

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.



REPUBBLICA ITALIANA

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI PESCARA**

in persona del giudice unico dott. _____, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. _____ R.A.C.C.

TRA

_____, **in persona del Irpt**, rappresentata e difesa dall'Avv. _____
giusta procura in atti;

-ATTRICE-

E

_____, **in persona del Irpt**, rappresentata e
difesa dall'Avv. _____, come da mandato in atti;

-CONVENUTA-

Oggetto: contratti bancari.

Conclusioni delle parti: all'udienza del _____ le parti hanno precisato le
conclusioni come in atti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto di citazione ritualmente notificato, la _____ ha evocato in
giudizio _____, deducendo: di avere intrattenuto con l'allora Banca
_____, un **rapporto** di conto corrente n. _____, rinumerato
con il n. _____, a far data dal 22.4.1998 e fino al 21.10.2020, data di estinzione del conto;
che il rapporto era affidato; che il contratto costitutivo del rapporto non prevedeva la misura
dei tassi, né della commissione di massimo scoperto o commissioni successive, né le spese,
né l'antergazione/postergazione delle valute da applicare alle operazioni; che, inoltre,
risultavano al rapporto applicati illegittimamente l'anatocismo e lo **jus variandi**.

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

Tanto premesso, ha chiesto la condanna di _____ alla ripetizione degli indebiti versati dalla attrice in ragione delle nullità riscontrate quantificati in €. 149.147,87 per sorte capitale, oltre interessi e rivalutazione calcolati dalla data di estinzione del conto (12.10.2020) fino all'effettivo soddisfo.

Si è costituita in giudizio _____, eccependo preliminarmente la prescrizione del diritto alla ripetizione, e chiedendo il rigetto della domanda.

Nel corso del giudizio è stata espletata CTU contabile; all'udienza del _____ la causa è stata riservata in decisione.

Documentazione agli atti.

Risultano depositati: 1) il contratto di apertura del conto corrente di corrispondenza n. _____ sottoscritto il 22/04/1998, privo di previsione in merito alle condizioni economiche applicabili al rapporto; 2) il contratto di apertura di credito regolata sul rapporto n. _____, datato 14/06/2007 e sottoscritto il successivo 26/07/2007, con il quale veniva concesso un affidamento in favore di parte attrice fino alla concorrenza di € 150.000,00 e valido fino al 14/11/2008. recante la previsione delle seguenti condizioni economiche: a) tasso annuo nominale pari al 5,550%, b) tasso annuo nominale oltre il fido pari al 6,550%; 3) copia degli estratti conto relativi al conto corrente in questione con i conti scalari per il periodo compreso tra il 30/09/1998 e il 9/10/2020 (ultima operazione registrata per l'azzeramento del saldo e l'estinzione del conto), non risultando tuttavia documentati i periodi dal 22/04/1998 al 30/09/1998 - dal 01/01/1999 al 30/06/2000 - dal 01/09/2000 al 30/06/2001 - dal 01/01/2005 al 30/06/2005 - dal 01/01/2006 al 30/04/2006; 4) prospetto informativo della Centrale dei Rischi (Banca d'Italia) recante le operazioni segnalate, fra gli altri, dalla _____ relativamente al rapporto instaurato a far data dal settembre 1998 con l'attuale attrice; 5) comunicazioni e proposte di modifica unilaterale del contratto di cui si tratta (prodotte dalla Banca).

Dunque, non risultano previste nel contratto di c/c clausole inerenti gli interessi da applicare al rapporto; l'unica previsione dei tassi debitori è contenuta nell'apertura di credito cennata con scadenza al 14.11.2008; non risultano pattuite le commissioni di massimo scoperto e le altre commissioni sostitutive.

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

Dall'art. 7 del contratto di c/c risulta la diversa periodicità di capitalizzazione per interessi debitori e creditori.

Jus variandi.

A fronte di queste "carenze", non risulta che la Banca abbia adeguato il rapporto (con la previsione della pari periodicità di capitalizzazione degli interessi) né che abbia correttamente esercitato il proprio *jus variandi* pure previsto all'art. 16 del contratto con clausola specificamente sottoscritta ai sensi dell'art. 1341 cc.

Sul punto si consideri quanto segue.

All'epoca della sottoscrizione del contratto di c/c che si tratta (22.4.1998), l'art. 118 TUB, nella formulazione originaria (alla data del 1° gennaio 1994 di entrata in vigore del Testo Unico Bancario), statuiva che, ove fosse stata convenuta nei contratti di durata la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, "le variazioni sfavorevoli dovessero essere comunicate al cliente nei modi e nei termini stabiliti dal CICR" e che "entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta, ovvero dell'effettuazione di altre forme di comunicazione attuate ai sensi del comma 1, il cliente aveva diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate".

essun dubbio dunque circa l'onere in capo alla Banca di provvedere alla comunicazione della variazione *in peius* al cliente.

Pertanto, allorché con la delibera del 4.3.2003 il CICR aveva dato seguito al rinvio indicato dalla legge andando a disciplinare le predette modalità di comunicazione delle variazioni negoziali effettuate dalle banche, era stato previsto sia che "le variazioni sfavorevoli al cliente, riguardanti tassi di interesse, prezzi e altre condizioni delle operazioni e dei servizi, fossero comunicate al cliente con la chiara evidenziazione delle variazioni intervenute", sia che "variazioni sfavorevoli generalizzate potessero essere comunicate alla clientela in modo impersonale, mediante apposite inserzioni nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, anche ai fini dell'esercizio del diritto di recesso previsto dall'articolo 118, comma 3, del testo unico bancario", salvo però ad essere poi "comunicate individualmente al cliente alla prima occasione utile, nell'ambito delle comunicazioni periodiche o di quelle riguardanti operazioni specifiche".

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

L'art. 118 TUB ha subito successive importanti modifiche (dettate dalla necessità di circoscrivere la discrezionalità della banca nel momento in cui interviene sul contratto modificandolo in via unilaterale) attraverso almeno due storici interventi del Legislatore. Il primo, in ordine cronologico, è avvenuto con D.L. 4.7.2006 n. 223, conv. con mod. in L. n. 248/2006, con il quale -aderendo alla segnalazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (segnalazione AS 338 del 26.5.2006)- il Legislatore ha prescritto condizioni di operatività dello *ius variandi* bancario più severe: tra queste, aveva introdotto espressamente la necessaria sussistenza di un giustificato motivo da porre a fondamento della introdotta modificazione; aveva, inoltre, uniformato il TUB alla disciplina delle clausole abusive di cui al Codice del Consumo (d.lgs n. 206/2005: a questo riguardo, il novellato art. 118 co I TUB richiamava espressamente l'art. 1341, co 2 c.c per la valida sottoscrizione della clausola che consentisse alla banca di avvalersi dello *ius variandi*, considerandola -non più solo implicitamente- come clausola vessatoria, al pari di quanto stabilito dall'art. 33, co. 2 lett. m) del Codice del Consumo, ex art. 1469 bis, co 4 n. 11 cod.civ nella previgente disciplina). La riforma aveva poi prescritto all'art. 118 co 2 TUB che "qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula "Proposta di modifica unilaterale del contratto"... in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente" (come email e comunicazioni rese accessibili tramite il servizio home banking).

Secondo autorevole dottrina, la comunicazione doveva essere "di tipo dedicato" e cioè espressamente finalizzata a informare il cliente della modifica contrattuale, escludendosi la possibilità che una simile comunicazione potesse essere utilmente inserita all'interno dell'estratto conto periodicamente inviato alla clientela.

Successivamente, il recepimento della Direttiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23.4.2008 relativa al contratto di credito ai consumatori ha costituito l'occasione per intervenire ancora una volta sullo *ius variandi* bancario, realizzando la più importante e profonda tra le numerose riforme subite dal TUB posteriormente alla sua entrata in vigore. Ed infatti, l'art. 4, comma 2 del D.lgs n. 141/2010, riguardante l'attuazione della Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

nonché modifiche del Titolo VI del TUB, ha sostituito il Capo I, Titolo VI TUB, non solo integrando e modificando disposizioni esistenti, ma introducendone nuove.

La principale novità è consistita nell'inserire all'art. 118, co 1 TUB la distinzione tra contratti a tempo indeterminato e altri contratti di durata: nei primi poteva essere convenzionalmente riconosciuto alla banca il potere di modificare unilateralmente, in presenza di un "giustificato motivo", i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto; nei secondi, invece, il potere di modifica della banca poteva riguardare non il tasso di interesse originariamente pattuito ma, in presenza di un giustificato motivo, gli altri oneri economici e le clausole regolamentari.

Per quanto attiene, invece, al principio secondo cui la modifica unilateralmente apportata dalla banca si intende approvata qualora il cliente non receda dal contratto, è stato stabilito che la variazione è approvata se il cliente non recede entro la data prevista per la sua applicazione. È stato eliminato dal 1 comma dell'art. 118 il riferimento all'art. 1341, co 2 c.c., precisando, però, anche in forza dell'abrogazione dell'art. 117 co 5 TUB, che la clausola attributiva dello *ius variandi* deve essere "approvata specificamente dal cliente".

Il preavviso relativo alla comunicazione di modifica unilaterale è stato, inoltre, dilatato dagli originari trenta agli attuali 60 giorni.

Il potere di modifica unilaterale è stato, poi, limitato alle "condizioni previste nel contratto", escludendo quindi che la banca potesse introdurne di nuove.

Non ha subito, invece, riforma il comma 3 dell'art. 118 TUB, per il quale (dopo la versione del 2006 ed ancora attualmente): "Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni di cui al presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli al cliente".

Nella tappa evolutiva, sino alla attuale versione, dell'art. 118 TUB si inserisce anche il c.d. "Decreto Sviluppo" (DL n. 70/2011, conv. con mod. in L. 106/2011) che, in particolare, ha introdotto un nuovo comma 2 *bis* all'art. 118, in forza del quale "se il cliente non è un consumatore, né una micro-impresa come definita dall'art. 1, co 1 lett. t) del D.lgs n. 11/2010, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato...possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedono la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati in

contratto”, in sostanza consentendo -nei soli rapporti tra banche e macro imprese- alle parti di derogare pattiziamente al limite previsto dalla seconda parte del 1 comma dell’art. 118 TUB con riferimento agli “altri contratti di durata” che, come visto, esclude lo *ius variandi* con riferimento al tasso di interesse originariamente pattuito. Allo stesso modo, l’art. 126-*bis* comma 3 TUB, relativo ai “servizi di pagamento” e già introdotto con D.lgs 11/2010, stabilisce che in deroga all’art. 127, co 1 TUB, le parti possono accordarsi nel senso che le disposizioni del Capo II bis, Titolo VI, TUB non si applicano, interamente o parzialmente, nel caso in cui l’utente dei servizi di pagamento non sia un consumatore o una micro-impresa.

Questa, dunque, l’attuale versione dell’art. 118 TUB (Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali): “1. Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che su di esse sussista un giustificato motivo.

2. Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: “Proposta di modifica unilaterale del contratto”, con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all’applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

2-*bis*. Se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall’articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del presente articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto [comma inserito ad opera dell’art. 8, comma 5, lett

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

f) D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, che ha disposto, con l'art. 8, comma 5, lettera g) che "le disposizioni del comma 2-bis dell'articolo 118 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introdotto dalla lettera f) del presente comma, non si applicano ai contratti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le modifiche introdotte ai contratti in corso alla predetta data sono inefficaci"].

3. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente.

4. Le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalita' tali da non recare pregiudizio al cliente [Il D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, come modificato dall'art. 4, comma 2 del D.Lgs. 14 dicembre 2010, n. 218, ha disposto (con l'art. 6, comma 2) che "Le disposizioni contenute nel titolo II del presente decreto entrano in vigore il centoventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione. Le disposizioni che a tale data risultano adottate dalle Autorita' creditizie in base a norme modificate o sostituite dal titolo II rimangono in vigore in quanto compatibili"].

Dunque, alla luce della disciplina così come si è evoluta, appare evidente che la validità della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali era ed è subordinata al rispetto del contenuto minimo prescritto dalla legge, nonché all'uso della forma scritta ovvero di altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente.

Tanto vale a dire che la banca, a prescindere dalla forma di comunicazione che intende utilizzare, deve comunque fornire la prova della ricezione della comunicazione da parte del cliente; in altri termini, è onere della banca che intenda invocare l'avvenuta modifica delle condizioni contrattuali provare di avere a solto, secondo le modalità prescritte, l'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 118 TUB.

Al riguardo, la Banca convenuta non ha provveduto a documentare né la spedizione delle comunicazioni di modifica unilaterale (prodotte con l'all. 6) né la ricezione delle stesse, sicché l'eccezione formulata sul punto dall'attrice è fondata, per cui il CTU, in conformità all'incarico, nella rielaborazione del rapporto non ha tenuto conto delle modificazioni unilateralmente applicate dalla Banca in sfavore della cliente.

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023
RG n.

Repert. n.

Interessi ultralegali.

L'art. 117, comma 4, TUB prescrive che i contratti (che devono essere redatti per iscritto a pena di nullità) 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: clausole che dovranno essere pattuite, appunto, per iscritto a pena di nullità.

L'art. 127 TUB prevede che tali nullità operano soltanto a vantaggio del cliente (e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice, come aggiunto dal d. lgs. 141/2010).

Si tratta di un'ipotesi di nullità relativa di protezione che opera a vantaggio del cliente.

La eccezione della nullità del contratto è dunque nella disponibilità del solo cliente, al quale esclusivamente spetterà di valutare se "avvalersene", in deroga al principio generale dettato dall'art. 1421cc, secondo il quale chiunque vi abbia interesse è legittimato a far valere la nullità di un negozio giuridico.

La nullità può essere poi rilevata dal giudice solo nell'interesse dello stesso cliente, tenuto conto che il comma 3 dell'art. 117 e l'art. 127 TUB tendono a realizzare effettive condizioni di trasparenza contrattuale, tali da consentire al cliente di acquisire piena consapevolezza dell'ampiezza degli obblighi assunti e dei diritti attribuitigli nel rapporto con la banca.

La *ratio* della norma è di immediata evidenza: in mancanza della limitazione prevista nell'art. 127 TUB la banca avrebbe potuto far valere la nullità del contratto per difetto di forma, con effetti eventualmente negativi per la posizione del cliente, e cioè della parte protetta, nell'esclusivo interesse della quale è disposta la nullità; ad esempio, la banca, deducendo la nullità della pattuizione, avrebbe potuto esigere immediatamente la restituzione di quanto erogato, con conseguente ulteriore aggravio della situazione di debolezza contrattuale del cliente.

Dunque, nel caso all'esame, eccepita la nullità per difetto di pattuizione scritta degli interessi (già l'art. 1284, comma 3, cc, stabiliva che gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto), ed essendo evidentemente fondata tale eccezione per come risulta *per tabulas*, al rapporto vanno applicati i tassi sostitutivi di cui al comma 7 dell'art. 117 TUB, secondo il quale "in caso di inosservanza del comma 4" e cioè nel caso in cui il contratto bancario non indichi il tasso di interesse "e ogni altro prezzo e condizione

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023
RG n.

Repert. n.

praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora” e “nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6” a norma del quale “sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizioni praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli di quelli pubblicizzati”, trovano applicazione le condizioni sostitutive dettate dallo stesso comma 7 dell’art. 117 TUB.

Pertanto, al CTU è stato incaricato di applicare al rapporto all’esame i tassi sostitutivi cennati fino al tempo in cui hanno trovato applicazione i tassi pattuiti con il contratto di apertura di credito del 14.6.2007/26.7.2007 con scadenza al 14.11.2008.

Anatocismo.

Dunque, il contratto di apertura di c/c all’esame è stato stipulato dall’attrice in data 22.4.1998; all’art. 7 è prevista la diversa periodicità di capitalizzazione, annuale e trimestrale, per gli interessi creditori e debitori.

Queste condizioni non risultano modificate dalle successive condizioni contrattuali del 26.7.2007, né da comunicazioni date ai sensi dell’art. 118 TUB.

Appare dunque fondata l’eccezione di anatocismo illegittimo.

●ra, si rammenta in diritto l’evoluzione della questione.

È noto l’indirizzo della Suprema Corte (Cas ., Sez. 3, Sentenza n. 3096 del 30/03/1999, Cass., Sez. 1, Sentenza n. 2374 del 16/03/1999 e Sez. U, Sentenza n. 21095 del 04/11/2004) che aveva sancito l’invalidità di una clausola anatocistica per violazione dell’art. 1283 c.c., stante l’inesistenza di un uso normativo.

Ciò valeva per i contratti stipulati a partire dal 22.4.2000 (entrata in vigore della Delibera CICR 9.2.2000) e per quelli già pendenti al 22.4.2000, nei termini di cui di seguito.

Invero, qualche mese dopo il mutamento di indirizzo della Suprema Corte, che aveva avuto l’effetto di riportare la disciplina dell’anatocismo bancario nell’alveo del diritto comune, e segnatamente dell’art. 1283 c.c. (escludendosi una disciplina speciale derivante da un uso normativo o dalle disposizioni dettate in tema di conto corrente ordinario), con conseguente affermazione della sua illegittimità, il legislatore è intervenuto per dettare una normativa speciale sull’anatocismo bancario.

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023
RG n.

Repert. n.

Con l'art. 25 del D.L.vo 4.8.1999 n. 342 è stato introdotto un secondo comma all'art. 120 del t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.L.vo 385/93) che riconosce la validità delle clausole che prevedono la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, rimettendo al Cicer per l'adozione del provvedimento di regolamentazione delle modalità e dei criteri dell'anatocismo.

La norma pone all'organo amministrativo il solo criterio vincolante che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori che creditori. Per il resto, spetta alla delibera del Cicer stabilire le condizioni di validità delle clausole di contratti bancari che prevedono l'anatocismo.

La delibera del Cicer è intervenuta in data 9.2.2000 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 43 del 22.2.2000) ed ha stabilito le condizioni per la validità dell'anatocismo nei contratti bancari, distinguendo tra il contratto di conto corrente (art. 2) ed i contratti di finanziamento con piano di rimborso rateale (art. 3).

Secondo tali previsioni, per i contratti stipulati prima del 22.4.2000, l'art. 7 della Delibera citata (Disposizioni transitorie) recita: "1. Le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1° luglio. 2. Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e, comunque, entro il 31 dicembre 2000".

Dunque, mentre per i nuovi contratti l'art. 6 della Delibera Cicer prevede che le clausole relative alla capitalizzazione degli interessi (di cui ci deve essere espressa previsione contrattuale) non hanno effetto se non sono specificamente approvate per iscritto, con la

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023
RG n.

Repert. n.

previsione della pari periodicità di capitalizzazione degli interessi debitori e creditori, per i contratti in corso il riferimento è alla norma transitoria dell'art. 7 cennata.

Ora, a proposito delle modalità di adeguamento dei contratti pendenti, è intervenuta da ultimo la S.C. con la sentenza del 21.6.2021 n. 17634 (conf. Cass. 26769/2019; Cass. 26779/2019; Cass. 12.3.2020 n. 7105; Cass. 19.5.2020 n. 9140), ribadendo che, nei contratti di conto corrente bancario stipulati in data anteriore all'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 425 del 2000, pur non avendo interessato il comma 2 di tale disposizione, che costituisce il fondamento del potere esercitato dal CICR mediante l'adozione della predetta delibera, ha inciso indirettamente sulla disciplina transitoria dettata dall'art. 7 di tale provvedimento, in quanto, avendo fatto venir meno, per il passato, la sanatoria delle clausole che prevedevano la capitalizzazione degli interessi, ha impedito di assumerle come termine di comparazione ai fini della valutazione dell'eventuale peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, in tal modo escludendo la possibilità di provvedere all'adeguamento delle predette clausole mediante la pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*, come consentito dal comma 2 dell'art. 7, e rendendo invece necessaria una nuova pattuizione.

A sostegno di tali conclusioni, si è osservato che a) la pronuncia di incostituzionalità ha investito il solo tema della validazione delle clausole anatocistiche fino al momento in cui è divenuta operante la delibera 9 febbraio 2000, ma non ha direttamente inciso sull'attribuzione al CICR del potere di regolamentare il transito dei vecchi contratti nel nuovo regime, b) la portata retroattiva della pronuncia d'incostituzionalità impone tuttavia di considerare nulle le clausole anatocistiche inserite in contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della delibera CICR, c) la circostanza che la delibera sia stata adottata anteriormente alla pronuncia d'incostituzionalità non comporta che, ai fini del giudizio di comparazione previsto dal comma 2 dell'art. 7 della delibera, possa conferirsi rilievo all'applicazione di fatto delle predette clausole, prescindendo dall'invalidità delle stesse, d) la comparazione non deve avere ad oggetto le condizioni contrattuali nel loro complesso, ma solo la clausola anatocistica, da valutarsi in relazione al principio della pari periodicità nel conteggio degli interessi, stabilito dall'art. 2, comma 2, della delibera, e) in mancanza di



Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

una clausola valida che preveda, per almeno una delle due tipologie di interesse (attivo o passivo) una capitalizzazione da attuarsi con una data frequenza, è impossibile stabilire se il predetto criterio sia favorevole o sfavorevole per il correntista.

Dunque, per i contratti già pendenti alla data del 22.4.2000 di entrata in vigore della Delibera CICR 9.2.2000, requisito di validità della clausola anatocistica è la specifica approvazione per iscritto delle nuove condizioni.

Nel caso di specie, alla previsione della capitalizzazione degli interessi con diversa periodicità, dunque illegittima, nel contratto del 22.4.1998, non è seguita alcuna nuova pattuizione nel senso sopra precisato.

Pertanto la doglianza è fondata, sicchè va esclusa dal ricalcolo del rapporto la capitalizzazione degli interessi, senza alcuna sostituzione, così come ha fatto il CTU.

Commissione di massimo scoperto.

In proposito, si deve premettere che, in realtà, deve ormai ritenersi superata ogni questione relativa all'elemento causale della commissione di massimo scoperto, alla luce degli interventi operati dal legislatore nel biennio 2008-2009 - ovvero del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, in L. 28 gennaio 2009, n. 2 e del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni in L. 3 agosto 2009, n. 102 -, con cui si è dato ufficiale riconoscimento a tale tipologia di onere aggiuntivo rispetto agli interessi passivi, nonché della pronuncia della Cassazione 18 gennaio 2006 n. 870, la quale ha definito la stessa come "la remunerazione accordata alla Banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma", impiegata per "riequilibrare i costi sostenuti dalla Banca per approvvigionarsi del denaro da mettere a disposizione del cliente".

In disparte, quindi, ogni considerazione in ordine alla definizione ed all'astratta ammissibilità della commissione di massimo scoperto, in ossequio alle norme sulla trasparenza bancaria (dapprima la L. 17 febbraio 1992, n. 154, art. 4, e poi il D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 117 costituente il Testo Unico Bancario), la medesima commissione di massimo scoperto, per assurgere al requisito della determinatezza e determinabilità, deve anzitutto essere oggetto di pattuizione scritta; in particolare, ai sensi dell'art. 117 TUB e art. 1346 c.c., per la sua validità devono ricorrere i requisiti della

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

determinatezza o determinabilità dell'onere aggiuntivo da imporre al cliente, il che accade quando siano previsti sia il tasso percentuale della commissione, sia la base ed i criteri di calcolo, sia la periodicità di addebito, in assenza dei quali non può nemmeno ravvisarsi un vero e proprio accordo delle parti su tale pattuizione accessoria, non potendosi ritenere che il cliente abbia potuto prestare un consenso consapevole, rendendosi conto dell'effettivo contenuto giuridico della clausola e, soprattutto, del suo "peso" economico: in mancanza di ciò, l'addebito delle commissioni di massimo scoperto si traduce in una imposizione unilaterale della banca che non trova legittimazione in una valida pattuizione consensuale.

Ora, considerato che, nella specie, la cms non risulta pattuita pur risultando applicata al rapporto (v. conti scalari), l'eccezione di nullità va accolta, per cui il relativo addebito illegittimo deve essere stornato, così come gli ulteriori addebiti per commissioni successive (sostitutive) non pattuite.

Eccezione di prescrizione dell'azione di ripetizione e apertura di credito.

Si rammenta che i Giudici di legittimità a SS.UU. con la sentenza n. 24418/2010 hanno affermato che "L'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta 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 prescrizione 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".

Dunque, sono "ripristinatori" gli accrediti in conto eseguiti in un rapporto assistito da un'apertura di credito e nei limiti del fido concesso, i quali non determinano uno spostamento patrimoniale (pagamento) dal *solvens* all'*accipiens*; una diversa finalizzazione dei singoli versamenti o di alcuni di essi deve essere in concreto provata da parte di chi

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

intende far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni delle poste illegittimamente addebitate (cfr. Cass. 26.2.2014, n. 4518; conf. Cass. 25158/2020; Cass. 17998/2018; Cass. 20933/2017). In altri termini, è la banca, al fine di eccepire l'intervenuta prescrizione dell'azione di indebito, che ha l'onere di far valere l'effettuazione di rimesse solutorie in pendenza di rapporto (cfr. Cass. 28819/2017).

Qualora, invece, il conto non sia affidato oppure i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento, le rimesse sono reputate solutorie; ne discende che, eccepita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura del credito, che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata (cfr. Cass. 2660/2019; Cass. 2435/2020).

In altri termini, in un giudizio di ripetizione di indebito che riguarda rapporti ultradecennali, ove la banca convenuta eccepisca la prescrizione decennale delle rimesse contestate, come nel caso di specie, sarà, all'evidenza, onere del correntista contrastare l'eccezione.

Ora, se si ritiene (vedi Cass. 2660/2019), eccepita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dal pagamento, che è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata, e non invece della banca - nonostante i principi dettati in via generale dalla giurisprudenza di legittimità (secondo cui compete alla parte che sollevi l'eccezione di prescrizione l'onere di allegare e provare il "fatto" che, permettendo l'esercizio del diritto determina la decorrenza del termine ex art.2935 cc, restando escluso che il giudice possa accogliere l'eccezione sulla base di un fatto diverso, conosciuto attraverso un documento prodotto ad altri fini, da una diversa parte in causa - vedi, tra le altre, Cass. n. 16326/2009)- e si afferma, quindi, che la banca, qualora neghi l'esistenza di un fido o non ne allegghi l'esistenza, possa legittimamente limitarsi ad eccepire che tutte le rimesse effettuate prima di una certa data si sono prescritte, senza quindi la necessità della loro individuazione specifica (cfr. Cass. 18581/2017; Cass. 4372/2018) nel rilievo della difficoltà di onerare la banca della prova, negativa, di inesistenza di un'apertura di credito, e si ritiene, dunque, che è onere del cliente allegare e

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

provare che il rapporto di conto corrente era assistito da fido, non può dubitarsi invero che la prova possa essere fornita anche mediante *facta concludentia*.

Ed invero, non si rinviene il motivo per cui possa dimostrarsi l'esistenza di un rapporto di conto corrente anche senza contratto scritto in base agli estratti conto, salva restando l'illegittimità degli importi addebitati a qualsiasi titolo in assenza di pattuizione, e non possa invece, in base agli stessi elementi, ravvisarsi un'apertura di credito (vedi Cass. n. 85/2003; Cass. n. 3842/1996; Cass. n. 2752/1995), rammentando che la mancanza di forma scritta integrerebbe una nullità di protezione nel solo interesse del correntista.

L'esistenza di una apertura di credito può quindi essere dimostrata non soltanto tramite il documento costitutivo, ma anche per il tramite di prove indirette quali estratti conto, riassunti scalari, report di centrale rischi, ecc. (v., fra le altre, App. Torino 3.5.2013; Trib. Torino 4.4.2014, 2.7.2015, 5.1.2017; App. Napoli 28.12.2016; Trib. Milano 11.1.2017 e 11.4.2018, Trib. Firenze 29.11.2018; App. Bari 3.8.2020; Trib. Torino 8.1.2021 e 20.10.2021). Prove dell'apertura del credito ovvero della concessione di fatto dell'affidamento possono infatti trarre dalla stabilità, non occasionalità dell'esposizione a debito, dall'entità del saldo debitore, dall'assenza di tracce sensibili di un rientro del correntista, dal mancato avviso di azioni di recupero dell'esposizione debitoria, dall'utilizzo negli estratti conto e negli scalari di espressioni quali "scoperto nei limiti del fido", "APC fiduciaria" o simili, nonché dall'applicazione di tassi debitori differenziati (ovvero lo stesso tasso applicato a diversi numeri debitori) che rivelano la distinzione operata dalla banca tra interessi passivi entro fido ed extra fido (Trib. Pistoia n. 830 del 23.9.2015; Trib. Napoli n. 17/2014; Trib. Torino 1.3.2015; Tribunale di Milano Ord. 8/04/2015 R.G. 44847/2014; Tribunale Alessandria 21.2.2015; App. Milano 4.7.2018; Trib. Bergamo 3.8.2016, per il quale ulteriore prova dell'affidamento è rappresentata dalla circostanza che la banca abbia costantemente applicato la commissione di massimo scoperto, istituto che presuppone un affidamento pattizio, avente funzione di corrispettivo del servizio di messa a disposizione costante di una somma di danaro; App. Milano 4.7.2018).

Non può valere di converso l'obiezione che, in assenza di contratto scritto, non sarebbe possibile accertare il limite massimo dell'affidamento, in quanto, come chiarito dalla Suprema Corte (vedi Cass. n. 3842/1996 e Cass. 26133/2013), la predeterminazione di tale

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023
RG n.

Repert. n.

limite massimo non costituisce elemento essenziale della causa del contratto di apertura credito in conto corrente e dovendosi ritenere che, in presenza di fido di fatto (desumibile dagli elementi induttivi sopra elencati), ben può il limite massimo essere individuato nello stesso massimo scoperto "di fatto" consentito dalla banca prima dell'adozione da parte di quest'ultima di qualsivoglia iniziativa di rientro (App. Torino n. 902 del 3.5.2013; Trib. Ascoli Piceno 19.9.2016; Trib. Torino 5.1.2017) - gravando al contrario sulla banca l'onere di provare, l'esistenza, nelle forme di legge, di un fido di diverso ammontare predeterminato (v. Trib. Torino 11.3.2015).

Posti questi principi, si rileva, nel caso, che il contratto di c/c, sul quale è stata concessa un'apertura di credito con il contratto del 14.6.2007 per l'importo di €. 150 mila fino alla scadenza del 14.11.2008, è risultato affidato, da linee di credito di fatto, per tutto il tempo di svolgimento del rapporto di c/c.

Ciò è quanto risulta dai seguenti elementi: 1) l'applicazione sistematica della cms per come risulta dagli estratti conto prodotti, 2) i fidi accordati fin dal 1998 comunicati dall'Istituto di credito alla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia, 3) la non occasionalità di tali affidamenti che hanno accompagnato il rapporto per tutto lo svolgimento, 4) infine, dalla circostanza che la Banca non ha nemmeno allegato di avere proposto azioni di recupero per l'esposizione debitoria (tale sarebbe ogni sconfinamento in assenza di linee di credito).

Ciò posto, il CTU ha valutato, tenendo conto di tutti gli affidamenti a valere sul c/c, le rimesse ripristinatorie e quelle solutorie, che, annotate nel periodo precedente al decennio anteriore alla data di ricezione della notifica dell'atto di citazione, hanno coperto gli addebiti illegittimi di cui sopra, escludendo dal calcolo, finalizzato a rideterminare il saldo finale del rapporto di c/c, gli addebiti coperti da tali pagamenti.

Pertanto, in parziale accoglimento dell'eccezione di prescrizione, deve concludersi (rinviando agli approfondimenti contenuti nella CTU) che, dalla rielaborazione del conto secondo quanto appena detto, eliminando dallo stesso tutti gli addebiti riferiti a interessi, commissioni di massimo scoperto, oneri e spese non pattuite (ad eccezione di imposte e tasse), il saldo finale è pari ad €. 91.317,63 a credito dell'attrice.

Sentenza n. 584/2023 pubbl. il 26/04/2023

RG n.

Repert. n.

Dunque, la Banca va condannata alla restituzione in favore dell'attrice di €. 91.317,63, oltre gli interessi dalla domanda al soddisfo *ex art.* 2033 cc.

Spese di lite.

Liquidate come in dispositivo seguono la soccombenza; sono poste definitivamente a carico della Banca le spese di CTU liquidate nel corso del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale di Pescara, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- dichiarata la nullità della capitalizzazione trimestrale, della commissione di massimo scoperto, degli interessi di fatto e delle ulteriori spese applicate dalla Banca in relazione al rapporto di c/c n. _____ condanna la Banca convenuta alla restituzione degli importi indebitamente percepiti pari ad €. 91.317,63, oltre interessi legali dalla domanda al soddisfo;
- condanna la convenuta alla rifusione, in favore dell'attrice, delle spese di lite, che liquida in €. _____ per compensi (dm 147/22, scaglione da _____ euro, parametri), €. _____ per spese vive, oltre 15% per rimborso forfettario, iva e cap;
- pone definitivamente a carico della Banca le spese di CTU liquidate nel corso del giudizio.

Pescara, 22.4.2023.

Il Giudice

-Dott. _____

