difficoltà di sorta nel procedere ad un accertamento comunque dotato di piena attendibilità scientifica.

Inoltre, si è chiesto al CTU (con l'ordinanza istruttoria del 4.4.2017), stante l'eccezione di prescrizione correttamente e tempestivamente proposta dalla Banca convenuta, di considerare come irripetibili tutte le rimesse solutorie sul conto fino al 17.12.2005.

Poi, a partire dal primo estratto conto successivo alla data di stipulazione del contratto in forma scritta, si è chiesto al ctu di applicare le condizioni contrattualmente pattuite seguendo le indicazioni dei quesiti specificamente posti al riguardo.

In particolare, come si vedrà, è stato chiesto al CTU di procedere all'espunzione degli interessi e delle altre voci di costo applicati in modo illegittimo dalla Banca, per tutto il periodo successivo al 6.3.2009, in relazione al quale vi era disponibilità della documentazione necessaria ad effettuare l'accertamento (contratti ed estratti conto) e non si è ancora estinto per prescrizione il diritto di parte attrice ad agire in ripetizione ex art. 2033 c.c.

Ciò posto, con riferimento al rapporto di conto corrente dedotto in giudizio, il ctu ha preliminarmente rilevato che: 1) la documentazione in atti concerne n. 4 rapporti di conto corrente intrattenuti dalla società _____ con la Unicredit. S.p.A.. In particolare, è stato esaminato il conto ordinario n. 3800899 e i conti accessori n. 210490606, n. 125464446 e n. 191682407. In relazione al rapporto di conto corrente n. 210490606 la documentazione contabile copre il periodo compreso tra

il I trim. 1994, primo estratto conto disponibile, e il III trim. 2001, data dell'ultimo estratto conto disponibile. In relazione al rapporto di conto corrente n. 125464446 la documentazione contabile copre il periodo compreso tra il I trim. 1991, primo estratto conto disponibile, ed il II trim. 2001, data dell'ultimo estratto conto disponibile. In relazione al rapporto di conto corrente n. 191682407 la documentazione contabile copre il periodo compreso tra il III trim. 1991, primo estratto conto disponibile, ed il 09/12/1996, data di estinzione del rapporto di conto. Per i conti accessori in oggetto non si dispone di alcun documento contrattuale attestante la pattuizione delle condizioni economiche; 2) In relazione al rapporto di conto corrente ordinario n. 3800899 (già 43117712) la documentazione contabile copre il periodo compreso tra il I trim. 1989, primo estratto conto disponibile, e il III trim. 2014, ultimo estratto conto disponibile; 3) per il menzionato rapporto di conto risulta disponibile la seguente documentazione contrattuale: a) contratto di conto corrente denominato "flat sme ordinario clientela" sottoscritto dalle parti in data 01/10/2014 (all. 2 della memoria ex art. 183, IV co. n. 2 c.p.c. della banca). Il documento in parola, oltre a riportare la periodicità di capitalizzazione degli interessi creditori e debitori (trimestrale), riporta la pattuizione del "tasso creditore nominale ed effettivo" (entrambi pari allo 0,01%), del "tasso debitore annuo sulle somme utilizzate" nominale ed effettivo per gli "sconfinamenti in assenza di fido" (pari al 16,9% e al 18,00152% per utilizzi fino ad € 5.000 e pari al 15,4% e al 16,31239% per utilizzi superiori ad € 5.000), delle modalità di calcolo della "commissione di istruttoria veloce", nonché delle spese e delle condizioni di valuta applicate al rapporto di conto. Risulta specificamente sottoscritta la clausola relativa alla capitalizzazione degli interessi e alla facoltà dello *ius variandi* da parte della banca; b) lettere di concessione di fido valido sino a revoca, di cui parte della somma utilizzabile sotto forma di "apertura di credito in conto corrente usufruibile per elasticità di cassa" ed in parte sotto forma di "apertura di credito in conto corrente usufruibile esclusivamente in proporzione all'importo dei crediti su effetti, ricevute bancarie, titoli e documenti similari presentati allo sconto o al s.b.f.", sottoscritte dalle parti nelle date 06/03/2009, 01/08/2011, 15/11/2012, 10/04/2013.

Il CTU, peraltro, in conformità con il quesito formulato con riguardo alla prescrizione, ha correttamente operato il ricalcolo unicamente in relazione al decennio antecedente alla notifica dell'atto di citazione (17 dicembre 2015) e, quindi, al periodo che va dal 17 dicembre 2005 e sino all'ultimo estratto conto disponibile, relativo al III

trimestre 2014, mentre, per il periodo precedente, limitatamente alle rimesse non solutorie che non sono prescritte.

Risulta, infatti, correttamente formulata ed altresì fondata, nel merito, l'eccezione di parziale prescrizione delle rimesse sollevata dalla Banca convenuta.

Sul punto, giova evidenziare che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, componendo un precedente contrasto, hanno affermato il seguente principio di diritto: *«l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da un apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, e la dichiarazione di volerne profittare, senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie»* (Cass., sez. un., 13 giugno 2019, n. 15895; ma già Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372 secondo la quale alla banca che ha eccepito nel giudizio di ripetizione dell'indebito promosso dal correntista la prescrizione delle rimesse effettuate sul conto, non incombe l'onere di provarne la natura solutoria, né di allegazione specifica delle stesse. La distinzione concettuale tra versamenti solutori e ripristinatori impone al giudice di selezionare, anche tramite l'ausilio di consulenza tecnica contabile, le rimesse che assumono concreta rilevanza ai fini della ripetizione dell'indebito e della prescrizione).

Ciò posto, in giurisprudenza è stato correttamente affermato che l'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizionale del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del *solvens* con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'*accipiens* (così, Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418).

Sicchè, con riferimento alla fattispecie in esame, il diritto di ripetizione soggiace al termine di prescrizione decennale e decorre dai singoli pagamenti indebiti e cioè dalle singole rimesse solutorie, mentre la rimessa ripristinatoria non è un vero e proprio pagamento in quanto non soddisfa il creditore ma amplia (o ripristina) la facoltà d'indebitamento del correntista.

In altre parole, solo ove – sulla base degli accertamenti contabili – si ravvisi un pagamento (rimessa) avente natura solutoria potrà affermarsi che la prescrizione decennale del diritto alla restituzione decorre (non già dalla chiusura del rapporto, ma) dalla data in cui quel pagamento (rimessa) è stato eseguito.

In particolare, a fronte della comprovata esistenza di un contratto di conto corrente assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti emerge dagli estratti conto che il correntista, attore nell'azione di ripetizione, ha l'onere di produrre in giudizio. La prova degli elementi utili ai fini dell'applicazione dell'eccepita prescrizione è, dunque, nella disponibilità del giudice che deve decidere la questione: perlomeno lo è ove il correntista assolva al proprio onere probatorio; se ciò non accada il problema non dovrebbe nemmeno porsi, visto che mancherebbe la prova del fatto costitutivo del diritto azionato, onde la domanda attrice andrebbe respinta senza necessità di prendere in esame l'eccezione di prescrizione (Cass., 22 febbraio 2018, n. 4372, cit.).

Alla luce del suindicato orientamento, era stato specificamente chiesto al CTU di eliminare solo le poste illegittimamente addebitate entro il decennio antecedente alla data del primo atto interruttivo, non essendo prescritto il diritto alla restituzione; mentre quelli oltre il decennio, che siano stati corrisposti dal correntista attraverso rimesse solutorie, rimangono versamenti intangibili.

Conformemente ai principi enunciati ed in risposta al quesito formulato, l'ausiliare ha quindi provveduto ad individuare, per il periodo precedente il 17/12/2005, *dies a quo* prescrizione, le rimesse solutorie: per il periodo precedente l'ultimo decennio, tutte le competenze eventualmente coperte da rimesse solutorie devono essere considerate non più ripetibili in quanto prescritte; per il periodo successivo, invece, risultano ripetibili tutti i pagamenti delle competenze illegittimamente addebitate in conto.

L'analisi delle rimesse è stata condotta attribuendo natura solutoria alle sole rimesse intervenute con saldo passivo scoperto o extrafido: le rimesse affluite in conto in assenza o in eccedenza rispetto all'affidamento esistente, aventi quindi natura

solutoria, sono state imputate prioritariamente a pagamento delle competenze precedentemente addebitate dalla Banca.

Per l'analisi sono stati considerati, in applicazione delle specifiche richieste del quesito, i saldi indicati negli estratti conto dalla Banca, che sono stati messi a confronto con i limiti di fido desumibili dalla documentazione contabile in atti. Il consulente ha precisato che in alcuni trimestri, pur non essendo visibile il limite di affidamento concesso, il carattere affidato o meno dei saldi debitori è stato desunto dall'applicazione di tassi che le stesse comunicazioni di variazione della Banca indicano quali tassi relativi a fidi per anticipi o all'"apertura di credito".

L'allegata Tavola 4 evidenzia la presenza di rimesse solutorie sufficienti a pagare competenze addebitate dalla Banca per complessivi € 12.565,18, fino a parte del I trim. 1991. Relativamente al periodo soggetto a prescrizione (prima del 17/12/2005) rimangono non pagate da rimesse solutorie e quindi ripetibili, soggette a ricalcolo, competenze per € 68.023,76.

Al riguardo va rilevato che, in base alla documentazione contrattuale e contabile presente in atti, il ctu ha provveduto a ricalcolare esclusivamente il c/c ordinario n. 3800899 in quanto la documentazione contabile relativa ai conti accessori n. 210490606, n. 125464446 e n. 191682407 risulta integralmente antecedente rispetto all'ultimo decennio calcolato a ritroso dalla notifica dell'atto di citazione avvenuta in data 17/12/2015, e non vi è alcuna prova in atti che i rapporti siano proseguiti anche successivamente al periodo soggetto a prescrizione.

Prima di esaminare le conclusioni cui è pervenuto il ctu in ordine all'anatocismo, occorre ribadire che, come noto, l'art. 120 t.u.b., al 2° co., aggiunto dal d.lgs. n. 342/1999, dispone: "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". Il 2° co. dell'art. 2 della cit. delib. CICR, a sua volta, dispone: "Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori".

Di conseguenza, nel periodo successivo al 2000 non può ritenersi che la capitalizzazione degli interessi passivi sia illegittima tout court, dovendosi invece

specificare (cosa che tuttavia non è stata fatta) sotto quale altro profilo la banca non si sarebbe attenuta alle disposizioni normative in questione.

Tale quadro normativo, tuttavia, è nuovamente mutato a decorrere dall'1.1.2014. Infatti, da tale data, il vecchio testo dell'art. 120, comma 2, TUB è, stato modificato dalla L. n. 147/2013 (legge di stabilità per il 2014), nel seguente modo: “Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori;

b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale”.

La nuova norma pare assicurare solo la medesima scansione temporale (mensile, trimestrale, ecc.) della liquidazione degli interessi di tutte le operazioni di dare e avere, ma senza alcuna capitalizzazione. La lettera b) conferma questa lettura della lettera a) ed elimina l'anatocismo degli interessi liquidati o, meglio, contabilizzati.

Poi, a pochi mesi di distanza, nel giugno 2014, il legislatore ha ulteriormente modificato il secondo comma dell'art. 120 del TUB con il Decreto Competitività, entrato in vigore immediatamente dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. È stata, di fatto, riaffermata la legittimità dell'anatocismo bancario delegando al CICR il compito di stabilire modalità e criteri per la generazione di interessi sugli interessi maturati su base annua. Tale modifica tuttavia non è stata confermata dalla legge di conversione del Decreto Competitività ed è pertanto priva di effetto.

Pertanto, la materia è di nuovo regolata in via primaria dalla modifica introdotta dalla Legge di Stabilità.

In tale disallineamento tra normativa primaria e secondaria, si discute se fino alla data di emissione della nuova delibera attuativa da parte del CICR ai sensi dell'art. 120 TUB come modificato dalla Legge di Stabilità 2014, l'anatocismo debba ritenersi ancora ammesso nelle operazioni bancarie nel rispetto delle disposizioni della Delibera CICR del 2000, o debba ritenersi illegittimo alla luce dell'attuale formulazione di tale articolo.

Orbene, conformemente all'orientamento già espresso da questo Tribunale, deve ritenersi che la legge di stabilità sia certamente fonte normativa sovraordinata rispetto

alla delibera del CICR del 9.2.2000 e pariordinata rispetto al D.Lgs. n. 342/1999 che aveva delegato al CICR l'intervento normativo su modalità e tempi della capitalizzazione degli interessi in deroga al divieto di anatocismo dell'art. 1283 cod. civ.

Di conseguenza, a partire dall'1.1.2014 prevale sul precedente assetto normativo e peraltro esclude dalla futura delega al CICR la possibilità prima prevista per tale comitato dal D. Lgs. n. 342/1999 di regolamentare la capitalizzazione periodica degli interessi in contrasto col dettato dell'art. 1283 cod. civ., negando in radice la possibilità che al termine dell'anno, o del periodo di capitalizzazione previsto (attualmente il trimestre), gli interessi maturati possano andare a costituire capitale soggetto a sua volta ad applicazione di interessi. Secondo questa interpretazione, coerente con la finalità di dare continuità all'orientamento espresso dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, sugli interessi calcolati a partire dal 2014 non sono più applicabili ulteriori interessi nei trimestri successivi a quello di maturazione, o comunque nei periodi successivi alla capitalizzazione, intesa come accorpamento degli interessi al capitale, per cui capitale ed interessi devono rimanere separati nei conteggi periodici.

Trattandosi di norma non retroattiva, questa trova applicazione anche per i contratti conclusi prima del 31.12.2013 (avendo questi natura di contratti di durata destinati a produrre per lungo tempo i loro effetti), ma opera con riferimento alle operazioni compiute a partire dall'1.1.2014.

Ciò posto in termini generali, nella specie l'ausiliare del giudice ha rilevato che la banca ha applicato il regime di capitalizzazione trimestrale per le competenze a debito, mentre per le competenze a credito ha adottato il regime annuale fino al 30/6/2000, per poi uniformarsi al regime trimestrale applicato per le competenze a debito. Come richiesto dal quesito, ha quindi proceduto ad effettuare i ricalcoli impiegando per gli interessi debitori dall'inizio del rapporto fino al 30/06/2000 il regime di capitalizzazione semplice - stante l'assenza di qualunque valida pattuizione scritta per quel periodo - dall'01/07/2000 fino al 31/12/2013 il regime di capitalizzazione trimestrale, mentre per il periodo successivo ha proceduto ad escludere l'effetto della capitalizzazione. Per gli interessi creditori ha mantenuto lo stesso regime di capitalizzazione impiegato dalla banca (annuale fino al 30/06/2000 e successivamente trimestrale).

Per quanto riguarda la questione della mancata pattuizione del tasso di interesse passivo, il necessario punto di partenza è rappresentato dall'art. 1284 c.c., che al terzo

comma stabilisce che gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto, altrimenti sono dovuti nella misura legale.

Poi, l'art. 4 della legge n. 154 del 17 febbraio 1992 (Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari) ha stabilito per la prima volta la nullità delle clausole contrattuali che per la determinazione degli interessi rimandino agli usi, prevedendo che: "I contratti devono indicare il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. L'eventuale possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con una clausola approvata specificamente dal cliente. Le clausole contrattuali di rinvio agli usi sono nulle e si considerano non apposte".

Il successivo art. 5, poi, ha individuato il tasso sostitutivo applicabile in caso di nullità delle clausole contrattuali.

Entrambe le norme citate sono state abrogate dall'art. 161, D.Lgs. n. 385 del 1° settembre 1993 (TUB), ma il relativo contenuto è stato trasfuso nell'art. 117 TUB.

Quindi dall'entrata in vigore della legge n. 154/1992 prima e del D.gs. 385/1993 poi è stata stabilita *ex lege* la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione degli interessi.

Sicchè, per i contratti stipulati successivamente, troverà applicazione il tasso sostitutivo previsto dall'art. 117, commi 3, 4 e 7 TUB.

Ebbene, nel caso di specie, risulta accertato che non risulta alcuna pattuizione delle condizioni contrattuali fino al 06/03/2009, data di sottoscrizione del contratto di affidamento di € 550.000,00 che riporta la misura del tasso debitore applicato all'apertura di credito per elasticità di cassa di € 300.000 ed alla linea s.b.f. di € 250.000 concesse in conto. Nel successivo contratto dell'01/08/2011 risulta altresì pattuito il tasso debitore per sconfinamenti. Pertanto, sulla base della documentazione contrattuale e delle indicazioni contenute nel quesito il CTU ha provveduto ad effettuare i conteggi: dall'inizio del rapporto fino al 05/03/2009: applicazione dei tassi legali ex art. 1284 c.c. (Cfr. Tavola 1); dal 06/03/2009 fino all'01/08/2011: applicazione dei tassi convenzionali banca entro il limite dell'accordato e applicazione dei tassi BOT ex art. 117 TUB per la porzione di saldo extra fido; successivamente all'01/08/2011: applicazione dei tassi d'interesse convenzionali.

Con riferimento alla dedotta ipotesi di usura originaria, si rileva che il ctu non ha riscontrato (alla luce della documentazione depositata in atti) in nessun periodo il superamento del tasso soglia al momento della stipulazione dei contratti di affidamento, peraltro tenendo conto del criterio di calcolo del T.E.G. così come indicato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella recente pronuncia n. 16303/2018, secondo cui -per il periodo compreso tra l'entrata in vigore della L. 108/1996 ed il 31.12.2009- la base di calcolo da confrontare con il tasso soglia va determinata effettuando la separata comparazione del tasso effettivo globale d'interesse praticato in concreto e della commissione di massimo scoperto (C.M.S.) eventualmente applicata rispettivamente con il tasso soglia e con "la C.M.S. soglia", calcolata aumentando della metà la percentuale della C.M.S. media indicata nei decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108, compensandosi, poi, l'importo dell'eventuale eccedenza della C.M.S. rientrante nella soglia, con il "margine" degli interessi eventualmente residuo, pari alla differenza tra l'importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati.

Sicché, con riferimento al periodo compreso tra l'entrata in vigore della L. 108/1996 ed il 31.12.2009, il criterio da seguire al fine della verifica della usurarietà dei tassi applicati non prevede la sommatoria *tout court* della commissione di massimo scoperto con tutti i restanti interessi praticati dalla Banca, bensì una separata comparazione del tasso effettivo globale con il tasso soglia e della c.m.s. effettiva con la "c.ms soglia". Poi, la sommatoria va fatta solo con riferimento alla eventuale eccedenza della c.m.s. effettiva rispetto alla c.d. c.m.s. soglia.

Per il periodo successivo al 31.12.2009, il ctu ha proceduto al ricalcolo tenendo conto del mutamento del quadro normativo ai sensi dell'art. 2 bis d.l. n. 185/2008, convertito con modificazioni in l. n. 2/2009, il cui art. 2, comma 2 stabilisce che le commissioni e le provvigioni derivanti da clausole comunque denominate che prevedono una remunerazione a favore della banca dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 c.c.; procedendo al ricalcolo l'ausiliario del giudice non ha riscontrato la pattuizione di interessi usurari.

In ordine, poi, al fenomeno della c.d. usura sopravvenuta, deve tenersi conto della recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 24675 del 19.10.2017, per mezzo della quale è stato risolto il contrasto creatosi in giurisprudenza

circa la applicabilità della l. n. 108/1996 ai contratti stipulati antecedentemente alla sua entrata in vigore nonché ai contratti stipulati sotto la vigenza della normativa anti-usura, ogniqualvolta il tasso di interesse, in origine pattuito lecitamente, abbia superato, in corso di svolgimento del rapporto per effetto di rilevazioni trimestrali in *diminutio* del tasso soglia, il limite oltre il quale gli interessi sono presuntivamente sempre usurari.

Orbene il Supremo Consesso nella sua decisione, valorizzando la disposizione di cui all'art. 1, comma 1, d. l. n. 394/2000 di interpretazione autentica della l. n. 108/1996, ha negato tout court la configurabilità nel nostro ordinamento dell'usura sopravvenuta, argomentando come segue: «La ragione della illiceità risiederebbe, [...], nella violazione di un divieto imperativo di legge, il divieto dell'usura, e in particolare il divieto di pretendere un tasso d'interesse superiore alla soglia dell'usura come fissata in base alla legge. Sennonché il divieto dell'usura è contenuto nell'art. 644 cod. pen.; le (altre) disposizioni della legge n. 108, cit., non formulano tale divieto, ma si limitano a prevedere (per quanto qui rileva) un meccanismo di determinazione del tasso oltre il quale gli interessi sono considerati sempre usurari a mente, appunto, dell'art. 644, comma terzo, cod. pen. novellato (che recita: «La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari»). L'art. 2, comma 4, legge n. 108, cit. (che recita: «Il limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso ...») definisce, sì, il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, ma si tratta appunto del limite previsto dal terzo comma dell'art. 644 del codice penale, essendo la norma penale l'unica che contiene il divieto di farsi dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità. Una sanzione (che implica il divieto) dell'usura è contenuta, per l'esattezza, anche nell'art. 1815, secondo comma, cod. civ. - pure oggetto dell'interpretazione autentica di cui si discute - il quale però presuppone una nozione di interessi usurari definita altrove, ossia, di nuovo, nella norma penale integrata dal meccanismo previsto dalla legge n. 108. Sarebbe pertanto impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell'art. 644 cod. pen.; «ai fini dell'applicazione» del quale, però, non può farsi a meno - perché così impone la norma d'interpretazione autentica - di considerare il «momento in cui gli interessi sono convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento». Non ha perciò fondamento la tesi che cerca di limitare l'efficacia della norma di interpretazione autentica alla sola sanzione penale e alla sanzione civile della gratuità del mutuo, perché

in tanto è configurabile un illecito civile, in quanto sia configurabile la violazione dell'art. 644 cod. pen., come interpretato dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000. [...] Tale esegesi delle disposizioni della legge n. 108 non contrasta, inoltre, con la loro ratio. Una parte della dottrina attribuisce alla legge n. 108 una ratio calmieratrice del mercato del credito, che imporrebbe il rispetto in ogni caso del tasso soglia al momento del pagamento degli interessi. Va però osservato che la ratio delle nuove disposizioni sull'usura consiste invece nell'efficace contrasto di tale fenomeno”.

In chiusura, pertanto, è stata sancita la validità della clausola contrattuale contenente un tasso di interesse che, sebbene pattuito lecitamente, abbia superato al momento del pagamento il tasso soglia. Invero le Sezioni Unite, nelle ipotesi di superamento del tasso soglia in un momento successivo a quello in cui il tasso di interesse è stato pattuito, hanno perentoriamente escluso, non solo la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale contenente il tasso di interesse, ma anche il ricorso al canone della buona fede nell'esecuzione del contratto in virtù del quale sarebbe stato scorretto la pretesa di pagamento di un tasso di interesse divenuto usurario ovvero sopra soglia, enunciando il seguente principio di diritto: “allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto”.

Sicché, alla luce della suindicata pronuncia, non dovrà tenersi conto dell'usura sopravvenuta, comunque neanche questa specificamente dedotta.

Parte attrice ha altresì dedotto l'illegittimo esercizio del potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali da parte della Banca convenuta.

Ebbene, sul punto è sufficiente richiamare le motivate conclusioni del ctu, che ha evidenziato: «gli estratti conto in atti permettono di rilevare che nel corso del rapporto la Banca ha costantemente modificato le condizioni economiche. Fino al 6/03/2009, l'applicazione di tassi sostitutivi rende superflua l'analisi della validità delle variazioni

di tasso poste in essere dalla Banca. Successivamente a tale data, risulta in vigore l'art. 118 TUB così come modificato dalla legge n. 248 del 4/08/2006, che ha introdotto l'obbligo per gli Istituti di credito di comunicare le variazioni delle condizioni economiche con preavviso di almeno 30 giorni (esteso a sessanta giorni con la successiva modifica introdotta dal D. Lgs. n. 141/10), ricorrendo ad una formula esplicita ("Proposta di modifica unilaterale del contratto") e indicando il giustificato motivo alla base della variazione. Le variazioni contrattuali effettuate senza rispettare le prescrizioni dell'art. 118 T.U.B. sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente. Poiché a partire dal 6/03/2009, periodo per il quale sono stati applicati come indicato al punto B i tassi convenzionali, non si ha evidenza in atti di alcuna proposta di modifica unilaterale del contratto redatta secondo lo schema indicato dall' art. 118 TUB, tutte le variazioni sfavorevoli al correntista non sono state applicate» (v. pag. 15).

Conseguentemente, deve ritenersi che, nella specie, sussistono i presupposti per ritenere integrata una violazione in tal senso da parte dell'Unicredit S.p.A., motivo per cui il ctu ha ritenuto di non applicare gli interessi e le condizioni via via modificate unilateralmente nel corso del rapporto di conto corrente a partire dal 6/03/2009.

Parte attrice ha, altresì, eccepito la illegittimità della applicazione della cd. "commissione di massimo scoperto", sostenendo che la relativa clausola negoziale sia affetta da nullità.

A tal proposito, si osserva che nella tecnica bancaria, la commissione di massimo scoperto -tradizionalmente introdotta con una pattuizione accessoria ai contratti di affidamento in conto corrente- era una commissione riconosciuta dal cliente alla banca a fronte dell'impegno di quest'ultima di tenere a sua disposizione l'importo oggetto dell'affidamento.

Tuttavia, nel corso degli anni, tale commissione è stata talvolta applicata anche in maniera diversa rispetto alla sua originaria funzione, non tenendo conto dell'ammontare dei fondi messi a disposizione del cliente, utilizzati o non utilizzati, ma dell'esposizione debitoria massima concretamente raggiunta dal cliente in un determinato periodo di riferimento, solitamente trimestrale, non attecchendosi quindi a controprestazione di quanto erogato dalla banca al cliente per il periodo di utilizzo dell'affidamento, ma neppure a remunerazione della tenuta a disposizione del cliente di somme da parte della banca.

Il problema della validità della c.m.s. è stato affrontato in vario modo dalla giurisprudenza e, con riferimento al periodo anteriore alla data di entrata in vigore della legge di conversione 28 gennaio 2009 n. 2 (ed, *a fortiori*, prima dell'art. 117 bis del TUB successivamente introdotto), si sono affermati diversi orientamenti.

Invero, secondo questo giudice, appare più corretto e conforme alla funzione dello strumento negoziale *de quo*, ritenere che la c.m.s. abbia valida causa solo laddove prevista come corrispettivo per la messa a disposizione delle somme del fido e sia, pertanto, calcolata sull'importo accordato e non utilizzato, rimanendo priva di causa laddove calcolata sulle somme in concreto utilizzate dal correntista. A ciò si aggiunga che è in ogni caso illegittima l'applicazione della commissione di massimo scoperto ove non prevista per iscritto nel contratto stipulato con il correntista.

Successivamente, è intervenuto l'art. 2 bis del D.L. 29.11.2008 n°185, inserito in sede di conversione nell'art. 1 della L. 28.1.2009 n° 2, che ha previsto la nullità delle clausole contrattuali aventi ad oggetto la c.m.s. nel caso in cui il saldo del cliente risultasse a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni, ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido, nonché delle clausole che prevedessero una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore di un correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma ed altre restrizioni.

Tuttavia, tale intervento normativo non teneva conto delle ulteriori commissioni sostitutive (es. commissione per istruttoria urgente, commissione per scoperto di conto, recupero spese per ogni sospeso, commissione mancanza fondi, onere per passaggio a debito nel trimestre), frustrando l'obiettivo di trasparenza ed intelleggibilità delle voci di costo e di tutela del risparmio della clientela perseguito dal legislatore.

E' quindi nuovamente intervenuto l'art. 6 bis del D.L. 6.12.2011 n° 201 (decreto Salva Italia), convertito nella L. 22.12.2011 n° 214, che ha introdotto nel T.U.B. l'art. 117 bis, poi nuovamente modificato nel 2012. Sicché, l'attuale disciplina dettata dall'art. 117 bis del T.U.B. e dal Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze n° 644 del 30.6.2012 così articolata prevede:

-Per i contratti di apertura di credito in conto corrente (in base ai quali il cliente ha facoltà di utilizzare e di ripristinare la disponibilità dell'affidamento) e per gli affidamenti a valere su conti di pagamento (ossia su conti aperti presso istituti di pagamento autorizzati ex art. 114-octies lett. b del TUB) l'applicazione nei rapporti tra intermediari abilitati e clienti siano essi consumatori, o professionisti (non vi rientrano

gli operatori professionali del mercato finanziario quali le banche, le società finanziarie, le società di gestione del risparmio, i fondi pensione, Poste Italiane SPA) quali unici oneri a carico del cliente di una commissione omnicomprensiva calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente ed alla durata dell'affidamento, commissione che deve essere pattuita nel contratto e non deve superare il limite dello 0,5% trimestrale della somma messa a disposizione del cliente, (che esclude le commissioni per l'istruttoria e le spese per il conteggio degli interessi, potendo invece essere poste a carico del cliente le imposte, le spese notarili, gli oneri conseguenti a inadempimento del cliente, le spese per iscrizione ipotecaria e le spese per far fronte a servizi di pagamento per l'utilizzo dell'affidamento) ed un tasso di interesse debitore sulle somme effettivamente prelevate.

Per gli sconfinamenti (utilizzo extrafido, o in assenza di fido che faccia registrare uno sconfinamento nel saldo di giornata e non nel solo saldo per valuta richiedendosi l'effettivo addebito autorizzato dall'intermediario sia esso richiesto, o meno dal cliente) l'applicazione esclusiva di una commissione istruttoria veloce, (c.i.v.) che va determinata per ciascun contratto in misura fissa ed espressa in valore assoluto e solo per i clienti che non siano consumatori possono essere previsti tre scaglioni a seconda dell'entità dello sconfinamento, mentre altrimenti non può essere determinata in percentuale rispetto allo sconfinamento, ma non ha un limite fisso predeterminato non dovendo comunque eccedere i costi medi sostenuti dall'intermediario per svolgere l'istruttoria e a questa direttamente connessi e di un tasso di interesse debitore sull'ammontare e per la durata dello sconfinamento (per cui tale tasso non può essere applicato in caso di sconfinamento per la parte utilizzata nei limiti del fido).

Le clausole non conformi a questa disciplina sono nulle in base all'art. 27 bis del D.L. 24.1.2012 n° 1 e successive modifiche ed in base all'art. 117 bis comma 3° del TUB, in quanto l'art. 27 bis nella sua attuale formulazione è stato introdotto per estendere la sanzione della nullità a tutti i casi di violazione della disciplina attuativa dettata dal Decreto CICR sopravvenuto all'art. 117 bis del TUB, il quale ultimo stabilisce che la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto escludendo quindi la disciplina della nullità parziale dell'art. 1419 cod. civ..

La disciplina è entrata in vigore l'1.7.2012 e l'adeguamento dei contratti di apertura di credito e conto corrente in corso doveva avvenire ad opera delle banche entro un mese per rispettare il termine dell'1.10.2012 col meccanismo previsto dall'art.

118 del TUB se contemplato nei singoli contratti (che richiede la comunicazione scritta al cliente con un preavviso di almeno due mesi e l'evidenziazione che si tratta di "proposta di modifica unilaterale del contratto").

Alla luce di tale complessa situazione, deve ritenersi che – con riferimento al periodo antecedente il 2009 (data del primo intervento normativo) – la c.m.s. abbia un'idonea causa giustificatrice solo qualora sia prevista come corrispettivo per la messa a disposizione delle somme del fido e sia, pertanto, calcolata sull'importo accordato e non utilizzato, conformemente alla posizione espressa dalla Suprema Corte, secondo cui la c.m.s. rappresenta "la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma" (in tal senso Cass. 18.1.2006 n°870), servendo a riequilibrare i costi sostenuti dalla banca per approvvigionarsi del denaro che sarebbe stato concesso alla clientela.

Per contro, la c.m.s. deve essere ritenuta priva di causa laddove calcolata sulle somme in concreto utilizzate dal correntista. Ed infatti, appare legittimo che i contratti di apertura di credito prevedano la c.m.s. come una remunerazione della messa a disposizione di un importo da parte della banca, nella misura in cui detta somma non sia utilizzata: trattasi, invero, di una prestazione dell'istituto di credito che ha (a prescindere dal suo ammontare) un costo per lo stesso, segnatamente nemmeno remunerato dagli interessi, generalmente calcolati solo sull'importo utilizzato se, quando e nella misura in cui si verifichi l'utilizzazione.

D'altro canto, non può riconoscersi un'idonea causa giustificatrice laddove la c.m.s. sia applicata sull'utilizzato, indifferentemente intra o extra fido. Rileva in tal senso non solo e non tanto la previsione di interessi sull'importo utilizzato (la quale già remunera la banca della concreta privazione di liquidità), ma anche e soprattutto l'atteggiarsi della c.m.s. in dette ipotesi.

Ed invero, laddove la c.m.s. sia applicata sull'utilizzato, la stessa – in genere – viene parametrata all'utilizzo più elevato nel trimestre di riferimento, a prescindere dalla durata di detta massima esposizione debitoria. Orbene, è proprio l'irrilevanza della durata della massima esposizione debitoria nel periodo di riferimento a palesare la mancanza di causa della c.m.s. in dette ipotesi: in questi termini, infatti, la c.m.s. perde la logica di un corrispettivo per la somma utilizzata, prescindendo dalla concreta durata della perdita di liquidità della banca, atteggiandosi invece come una sorta di inammissibile clausola penale per il "fatto lecito", in quanto, da un lato, quantificata in

un forfait a prescindere dalla durata dell'erogazione del credito e, dall'altro, inaccettabilmente prevista per quanto è oggetto del contratto di apertura di credito e non anche per l'inadempienza dello stesso. Inoltre, va anche considerato che i contratti di apertura di credito in genere prevedono un interesse moratorio convenzionale specifico per le somme rese disponibili extra fido.

Sulla base di tali considerazioni, è stato posto al ctu il quesito, nel senso di escludere la C.M.S. nel caso di previsione ed applicazione della stessa sull'utilizzato, salvo nel caso in cui, per i periodi successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione n. 2 del 28.1.2009 ed alla data dell'1.7.2012, la banca abbia adeguato le clausole alle nuove normative afferenti tale commissione.

Orbene, deve rilevarsi che l'analisi della documentazione versata in atti ha evidenziato che l'istituto di credito fino al II trimestre 2009 ha addebitato trimestralmente la commissione di massimo scoperto calcolata applicando l'aliquota sul massimo utilizzo del trimestre o, nei trimestri in cui sussistono contemporaneamente affidamenti di diversa natura, solamente sulla componente relativa all'apertura di credito e allo sconfinamento.

A partire dal III trimestre 2009, risulta addebitata, in sostituzione della CMS, la "commissione disponibilità immediata fondi", calcolata applicando un'aliquota dello 0,23% sull'importo dell'affidamento accordato, indipendentemente dal suo utilizzo, nonché la "commissione utilizzi oltre la disponibilità fondi" in caso di debordo dai fidi accordati.

In atti, come rilevato dal ctu, non risulta alcun documento contrattuale riportante la pattuizione delle condizioni economiche relative alla CMS, mentre la "commissione disponibilità immediata fondi" e la "commissione utilizzi oltre la disponibilità fondi" risultano convenute per la prima volta nel contratto dell'01/08/2011.

Pertanto, alla luce delle predette considerazioni, il ctu ha correttamente proceduto ad effettuare i conteggi annullando gli addebiti a titolo di CMS per l'intero periodo, mentre la "commissione disponibilità immediata fondi" e la "commissione utilizzi oltre la disponibilità fondi" sono state annullate fino all'01/08/2011, data dalla quale risultano pattuite nel rispetto della legge 2/2009 citata dal quesito.

Per quanto riguarda le condizioni di valuta, le stesse non risultano specificatamente contestate da parte attrice, che si limita a contestare la nullità della clausola di determinazione delle valute, e pertanto a norma del quesito il ctu ha

effettuato i conteggi mantenendo le convenzioni di valuta impiegate dalla Banca, non potendosi identificare alcuna “operazione in cui è specificatamente contestata l’applicazione di una valuta antergata/postergata”.

Alla luce delle suesposte considerazioni, si perviene dunque, al 30/09/2014, ad un saldo creditore ricalcolato di € 208.991,99 rispetto al saldo creditore indicato dalla Banca di € 3.116,73, per una differenza a favore della società correntista di € 205.875,26 (cfr., per il dettaglio: Tavola 5 allegata all’elaborato peritale).

Non può essere accolta, infine, la domanda risarcitoria avanzata dall’attrice, avente ad oggetto la condanna della convenuta al risarcimento del danno per non aver potuto utilizzare le somme illegittimamente addebitate dalla Banca. In disparte l’inammissibilità della domanda di ripetizione d’indebito ex art. 2033 c.c., occorre infatti rilevare il difetto di allegazione e di prova, da parte dell’attrice, degli impieghi remunerativi alternativi che sarebbero andati perduti e del dedotto danno da lucro cessante che ne sarebbe scaturito, non essendo sufficiente, al riguardo, il mero elemento presuntivo derivante dalla qualità di imprenditore rivestita dalla correntista.

In definitiva, considerato che comunque il saldo del conto corrente è risultato inferiore a quanto rappresentato dall’attrice e che sono state rigettate le ulteriori domande (la ripetizione dell’indebito e la domanda risarcitoria) da questa proposte, le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti.

Parimenti, vanno poste definitivamente a carico di entrambe le parti le spese di ctu (già liquidate in separato provvedimento), in ragione di metà ciascuna.

P.Q.M.

Il Giudice Unico del Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando, così provvede:

DICHHIARA l’inammissibilità della domanda di ripetizione di indebito formulata dalla parte attrice;

DICHIARA che il saldo finale del conto corrente n. 3800899 intestato alla _____, alla data del 30/09/2014, è pari ad € 208.991,99 rispetto al saldo indicato dalla Banca di € 3.116,737, per una differenza a favore della società correntista di € 205.875,26;

RIGETTA la domanda risarcitoria proposta dall’attrice;

DICHIARA integralmente compensate tra le parti le spese legali del giudizio;

PONE definitivamente a carico di entrambe le parti, in ragione della metà ciascuna, le spese di CTU, liquidate in separato provvedimento.

Così deciso in Roma, in data 04.7.2021

Il Giudice
Dr. Paolo Goggi