

Prescrizione del diritto alla ripetizione

Tribunale di Verona, 27 ottobre 2015. Estensore E. Tommasi di Vignano.

Liberazione del fideiussore ex art. 1956 cod.civ.

Rientra nell'onus probandi del fideiussore che eccepisca la propria liberazione ex art. 1956 cod.civ. la dimostrazione del duplice requisito della concessione di nuovo credito da parte della banca (requisito oggettivo) e della consapevolezza della banca stessa del significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore (requisito soggettivo).

La situazione di tensione finanziaria dell'impresa affidata, pur imponendo un prudente monitoraggio da parte della banca, non è di per sé indice tale da imporre alla banca stessa la repentina revoca degli affidamenti.

La concessione di nuovo credito da parte del creditore ex art. 1956 cod.civ. assume rilevanza rispetto alla liberazione del fideiussore soltanto nei casi nei quali essa si traduca in una violazione del dovere di solidarietà contrattuale gravante sul creditore, nella cui osservanza trova realizzazione l'obbligo del creditore di comportarsi secondo il canone della buona fede nell'esecuzione del contratto di garanzia, sicché, in assenza di indici specifici che il nuovo credito è concesso al debitore in danno del fideiussore, cioè nonostante la consapevolezza del creditore del sopravvenuto rischio di insolvenza del garantito, deve escludersi che il consentire temporaneamente e prudenzialmente da parte della banca la prosecuzione del rapporto senza interromperlo in via di autotutela e, quindi, senza impedire gli atti di utilizzazione della provvista da parte del debitore, integri di per sé un comportamento contrario a buona fede, dovendo semmai ritenersi contraria a buona fede la repentina revoca da parte della banca di ogni affidamento o linea di credito alla prima comparsa di indici di debolezza finanziaria del debitore non univoci e potenzialmente leggibili come sintomatici di una condizione di temporanea o comunque superabile difficoltà dell'impresa.

Domanda di rettifica del saldo

Proposta dal cliente l'azione di nullità con rettifica del saldo del conto corrente, l'individuazione di fatti qualificabili quali 'pagamenti' del cliente alla banca in corso di rapporto assume rilevanza autonoma come materia di eccezione quando la banca eccepisca la prescrizione del connesso diritto restitutorio del correntista: in tal caso, l'esistenza di pagamenti ultradecennali

opera come limite all'azione di nullità (cfr. art. 1422 cod.civ.), impedendo che nella rideterminazione del dare-avere si tenga conto del credito restitutorio del correntista.

La domanda di rettifica del saldo passivo del conto in favore del correntista comporta di per sè anche effetti restitutori quando il saldo rettificato decresce da negativo '-n' sino a saldo zero.

Deve escludersi l'interesse del correntista ex art. 100 c.p.c. al mero accertamento di un eventuale credito irripetibile, salva puntuale specificazione da parte dell'attore dell'interesse concreto e attuale ad agire, cioè del risultato utile concretamente conseguibile dall'accertamento del credito prescritto.

Prescrizione dell'azione di ripetizione del correntista: dies a quo dall'annotazione a debito e non dalla chiusura del conto

In applicazione del principio generale secondo il quale la proposizione della domanda giudiziale ha efficacia interruttiva della prescrizione ai sensi degli artt. 2943 e 2945 cod.civ., deve ritenersi che anche la domanda giudiziale del correntista di accertamento negativo del credito della banca (intimamente connessa a quella di rettifica del saldo) interrompa la prescrizione della eventuale domanda restitutoria della prestazione eseguita dal cliente in esecuzione del negozio nullo, essendo quest'ultima una domanda strettamente consequenziale a quella di accertamento della nullità.

Il principio generale per cui la domanda giudiziale del correntista di accertamento negativo del credito della banca interrompe la prescrizione della eventuale domanda restitutoria della prestazione eseguita dal debitore in esecuzione del negozio nullo trova uno specifico fondamento normativo nel combinato disposto degli artt. 1832, 2 comma, 1852 e 2935 cod.civ..

La sequenza di annotazioni - incidendo sul saldo disponibile del conto, che si modifica di momento in momento - determina uno spostamento patrimoniale immediato dal correntista in favore della banca, cioè di fatto un 'pagamento' autonomo ed anticipato rispetto all'evidenza contabile che di esso offre l'estratto conto comunicato al correntista alla prima chiusura periodica successiva all'annotazione. Dovendosi ritenere dimostrato ex art. 1852 cod.civ. che il correntista può in ogni momento esercitare il proprio diritto al pagamento delle somme risultanti a suo credito (diversamente da quanto accade nel conto corrente ordinario ex art. 1823 cod.civ., in cui sono inesigibili sino a scadenza i crediti di entrambi i correntisti), deve correlativamente ritenersi che egli possa esercitare tale diritto dalla data di ciascuna annotazione di

poste passive da parte della banca, in quanto incidente immediatamente sul saldo a suo credito e, quindi, integrante uno spostamento patrimoniale (anche ai sensi dell'art. 2033 cod.civ.) che, ove indebita, cioè mancante di una causa giustificativa, è suscettibile di ripetizione, con la conseguenza che la prescrizione dell'azione di ripetizione del correntista decorra non già dalla chiusura definitiva del conto bensì dalla data di ogni singola annotazione in conto da parte della banca.

Anatocismo

A fronte di clausole anatocistiche nulle per l'intera durata del rapporto, il saldo finale del conto va ricalcolato conteggiando gli interessi convenzionali senza alcuna capitalizzazione, in conformità a quanto affermato da Cass. 24418/10 sullo specifico tema della capitalizzazione.

Usura e Istruzioni della Banca d'Italia nel regime anteriore alla L. 2/09

In tema di usura, per il periodo precedente all'entrata in vigore della L. n. 2/09, non si condivide l'assunto teorico che ricollega il metodo di calcolo del TEG alla diretta applicazione del principio di cui all'art. 644, 4 comma cod.pen., che ricomprensce nel calcolo del TEG anche la CMS, poiché: a) porta alla 'disapplicazione' delle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108/96, che espressamente escludono la CMS dal computo del TEG prevedendone la rilevazione separata, senza tuttavia considerare che la stessa legge 108/96, nel rimettere all'autorità amministrativa ministeriale il compito del rilevamento periodico dei tassi, esige la rilevazione comparata di "...operazioni della stessa natura", cioè di elementi omogenei tra loro, quali non sono gli interessi e la CMS, ove concepita come "...il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto"; b) non tiene conto del fatto che, riconosciuta nell'art. 644 una norma penale in bianco suscettibile di eterointegrazione per la determinazione del "...limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari", sono gli stessi Decreti Ministeriali di rilevazione dei tassi usurari, emessi ai sensi dell'art. 2 della legge n. 108/96 e, quindi, integrativi della stessa norma penale (cfr. art. 644, 3 comma, cod.pen.), ad elevare a rango di legge il criterio tecnico della B.I.; c) contrasta con la ultima parte del 2 comma dell'art. 2 bis della legge n. 2/09, che ha previsto l'inclusione della CMS nel calcolo del TEG solo a partire dalla data dell'entrata in vigore della legge

stessa, confermando per il periodo precedente la disciplina anteriormente in vigore.

CMS: nullità per indeterminatezza della clausola

In tema di CMS, le clausole di commissione di massimo scoperto debbono ritenersi nulle per indeterminatezza dell'oggetto ex art. 1346 e 1418 cod.civ. quando recano solo il valore percentuale della commissione rispetto allo scoperto del conto e la periodicità di calcolo, senza alcuna specificazione sul concreto meccanismo di funzionamento della commissione (cioè se la CMS vada riferita al montante utilizzato o alla provvista accordata, ovvero se l'indicata percentuale debba riferirsi al momento 'x' di punta massima dello scoperto ovvero a un periodo più prolungato di 'n gg' di tale scoperto ovvero ancora alla media dello scoperto distribuito su più giorni, etc.), così da risultare pattuite in modo insufficientemente determinato e quindi difforme da quanto previsto dall'art. 1346 cod.civ. in materia di requisiti dell'oggetto del contratto, non consentendo al correntista di comprendere il concreto criterio di computo della commissione, il suo funzionamento e lo specifico impatto sui saldi trimestrali di chiusura periodica del conto.

Onere di documentare i flussi di denaro sul conto corrente bancario e art. 2697 cod.civ.

Il criterio di distribuzione dell'onere di documentare i flussi di denaro sul conto corrente bancario va agganciato al principio di cui all'art. 2697 cod.civ. ("chi vuol fare valere in giudizio un diritto ha l'onere di provarne i fatti costitutivi"), con l'effetto di far gravare sull'attore in senso sostanziale, cioè su colui il quale fa valere la pretesa in giudizio, il relativo onere probatorio, sicchè sulla banca ricorrente in via monitoria grava l'onere di produrre non solo la documentazione contrattuale inerente il rapporto fatto valere in giudizio ma anche tutti gli estratti conto, rappresentativi dei flussi finanziari sul conto, cioè il dettaglio crono-contabile del credito azionato.

Finanziamento concesso per ripianare una pregressa esposizione di conto corrente e principio di causalità del negozio

Il finanziamento concesso per ripianare una pregressa esposizione di conto corrente non è di per sé privo di causa, tenuto conto che: 1) il contratto di mutuo è un contratto a causa tipica; 2) nel nostro ordinamento, il difetto di causa negoziale si traduce nell'assenza di una funzione concreta del negozio, tale da rendere ingiustificata

l'operazione economica sottesa al contratto, e, a differenza del tipo negoziale (che opera principalmente sul fronte della configurabilità dell'operazione quindi della tipicità della figura negoziale), la causa ('concreta') opera prevalentemente sul piano della atipicità e pone essenzialmente problemi di liceità dell'interesse concretamente perseguito dalle parti; 3) sul piano della cd. 'causa concreta', cioè della finalità concretamente impressa dalle parti all'operazione economica, il mutuo stipulato per estinguere una preesistente scopertura di conto corrente realizza un'operazione di consolidamento del debito a breve con un debito a medio o lungo termine, cioè una sorta di ristrutturazione del debito, cosicché la causa di 'finanziamento' dell'erogazione - ferma restando la tradizione rei per il perfezionamento del contratto reale di mutuo - si rinviene nella dilazione del pagamento dovuto, che, anche al di fuori della tipicità causale, realizza un'operazione comunque diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico ex art. 1322 cod.civ..

(Massime a cura di E. Tommasi di Vignano – Riproduzione riservata)

N. R.G. 6746/2011

SENTENZA
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di VERONA
TERZA SEZIONE CIVILE

nella causa civile di I Grado iscritta al n. R.G. 6746/2011

promossa da:

E. BA.

PARTE OPPONENTE

contro

ITALFONDIARIO SPA

PARTE OPPOSTA

ritenuta la legittimità processuale della motivazione c.d. *per relationem* (cfr. Cass. 3636/07; Cass. Sez. Lav. 8053 del 22/5/12 e, da ultimo, Cass. 11199 del 4/7/12) ed evidenziato che per consolidata giurisprudenza del S.C. il giudice, nel motivare 'concisamente' la sentenza secondo i dettami di cui all'art. 118 disp.att.c.p.c., non è tenuto ad esaminare specificamente ed analiticamente tutte le questioni sollevate dalle parti, potendosi limitare alla trattazione delle sole questioni - di fatto e di diritto - che risultano "...rilevanti ai fini della decisione" concretamente adottata (Cass., n. 17145/06);

osserva:

E. Ba., in veste di fideiussore di Ba. S.a.s. di Aurelio Ba. e C., ha opposto il decreto monitorio ottenuto da Italfondionario, per conto di Cassa di

Risparmio del Veneto S.p.A., di € 200.000,00 a titolo di saldo negativo di un'apertura di credito in conto corrente siglata dalla società debitrice nonché per le rate non pagate di un doppio mutuo concesso nel 2003 da Cassa di Risparmio del Veneto S.p.A., chiedendo accertarsi: 1) il difetto di legittimazione processuale di Italfondario per difetto di procura a rappresentare la Cassa di Risparmio del Veneto S.p.A.; 2) la liberazione del fideiussore ex art. 1956 cod.civ. per violazione della buona fede da parte della banca nel mantenimento in essere della linea di credito nonostante il peggioramento delle condizioni patrimoniali della società debitrice; 3) la nullità degli interessi ultralegali, anatocistici e usurari nonché della CMS applicati dalla banca sul conto corrente n. 1353/26 dall'accensione alla data di recesso della banca dal rapporto, con conseguente ricalcolo e rettifica del saldo; 3) la nullità del contratto di doppio mutuo siglato dalla società debitrice nel settembre 2003, *"...in quanto gli stessi sono stati richiesti a seguito di un errato, ingiustificato ed illegittimo saldo passivo del conto corrente, che anziché presentare un saldo passivo come rappresentato dalla Banca avrebbe dovuto presentare un rilevante saldo attivo"* (cfr. atto di citazione pag. 10), con richiesta di accertare che nulla è dovuto alla banca dall'opponente al detto titolo; 4) il risarcimento del danno non patrimoniale e morale.

Italfondario si è costituita in giudizio tempestivamente eccependo in via preliminare la prescrizione del credito restitutorio per le annotazioni/pagamenti eseguiti in data anteriore al decennio dalla notifica dell'atto di citazione. Nel merito ha contestato la fondatezza di tutte le domande ed eccezioni attoree, chiedendone il rigetto integrale.

L'opposizione è parzialmente fondata e merita accoglimento per quanto di ragione.

L'eccezione preliminare dell'opponente di carenza di legittimazione ad agire e processuale della banca ricorrente è infondata, come si ricava dalla produzione in atti da parte dell'opposta delle copie degli atti notarili con i quali sono state conferite le procure a Italfondario S.p.A. da parte di Cassa di Risparmio del Veneto S.p.A. (cfr. doc.ti 2 e 3 della banca opposta).

Va parimenti ritenuta infondata l'eccezione dell'opponente di liberazione del fideiussore ai sensi dell'art. 1956 cod.civ. per avere la Banca asseritamente concesso credito alla società debitrice nella consapevolezza del deterioramento delle sue condizioni economiche senza autorizzazione del fideiussore.

Premesso che nel caso di specie il fideiussore opponente non ha in alcun modo contestato il contratto di fideiussione (cfr. doc. 3 monitorio, prodotto in originale), è noto che l'art. 1956 cod.civ. realizza uno strumento di tutela del fideiussore da comportamenti contrari a buona fede della banca che, consapevole di poter fare comunque affidamento sul distinto patrimonio del garante, concede nuovo credito al debitore, successivamente al rilascio della fideiussione e senza l'autorizzazione del garante, pur essendo a conoscenza del significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore medesimo.

Rientra, quindi, nell'*onus probandi* del fideiussore che eccepisca la propria liberazione ex art. 1956 cod.civ. la dimostrazione del duplice requisito della concessione di nuovo credito da parte della banca (requisito oggettivo) e della consapevolezza della banca stessa del significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore (requisito soggettivo).

In conformità alla *ratio* della norma (salvaguardare il fideiussore da comportamenti della banca per lui pregiudizievoli e contrari a buona fede), presupposto implicito della sua applicazione è che il fideiussore non sia né possa altrimenti essere a conoscenza dell'aggravamento delle condizioni patrimoniali del debitore, invece potenzialmente conoscibili dalla banca.

È sufficiente, nel caso di specie, evidenziare: 1) che il contratto di fideiussione siglato dall'opponente, all'art. 6, 2 comma, prevede l'espresso obbligo del fideiussore di "*tenersi al corrente delle condizioni patrimoniali del debitore e, in particolare, di informarsi presso lo stesso dello svolgimento dei suoi rapporti con la Banca*", sicché, gravando contrattualmente sul fideiussore l'onere di tenersi al corrente delle condizioni economiche della società garantita, deve escludersi che la sua eventuale ignoranza di tali condizioni possa ritenersi a lui non imputabile; 2) che l'opponente si limita ad imputare alla banca, genericamente, il mantenimento in essere del rapporto di conto corrente, senza individuare gli atti di ulteriore concessione di credito da parte della banca rispetto al momento, collocato nel 2008-2009, di preteso deterioramento delle condizioni economiche del debitore, tenuto conto che, dopo l'accensione dell'originario conto corrente nel 1990 (cfr. doc. 11 della banca), le aperture di credito e i finanziamenti risalgono al 2003, cioè ad epoca ben precedente all'indicato momento di peggioramento delle condizioni del debitore, e il conto corrente è rimasto aperto sino al 12/5/10.

Ora, rispetto alla conoscenza della sopravvenuta condizione di tensione finanziaria della società debitrice, condizione peraltro comune a partire dal 2008 a molte imprese operanti sul mercato italiano, risulta che, nel caso di specie, la Banca ha assunto un contegno di temporaneo e prudentiale supporto all'impresa, che, in difetto di più specifiche deduzioni dell'opponente, non può certamente ritenersi contrario a buona fede. Invero, in considerazione delle condizioni economiche peculiari della debitrice e generali del contesto internazionale ed altresì della pluriennalità del rapporto tra le parti, non assume rilevanza decisiva il fatto che la banca abbia consentito la prosecuzione del rapporto di conto corrente senza interromperlo fino a maggio 2010 e, quindi, lasciato che la società debitrice compisse in detto periodo atti di disposizione delle somme accordate, atteso che: a) deve escludersi che la banca, successivamente ai protesti e al pignoramento del 2008 e 2009, abbia aperto nuove linee di credito o concesso nuovi finanziamenti alla società, che è rimasta debitrice nei confronti della banca in base ai soli originari contratti azionati in via monitoria; b) la situazione di tensione finanziaria dell'impresa affidata, pur imponendo un prudente monitoraggio da parte della banca, non è di per sé indice tale da imporre alla banca stessa la repentina revoca degli affidamenti; c) sino alla formale revoca del rapporto, l'apertura di credito obbliga la banca a tenere a disposizione del

correntista la somma convenuta, sicché l'effettiva utilizzazione è poi rimessa alle scelte unilaterali del correntista medesimo; d) se è vero che è per effetto di tale concreta utilizzazione che sorge o si incrementa il debito di restituzione cui la garanzia fideiussoria accede - sicché in tale prospettiva ogni singolo atto di concreta utilizzazione della provvista accordata può essere interpretato come concessione di nuovo credito ex art. 1956 cod.civ. (cfr. Cass. n. 21730/10) - è anche vero che la concessione di nuovo credito da parte del creditore ai sensi della detta norma assume rilevanza rispetto alla liberazione del fideiussore soltanto nei casi nei quali essa si traduca in una violazione del dovere di solidarietà contrattuale gravante sul creditore, nella cui osservanza trova realizzazione l'obbligo del creditore di comportarsi secondo il canone della buona fede nell'esecuzione del contratto di garanzia, sicché, in assenza di indici specifici che il nuovo credito è concesso al debitore in danno del fideiussore, cioè nonostante la consapevolezza del creditore del sopravvenuto rischio di insolvenza del garantito, deve escludersi che il consentire temporaneamente e prudenzialmente da parte della banca la prosecuzione del rapporto senza interromperlo in via di autotutela e, quindi, senza impedire gli atti di utilizzazione della provvista da parte del debitore, integri di per sé un comportamento contrario a buona fede, dovendo semmai ritenersi contraria a buona fede la repentina revoca da parte della banca di ogni affidamento o linea di credito alla prima comparsa di indici di debolezza finanziaria del debitore non univoci e potenzialmente leggibili come sintomatici di una condizione di temporanea o comunque superabile difficoltà dell'impresa.

L'eccezione di liberazione del fideiussore va pertanto respinta.

Va, poi, esaminata l'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca, non senza precisare che, proposta dal cliente l'azione di nullità con rettifica del saldo del conto corrente, l'individuazione di fatti qualificabili quali 'pagamenti' del cliente alla banca in corso di rapporto assume rilevanza autonoma come materia di eccezione quando la banca eccepisca la prescrizione del connesso diritto restitutorio del correntista: in tal caso, l'esistenza di pagamenti ultradecennali [intesi, come si vedrà meglio *infra*, quali spostamenti patrimoniali dal correntista in favore della banca] opera come limite all'azione di nullità (cfr. art. 1422 cod.civ.), ossia impedisce che nella rideterminazione del dare-avere si tenga conto del credito restitutorio del correntista (cfr. Trib. Torino, 12/11/14, est. Astuni), dovendosi in tale prospettiva tener conto che: 1) per quanto si vedrà *infra*, la domanda di rettifica del saldo passivo del conto in favore del correntista comporta di per sé anche effetti restitutori quando il saldo rettificato decresce da negativo '-n' sino a saldo zero; 2) deve escludersi l'interesse del correntista ex art. 100 c.p.c. al mero accertamento di un eventuale credito irripetibile, salva puntuale specificazione da parte dell'attore dell'interesse concreto e attuale ad agire, cioè del risultato utile concretamente conseguibile dall'accertamento del credito prescritto, specificazione che nella specie è completamente mancata.

In materia di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito del correntista è noto che, con la sentenza n. 24418/10, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha ribadito che, rispetto alla peculiare ipotesi del rapporto di apertura di credito in conto corrente, va mantenuto fermo

l'orientamento consolidato secondo il quale il termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme trattenute dalla banca indebitamente a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente decorre dalla chiusura definitiva del rapporto, poiché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro (cfr. Cass. n. 2262/84 e Cass. n. 10127/05, espressamente richiamate da Cass. SS.UU. 24418/10): la Corte non ha mancato di osservare che tale assunto si giustifica non tanto in ragione dell'unitarietà del rapporto giuridico derivante dal contratto di conto corrente bancario, quanto perché il pagamento di cui all'art. 2033 cod.civ., per dar vita ad un'eventuale pretesa restitutoria di chi assume di averlo indebitamente effettuato, deve essersi tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte di quel medesimo soggetto (il *solvens*) con conseguente *spostamento patrimoniale* in favore di altro soggetto (l'*accipiens*) e lo si può dire indebito quando difetti di un'idonea causa giustificativa, sicché non può ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico definibile come pagamento, perché prima di quel momento non è configurabile alcun diritto di ripetizione. Nel descrivere l'atto definibile come pagamento, la Corte ha posto il *focus* della propria indagine sui '*versamenti*' effettuati dal correntista, cioè sulle rimesse *stricto sensu* di quest'ultimo sul conto, ed ha affermato che se, pendente l'apertura di credito, il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, deve ritenersi indiscutibile che non vi sia alcun pagamento da parte sua prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato.

Partendo da tale presupposto, la Corte ha quindi richiamato la distinzione, nota alla dottrina e alla giurisprudenza in materia fallimentare, tra rimessa ripristinatoria e rimessa solutoria, assumendo che un pagamento astrattamente suscettibile di ripetizione ove indebito sia configurabile soltanto nell'ipotesi di rimessa solutoria, cioè di rimessa avvenuta o su un conto scoperto perché non affidato ovvero su un conto affidato ma con passivo eccedente i limiti dell'affidamento, poiché in tal caso il versamento del correntista ha la finalità di soddisfare il diritto restitutorio della banca, mentre non vi è un pagamento nemmeno astrattamente suscettibile di ripetizione nell'ipotesi di rimessa ripristinatoria, cioè di rimessa avvenuta su un conto il cui passivo non abbia superato il limite dell'affidamento, poiché in tal caso il versamento non ha né lo scopo né l'effetto di soddisfare la pretesa della banca medesima di vedersi restituire le somme erogate, bensì soltanto l'effetto di riespandere la misura dell'affidamento utilizzabile. A chiusura del cerchio, la Corte ha quindi osservato che, in caso di versamento avente natura solutoria e cioè integrante un pagamento, la prescrizione decennale dell'azione di ripetizione decorre in corso di rapporto, e in particolare dalla data del versamento, mentre in caso di versamento avente natura ripristinatoria, e cioè non integrante un pagamento, la prescrizione decennale decorre solo dal momento della chiusura del conto corrente, quando cioè il correntista è chiamato ad effettuare il versamento solutorio finalizzato alla restituzione degli importi a debito.

Ritiene questo giudice che, pur nella massima autorevolezza del precedente in quanto espressione del massimo organo di nomofilachia del

nostro ordinamento, il ragionamento della Corte non convinca e non sia perciò pienamente condivisibile.

Per le ragioni che si diranno, non convince né il punto di partenza del ragionamento della Corte, che pone al centro dell'indagine ricostruttiva la 'fenomenologia' del rapporto di apertura di credito regolata in conto corrente, né l'affermazione conclusiva, fondata sulla distinzione tra rimessa solutoria e rimessa ripristinatoria, secondo la quale in presenza di apertura di credito in conto corrente il termine prescrizione dell'azione decorre dalla chiusura del conto ogni volta in cui sia configurabile un versamento intra fido del correntista.

A parere di questo giudice, per il corretto approccio al tema in esame, deve innanzitutto tenersi conto del principio generale secondo il quale la proposizione della domanda giudiziale ha efficacia interruttiva della prescrizione ai sensi degli artt. 2943 e 2945 cod.civ. con riguardo a tutti i diritti che si ricolleghino con stretto nesso di causalità al rapporto cui essa inerisce (Cassazione civile sez. III 15 luglio 2011 n. 15669; Cass. civ. 18 gennaio 2011, n. 1084; Cass. civ. 1 ottobre 1997, n. 9589; Cass. civ. 14 giugno 1988, n. 4031; Cass. civ. 11 novembre 1977, n. 4884).

Orbene, premessa come pacifica la distinzione tra l'azione di nullità del correntista, che è azione di accertamento negativo imprescrittibile, e l'azione di ripetizione dell'indebitto, che è azione di condanna soggetta a prescrizione decennale, deve ritenersi che anche la domanda giudiziale di accertamento negativo del credito (intimamente connessa a quella di rettifica del saldo) interrompa la prescrizione della eventuale domanda restitutoria della prestazione eseguita dal debitore in esecuzione del negozio nullo, essendo quest'ultima una domanda strettamente consequenziale a quella di accertamento della nullità.

In tale prospettiva, ritiene la scrivente che il principio espresso dagli artt. 2943 e 2945 cod.civ. trovi applicazione anche rispetto all'azione del correntista di accertamento negativo del credito vantato dalla banca sulla base di clausole contrattuali nulle per violazione di norme imperative ovvero non pattuite, dovendo escludersi che ricorrano ragioni tali da ritenere che in materia di operazioni bancarie regolate in conto corrente il detto principio debba essere derogato.

Non può costituire valida ragione di deroga del detto principio l'affermazione 'tradizionale' (cfr. Cass. n. 2262/84; Cass. 10127/05) secondo la quale il rapporto di conto corrente bancario realizza un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, poiché è la stessa Corte di Cassazione con la sentenza n. 24418/10 in esame a chiarire che l'assunto della natura unitaria del rapporto di conto corrente non è di per sé elemento decisivo al fine di individuare nella chiusura del conto il momento da cui debba decorrere il termine di prescrizione, bastando pensare alla corresponsione dei canoni di locazione, in cui l'unitarietà del rapporto contrattuale e il fatto che sia destinato a protrarsi nel tempo non impedisce di qualificare indebitto ciascun singolo pagamento non dovuto, se ciò dipende dalla nullità del titolo giustificativo dell'esborso, sin dal momento in cui il pagamento medesimo abbia avuto luogo.

Nemmeno costituisce convincente ragione di deroga al suesposto principio il richiamo di Cass. n. 24418/10 alla distinzione tra rimessa solutoria e rimessa ripristinatoria in conto corrente bancario cui acceda un'apertura di credito, trattandosi di categorie ricorrenti nella dottrina e giurisprudenza in materia fallimentare per individuare le 'rimesse' del correntista assoggettabili a revocatoria, ma che probabilmente non si prestano a terreni diversi da quello del fallimento, in cui il debitore correntista è *in bonis* e non si pongono esigenze di tutela del concorso dei creditori e della *par condicio creditorum*. Non convince, invero, nel ragionamento della Corte l'aver posto al centro dell'indagine connessa alla individuazione della decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione il 'versamento' da parte del correntista, cioè tecnicamente la rimessa di denaro del correntista sul conto corrente, tenuto conto che la domanda del correntista ha ad oggetto innanzitutto l'accertamento della nullità delle clausole contrattuali in base alle quali la banca effettua sul conto l'annotazione (a debito) di poste passive (per interessi, per CMS, etc.) e solo eventualmente, in caso sia individuabile uno spostamento patrimoniale privo di titolo, la ripetizione delle somme indebitamente pagate. Rispetto all'atto di 'annotazione a debito' da parte della banca di poste per interessi, CMS etc., e alla relativa indagine se esso, incidendo come si dirà sul saldo disponibile, dia luogo o meno ad uno spostamento patrimoniale integrante pagamento indebito, non sembra utile (risultando anzi fuorviante) la distinzione tra rimessa solutoria e rimessa ripristinatoria, poiché, in materia di operazioni bancarie regolate in conto corrente, detta distinzione - che pure acquista autonomia e decisiva rilevanza in materia fallimentare, ove si tratta di stabilire proprio quali rimesse, cioè quali versamenti, del correntista siano assoggettabili ad azione revocatoria in quanto aventi funzione solutoria e quali no in quanto non aventi tale funzione - trascura completamente l'analisi della funzione e degli effetti giuridici dell'*annotazione a debito in conto corrente bancario* da parte della banca (rispetto alla quale la Corte - in modo non del tutto persuasivo - assume che "...in nessun modo si risolve in un pagamento poiché non vi corrisponde alcuna attività solutoria del correntista in favore della banca" (con l'effetto che non può farsi decorrere da detta annotazione il *dies a quo* del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito).

Pur a voler abbracciare la prospettiva seguita dalla Corte con la sentenza in esame - fondata sull'individuazione di un atto giuridico integrante un *pagamento* - ritiene il giudice che il principio generale sopra enunciato (la domanda giudiziale del correntista di accertamento negativo del credito della banca interrompe la prescrizione della eventuale domanda restitutoria della prestazione eseguita dal debitore in esecuzione del negozio nullo) trovi uno specifico fondamento normativo nel combinato disposto degli artt. 1832, 2 comma, 1852 e 2935 cod.civ..

Il secondo comma dell'art. 1832 cod.civ., disciplinante il contratto di conto corrente ordinario ma espressamente richiamato dall'art. 1857 cod. civ. per le operazioni regolate in conto corrente, nel descrivere il meccanismo dell'impugnazione del conto per errori di scritturazione o di calcolo, fa espresso riferimento all'estratto conto relativo alla *liquidazione di chiusura del conto*, che è pacifico essere la liquidazione di chiusura *periodica* del conto, cioè quella che, nella prassi invalsa tra le banche in

epoca precedente alla delibera CICR del 2000, era la chiusura *trimestrale* del conto, finalizzata al riporto periodico in conto degli interessi e delle competenze maturate sulle somme oggetto d'affidamento e alla rendicontazione da parte della banca, tramite la comunicazione dell'estratto conto, delle prestazioni rese in favore del correntista secondo lo schema del mandato (cfr. art. 1856 cod.civ.).

Il pacifico riferimento dell'art. 1832, 2 comma, cod.civ. alla liquidazione di chiusura *periodica* del conto consente di ipotizzare il contratto di conto corrente come un rapporto astrattamente suscettibile di essere suddiviso in plurimi segmenti distinti, ognuno dei quali corrispondente al periodo intercorrente tra l'una e l'altra liquidazione periodica e, quindi, di ritenere superabile la premessa dogmatica dell'orientamento – peraltro già richiamato criticamente dalla stessa Cass. n. 24418/10 - secondo il quale, all'opposto, il rapporto di conto corrente va inteso come “...un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro”.

L'astratta idoneità del conto corrente ad essere suddiviso in segmenti distinti ed autonomi potrebbe invero consentire di affermare, diversamente da quanto sembra assumere Cass. n. 24418/10, che il rimborso delle spese sostenute e il pagamento del compenso maturato, così come la restituzione delle eventuali somme anticipate e degli interessi maturati sulle somme oggetto d'affidamento, avviene in corso di rapporto e in particolare ad ogni chiusura periodica del conto, e non già alla sua chiusura definitiva, con l'effetto che può riconoscersi che è la stessa attività della banca di regolazione in conto corrente ad ogni chiusura periodica a determinare il ‘pagamento’ di competenze e interessi e, quindi, ad integrare un'attività *solutoria* come tale suscettibile di realizzare, quantomeno ad ogni chiusura periodica del conto, uno spostamento patrimoniale dal correntista in favore della banca, integrante, ove mancante di causa giustificativa e quindi indebito, un pagamento ripetibile (cfr. per tale interpretazione Trib. Lucca 10/5/13).

Sviluppando ulteriormente il ragionamento, può a questo punto affermarsi che al centro dell'analisi va posto non tanto il contratto di apertura di credito in conto corrente (con il volano delle modifiche della provvista accordata) quanto direttamente il rapporto di conto corrente bancario, quale negozio autonomo dai contratti generatori di provvista che vi accedono e dotato di una operatività sua propria, estranea ai contratti predetti.

Pur nella consapevolezza che non è questa la sede per affrontare *funditus* l'analisi degli effetti giuridici del meccanismo di *regolazione in conto* tipico del contratto di conto corrente bancario, è qui sufficiente affermare, citando autorevole dottrina, che la chiave di lettura dell'operatività del conto corrente bancario va ricercata nell'art. 1852, cod.civ., a tenore del quale “...il correntista può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito”, per trarne la conclusione che la funzione centrale del negozio si individua “...nella conversione della moneta legale in moneta bancaria, scritturale, con pieno valore solutorio nei rapporti tra banca e cliente”, cioè nella regolazione dei reciproci rapporti di dare e

di avere tra le parti tramite *annotazione e conseguente immediata variazione del saldo disponibile* (non essendo un caso - come sottolinea la dottrina richiamata - che il codice parli, avuto riguardo al correntista, non già del diritto di *esigere* crediti via via annotati bensì del diritto di *disporre delle somme* risultanti a suo credito, cioè del *saldo*, e di disporre "*in qualsiasi momento*", dove l'immediata disponibilità del *saldo del conto* corrisponde per la moneta bancaria alla fisica e immediata disponibilità della moneta legale, essenziale a quest'ultima per il concreto esercizio del potere di acquisto).

Ciò ipotizzato sul piano ricostruttivo, appare allora evidente che occorre spostare il *focus* dell'indagine dalla *rimessa* in conto del correntista agli effetti giuridici della '*annotazione*' di poste passive sul conto da parte della banca, e prendere atto che la sequenza di annotazioni - incidendo sul *saldo disponibile* del conto, che si modifica di momento in momento - determina uno spostamento patrimoniale immediato dal correntista in favore della banca, cioè di fatto un '*pagamento*' autonomo ed anticipato rispetto all'evidenza contabile che di esso offre l'estratto conto comunicato al correntista alla prima chiusura periodica successiva all'annotazione (come emerge chiaramente se si considera il caso in cui il correntista, immediatamente dopo l'annotazione di una posta passiva indebita da parte della banca, esiga il saldo a suo credito sul conto corrente, poichè in tal caso è certo che il *saldo disponibile* dal correntista è quello già decurtato della detta posta indebita).

In tale prospettiva, non persuade l'affermazione di Cass. n. 24418/10 secondo la quale, a fronte di un versamento su un conto il cui passivo non abbia superato il limite dell'affidamento, "*...la circostanza che, in quel momento, il saldo passivo del conto sia influenzato da interessi illegittimamente fin lì computati si traduce in un'indebita limitazione di tale facoltà di maggior indebitamento, ma non nel pagamento anticipato di interessi*", tenuto conto che essa confligge irrimediabilmente con la previsione del citato art. 1852 cod.civ., non valendo a superare tale decisivo rilievo l'argomento secondo il quale l'annotazione non integra mai uno spostamento patrimoniale perché al momento in cui viene effettuata il credito della banca è inesigibile (cfr. ancora Cass. n. 24418/10), essendo al contrario per espressa previsione di legge sempre immediatamente esercitabile, nel contratto di conto corrente bancario, il corrispondente diritto del correntista di disporre del saldo risultante a suo credito.

E' a tale punto del ragionamento che va richiamato il disposto dell'art. 2935 cod.civ. per tentare di chiudere il cerchio sul tema dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato da parte del correntista, poiché detta norma prevede espressamente che "*...la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*". Dovendosi ritenere dimostrato ex art. 1852 cod.civ. che il correntista può in ogni momento esercitare il proprio diritto al pagamento delle somme risultanti a suo credito (diversamente da quanto accade nel conto corrente ordinario ex art. 1823 cod.civ., in cui sono inesigibili sino a scadenza i crediti di entrambi i correntisti), deve correlativamente ritenersi che egli possa esercitare tale diritto dalla data di ciascuna annotazione di poste passive

da parte della banca, in quanto incidente immediatamente sul saldo a suo credito e, quindi, integrante uno spostamento patrimoniale (anche ai sensi dell'art. 2033 cod.civ.) che, ove indebitato, cioè mancante di una causa giustificativa, è suscettibile di ripetizione.

Appare opportuno evidenziare, a questo punto, che proprio in accoglimento di tale orientamento il legislatore aveva previsto con la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 2, comma 61, del decreto-legge n. 225/10 che, *“In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, l'art. 2935 del cod.civ. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno della annotazione stessa”*.

Tale previsione, facendo proprio l'orientamento della dottrina sopra richiamato, consentiva il sostanziale riallineamento tra il termine di prescrizione decennale dell'azione di ripetizione dell'indebitato del correntista e l'obbligo, parimenti decennale, gravante sulle banche di conservazione della documentazione inerente i rapporti bancari, sancito in via generale per l'imprenditore dall'art. 2220 cod.civ. e in particolare per le banche dall'art. 119, 4 comma, T.U.B..

È pur vero che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 78/12 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della detta norma (comprensibilmente censurabile con riferimento alla successiva previsione che *“In ogni caso non si fa luogo alla restituzione degli importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”*, poi convertito dalla legge 10/11 *“Proroga di termini previsti da disposizioni legislative”*). Resta tuttavia il fatto, ancorato al diritto positivo, che è lo stesso attuale ordinamento a consentire, con le disposizioni sopra citate, l'interpretazione del sistema nel senso di far decorrere la prescrizione dell'azione di ripetizione del correntista dal giorno della annotazione e non già dalla chiusura definitiva del conto, e rispetto a tale interpretazione, peraltro accolta da plurima giurisprudenza sia anteriore alla novella dell'art. 2935 cod.civ. che successiva a Cass. SS.UU. n. 24418/10 (Trib. Roma 20/9/96; Trib. Roma 14/4/99; Trib. Roma 26/5/99; Corte Appello Brescia 16/1/08 in Ilcaso.it; Trib. Mantova 8/10/08; Tribunale Cremona 29/5/12 e Tribunale Lucca n. 530 del 10/5/13 entrambe in dirittobancario.it), non può non attribuirsi all'intervento del legislatore del 2010 quantomeno un forte valore 'indiziario' dell'ancoraggio al diritto positivo dell'orientamento che su detta interpretazione si è via via venuto a costruire.

Per le ragioni sinora illustrate, deve ritenersi che la prescrizione dell'azione di ripetizione del correntista decorra non già dalla chiusura definitiva del conto bensì dalla data di ogni singola annotazione in conto da parte della banca.

Consegue a tale rilievo che, nel caso di specie, l'eccezione di prescrizione validamente sollevata dalla banca (essendo sufficiente ai fini del rilievo della prescrizione la deduzione della data dell'annotazione e del decorso del decennio ex art. 2946 cod.civ.) in relazione al contratto di conto corrente stipulato dalle parti il 29/8/90 è fondata e va accolta, con l'effetto che, nel caso di specie, l'azione di ripetizione del correntista è

prescritta con riferimento ad ogni annotazione a debito precedente al decennio anteriore alla data della domanda giudiziale del correntista, proposta con la notifica alla banca dell'atto di citazione in opposizione, non essendo dedotto in atti alcun precedente atto interruttivo.

Così accolta l'eccezione di prescrizione della banca, si osserva che, nel merito, l'opposizione della Sig.ra Ballarin è parzialmente fondata e merita accoglimento per quanto di ragione.

La pretesa azionata dalla banca in via monitoria si fonda:

- sul contratto di conto corrente bancario n. 1353/26 del 29/8/90 (cfr. doc. 11 della banca - giud. opposizione), poi rinegoziato in data 14/2/00 (doc. 1 monitorio);
- sul contratto di apertura di credito del 12/12/03 regolato sul conto corrente 1353/26 (cfr. doc. 8 della banca);
- sul contratto di aumento dell'apertura di credito predetta in data 22/7/04 (cfr. doc. 9 della banca);
- sul contratto di mutuo chirografario del 12/9/03 (cfr. doc. 2 monitorio).

Il rapporto in essere tra le parti è cessato per recesso della banca in data 12/5/10 (cfr. doc. 4 monitorio).

E' appena il caso di osservare che il contratto di conto corrente in data 23/5/96 prodotto dalla banca come doc. 7 è del tutto estraneo al *thema decidendum*, trattandosi di un rapporto di conto corrente (conto n. 813-030836/19) diverso da quello azionato dalla banca in via monitoria (conto n. 1353-26), sicchè esso è rimasto fuori dalla ricostruzione peritale.

Così delimitato il perimetro dell'accertamento, va riconosciuta innanzitutto la fondatezza della domanda attorea finalizzata alla declaratoria di nullità, per violazione dell'art. 1283 cod.civ., della clausola contrattuale che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori.

A fronte della acquisizione in atti della documentazione relativa al rapporto di conto corrente risalente al 1990 e ai contratti di apertura di credito sul conto stesso, la banca non ha contestato la concreta applicazione al conto corrente di interessi composti su base trimestrale fin dalla sua accensione.

Ora, questo giudice condivide l'orientamento, ormai unanimemente accolto, espresso dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 21095/04 in ordine all'illiceità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi contenuta in contratti anteriori alla Delibera CICR del 2000 (secondo la quale nell'ambito dei rapporti bancari regolati in conto corrente, relativamente al periodo antecedente all'entrata in vigore della deliberazione del C.I.C.R. 9 febbraio 2000, sono nulle, in quanto contrastanti con il disposto dell'art. 1283 cod.civ., le

clausole di addebito trimestrale degli interessi dovuti dal correntista), e con la citata sentenza n. 24418/10 sulla conseguente esclusione di qualsiasi forma di capitalizzazione, in difetto di nuova pattuizione (che, nel caso di specie, non risulta in atti nè è stata dedotta dalla banca).

L'accertamento della nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori impone di ricalcolare gli interessi passivi senza alcuna capitalizzazione per tutto il periodo precedente alla data di entrata in vigore della citata Delibera CICR del 2000.

Avuto riguardo al periodo successivo, deve darsi atto che manca in atti qualsiasi prova dell'adeguamento dei contratti da parte della banca alla Delibera CICR del 2000 in ordine alla pari periodicità di capitalizzazione degli interessi attivi e di quelli passivi, atteso che: 1) il contratto di conto corrente rinegoziato nel 14/2/00 (cfr. doc. 1 monitorio) è anteriore all'entrata in vigore della detta Delibera e ancora reca la clausola (nulla) di anatocismo 'asimmetrico' (cfr. art. 7 delle Norme che regolano il rapporto, ove si dà atto della capitalizzazione annuale degli interessi attivi e trimestrale degli interessi passivi); 2) il contratto di apertura di credito del 12/12/03 (cfr. doc. 8 della banca) richiama per la periodicità della capitalizzazione degli interessi il 'conto corrente di utilizzo' che, nella specie, è sempre il contratto del 14/2/00, cit., recante la clausola di anatocismo non adeguata quindi nulla; 3) lo stesso dicasi per il contratto di aumento dell'apertura di credito predetta in data 22/7/04 (cfr. doc. 9 della banca), che ancora richiama la periodicità del 'conto corrente di utilizzo', con previsione da ritenersi quindi nulla.

Dai rilievi che precedono discende che, a fronte di clausole anatocistiche nulle per l'intera durata del rapporto (non risultando in atti nuove valide pattuizioni tra banca e cliente successivamente al contratto in data 22/7/04, poc'anzi esaminato), il saldo finale del conto va ricalcolato conteggiando gli interessi convenzionali senza alcuna capitalizzazione, in conformità a quanto affermato da Cass. 24418/10 sullo specifico tema della capitalizzazione, sicchè correttamente il CTU, in conformità al quesito peritale, ha fornito al giudice anche il conteggio di ricalcolo degli interessi convenzionali senza alcuna capitalizzazione (cfr. CTU Integrazione, pag. 9, su cui meglio *infra*).

Passando all'eccezione attorea di nullità della clausola di determinazione degli interessi poiché asseritamente aventi natura usuraria, si osserva che la stessa è infondata.

A tale riguardo, occorre innanzitutto osservare che, per il periodo precedente all'entrata in vigore della L. n. 2/09, non si condivide l'assunto teorico attoreo che ricollega il metodo di calcolo del TEG alla diretta applicazione del principio di cui all'art. 644, 4 comma cod.pen., ("*...per la determinazione del tasso d'interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito*"), che ricomprende nel calcolo del TEG anche la CMS.

Invero, può evidenziarsi, criticamente, che tale assunto:

1) porta alla ‘disapplicazione’ delle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108/96, che espressamente escludono la CMS dal computo del TEG prevedendone la rilevazione separata (vedi pgf. C5 delle Istruzioni come periodicamente aggiornate sino al 2009), senza tuttavia considerare che la stessa legge 108/96, nel rimettere all'autorità amministrativa ministeriale il compito del rilevamento periodico dei tassi, esige la rilevazione comparata di “... *operazioni della stessa natura*”, cioè di elementi omogenei tra loro, quali non sono gli interessi e la CMS, ove concepita, secondo il modello di tecnica bancaria (ripreso poi anche da Cass. n. 870/06, che ne ha valorizzato il carattere di remunerazione per la messa disposizione dei fondi indipendente dall'effettivo prelevamento) come “...*il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto*” (cfr. Istruzioni Banca d'Italia, nei vari aggiornamenti periodici, sub pgf. C5) e perciò fatta oggetto di autonoma rilevazione “...*finalizzata all'enucleazione di una specifica soglia usuraria ad hoc, all'evidente fine di non omogeneizzare categorie di interessi pecuniari finanziariamente disomogenei (si pensi, ad es., a quelli che accedono al mutuo fondiario familiare per l'acquisto della prima casa rispetto a quelli, assai diversi financo sul piano ragionieristico, derivanti da apertura di credito in conto corrente in favore di impresa commerciale)*” (cfr. Tribunale di Verona, sent. 3/10/12);

2) non tiene conto del fatto che, riconosciuta nell'art. 644 una norma penale in bianco suscettibile di eterointegrazione per la determinazione del “...*limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari*”, sono gli stessi Decreti Ministeriali di rilevazione dei tassi usurari, emessi ai sensi dell'art. 2 della legge n. 108/96 e, quindi, integrativi della stessa norma penale (cfr. art. 644, 3 comma, cod.pen.), che, ‘legificando’ il criterio tecnico della B.I.:

a) prevedono espressamente che i tassi non sono comprensivi della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata, la quale viene rilevata e pubblicata a parte, come allegato alla tabella dei tassi (cfr. art. 1, 2 comma, dei decreti);

b) fanno propri i criteri illustrati dalla Banca d'Italia nelle “*Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura*”, che sono elaborate dall'Istituto di Vigilanza non già per ragioni interne al sistema bancario o meramente statistiche bensì proprio nell'ambito del procedimento disciplinato dall'art. 2 della legge n. 108/96;

c) ribadiscono che le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, 4 comma, della legge n. 108/96, si attengono ai criteri di calcolo delle Istruzioni della Banca d'Italia (cfr. art. 3, 2 comma, dei decreti);

Inoltre, la tesi dell'inclusione della CMS nel calcolo del TEG, si pone in aperto contrasto:

a) con la ultima parte del 2 comma dell'art. 2 bis della legge n. 2/09, che, a chiusura del dibattito giurisprudenziale insorto negli anni in materia, ha previsto l'inclusione della CMS nel calcolo del TEG solo a partire dalla data dell'entrata in vigore della legge stessa, confermando per il periodo precedente la disciplina anteriormente in vigore (cfr. l'art. 2 bis, 2 comma, ultima parte, della L. 2/09, secondo cui *"Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizioni transitorie in relazione all'applicazione dell'articolo 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo comma dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni"*);

b) con la prima parte del 2 comma dell'art. 2 bis della legge n. 2/09, che correlativamente prevede che *"Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108"*).

In ossequio al quesito formulato dal giudice sulla base dei sopra indicati principi, nella CTU contabile espletata in corso di causa è stata data applicazione dal CTU Dr. Misino ai criteri indicati nelle Istruzioni della Banca d'Italia, nell'aggiornamento di volta in volta applicabile *ratione temporis*, raggiungendo la conclusione che nel periodo 1997-2010 (come si vedrà *infra*, la ricostruzione peritale del conto è partita dal 5/11/97) non vi è mai stato il superamento del tasso soglia, sicché deve escludersi la fondatezza dell'assunto attoreo relativo alla pretesa natura usuraria degli interessi applicati dalla banca in corso di rapporto.

Avuto riguardo alle eccezioni attoree di nullità delle clausole di CMS (per indeterminatezza) e degli interessi (per difetto di pattuizione ovvero di forma scritta se ultralegali), va osservato che le stesse sono fondate e meritano accoglimento per quanto di ragione.

Al riguardo, occorre innanzitutto considerare che nel contratto di conto corrente n. 1353/26 del 29/8/90 (cfr. doc. 11 della banca) manca qualsiasi condizione economica del rapporto.

Tale rilievo è da solo sufficiente a ritenere la nullità ex art. 1418 cod.civ. di qualsiasi addebito della banca a titolo di interessi ultralegali (salva restando l'applicazione del tasso sostitutivo ex art. 117 T.U.B.), CMS, commissioni e spese per mancanza di accordo delle parti in ordine alle relative condizioni, con conseguente azzeramento delle relative annotazioni della banca sino a sopravvenuta (valida) pattuizione contrattuale col cliente.

Con il contratto 14/2/00 di rinegoziazione del medesimo conto corrente (cfr. doc. 1 monitorio), la banca e la Ba. S.a.s. di Ba. Aurelio e C. hanno pattuito nuovi tassi di interesse, ivi documentati, in conformità all'art. 1284 cod.civ., che sono pertanto (astrattamente, per quanto si dirà) applicabili al rapporto dalla data predetta, come anche gli interessi debitori espressamente pattuiti nei successivi contratti di apertura di credito sub doc.ti 8 e 9 della banca.

Del tutto indeterminata risulta invece nel contratto di conto corrente del 14/2/00 la clausola relativa alla CMS, essendo previsto solo il suo ammontare in percentuale (0,700) e la periodicità (trimestrale), senza alcuna altra specificazione. Identico rilievo va fatto per le clausole di CMS che risultano dai contratti di apercredito poc'anzi citati (ove la CMS viene indicata solo per periodicità e valore percentuale).

Ora, sul tema delle CMS, le predette clausole di commissione di massimo scoperto debbono ritenersi nulle per indeterminatezza dell'oggetto ex art. 1346 e 1418 cod.civ..

Invero, dette clausole recano solo il valore percentuale della commissione rispetto allo scoperto del conto e la periodicità di calcolo, senza alcuna specificazione sul concreto meccanismo di funzionamento della commissione, cioè se la CMS vada riferita al montante utilizzato o alla provvista accordata, ovvero se l'indicata percentuale debba riferirsi al momento 'x' di punta massima dello scoperto ovvero a un periodo più prolungato di 'n gg' di tale scoperto ovvero ancora alla media dello scoperto distribuito su più giorni, etc.), così da risultare pattuite in modo insufficientemente determinato e quindi difforme da quanto previsto dall'art. 1346 cod.civ. in materia di requisiti dell'oggetto del contratto, non consentendo al correntista di comprendere il concreto criterio di computo della commissione, il suo funzionamento e lo specifico impatto sui saldi trimestrali di chiusura periodica del conto. La violazione della previsione di cui all'art. 1346 cod.civ. determina la nullità delle clausole di CMS e, quindi, la natura indebita di tutte le annotazioni effettuate dalla banca in corso di rapporto a tale titolo. Correttamente pertanto il CTU, in conformità al quesito del giudice, ha espunto dal ricalcolo del saldo finale del conto ogni addebito per CMS.

Deve poi essere rilevato, avuto riguardo agli interessi (ma, per quanto si dirà, con valenza ben più generale), che la banca, attrice in senso sostanziale poiché ricorrente in via monitoria, non ha compiutamente assolto all'onere di provare i flussi finanziari sul conto corrente in esame, poiché, come evidenziato dal CTU a pag. 35 dell'elaborato originario, non risulta in alcun modo documentato il saldo risultante al 5/11/97, cioè al primo estratto conto disponibile in atti, mancando completamente in atti gli estratti conto precedenti alla detta data, con la conseguenza che, conformemente al quesito formulato dal giudice, il CTU ha posto quale valore iniziale alla detta data un saldo pari a zero.

In materia di onere probatorio nelle cause bancarie di accertamento negativo del credito del correntista, la giurisprudenza maggioritaria, cui questo giudice aderisce (*ex multis* Cass. n. 21466/13; Cass. n. 23974/10; ma vedi contra, Trib. Lecce n. 3072 del 30/6/14), assume che l'accertata

nullità delle clausole che prevedono tassi di interesse superiori a quelli legali, CMS e capitalizzazione trimestrale degli interessi impone la rideterminazione del saldo finale mediante la ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, sulla base degli estratti conto a partire dall'apertura del conto che l'attore in senso sostanziale è tenuto a produrre in causa.

Del tutto condivisibilmente, pertanto, la giurisprudenza prevalente aggancia il criterio di distribuzione dell'onere di documentare i flussi di denaro sul conto corrente bancario al principio di cui all'art. 2697 cod.civ. (*"chi vuol fare valere in giudizio un diritto ha l'onere di provarne i fatti costitutivi"*), con l'effetto di far gravare sull'attore in senso sostanziale, cioè su colui il quale fa valere la pretesa in giudizio, il relativo onere probatorio.

Nel caso in esame, la banca ricorrente in via monitoria assume il ruolo di attrice in senso sostanziale (cfr. art. 643, 3 comma, c.p.c.: la notificazione di ricorso-decreto determina la pendenza della lite), sicché su di essa grava l'onere di produrre non solo la documentazione contrattuale inerente il rapporto fatto valere in giudizio ma anche tutti gli estratti conto, rappresentativi dei flussi finanziari sul conto, cioè il dettaglio crono-contabile del credito azionato.

Quale sviluppo logico di tale orientamento, la giurisprudenza ha poi correttamente osservato che, in sede di giudizio di cognizione ordinaria, l'attore in senso sostanziale ha l'onere di produrre TUTTI gli estratti conto sin dalla accensione del rapporto di conto corrente (Cass. n. 9695/11; Cass. n. 18541/13; Trib. Pescara 23/11/05), giungendo ad affermare che, in tale sede, la produzione degli estratti conto relativi ad una frazione temporale unilateralmente individuata dalla banca nella fase più recente di operatività del rapporto è radicalmente inidonea ad assolvere all'*onus probandi* posto a carico della stessa (Cass. n. 18541 del 2/8/13).

Dovendosi nel caso di specie ritenere non assolto dalla banca l'onere di provare i flussi finanziari sul conto fino al 5/11/97, per mancata produzione degli estratti conto sino alla detta data, correttamente il CTU, conformemente al quesito peritale, ha proceduto alla ricostruzione del conto azzerando il saldo al 5/11/97 e ripartendo dalla detta data computando, sui saldi successivi, i soli interessi convenzionali pattuiti per iscritto senza alcuna capitalizzazione (e scomputando - come detto - ogni successivo addebito per CMS in ragione della nullità per indeterminatezza delle relative clausole).

Per il ricalcolo finale del saldo del conto, va ora richiamata la tabella predisposta dal CTU Dr. Misino a pag. 9 dell'Integrazione della Relazione depositata in atti a seguito di richiesta del giudice (si veda ordinanza in data 7/5/15), in applicazione del metodo di cui alla lettera B) del quesito in punto prescrizione (prescrizione decorrente dalla data di ciascuna annotazione a debito), dalla quale si ricava che il CTU, partendo dal saldo di -€ 86.182,15 registrato al cadere del decennio anteriore alla data di notifica dell'atto di citazione in opposizione, ha accertato come prescritta cioè non ripetibile ogni rimessa anteriore al decennio medesimo, con conseguente ricalcolo del saldo finale del conto corrente, sulla base dei

criteri sopra illustrati anche in punto di conseguenze del mancato assolvimento degli oneri probatori, in -€ 17.345,57 a debito della società correntista.

Al fine di rideterminare i complessivi rapporti dare/avere tra le parti, deve ora esaminarsi la domanda attorea di accertamento della invalidità dei rapporti di *'mutuo non ipotecario'* azionati dalla banca (doc. 2 monitorio).

Parte attrice, senza contestare l'omesso pagamento da parte della correntista delle rate di mutuo azionate dalla banca in via monitoria, ha denunciato la radicale nullità del doppio mutuo del 12/9/03 per mancanza di causa, "*...in quanto gli stessi sono stati richiesti a seguito di un errato, ingiustificato ed illegittimo saldo passivo del conto corrente, che anziché presentare un saldo passivo come rappresentato dalla Banca avrebbe dovuto presentare un rilevante saldo attivo*" (cfr. atto di citazione pag. 10) e ha pertanto chiesto al Tribunale l'accertamento che nulla è dovuto alla banca dall'opponente al detto titolo.

Avuto riguardo al caso di specie, può sin d'ora osservarsi che non coglie nel segno la (unica) doglianza attorea della mancanza di causa dei finanziamenti azionati dalla banca, tenuto conto che: 1) il contratto di mutuo è un contratto a causa tipica; 2) nel nostro ordinamento, il difetto di causa negoziale si traduce nell'assenza di una funzione concreta del negozio, tale da rendere ingiustificata l'operazione economica sottesa al contratto, e, a differenza del tipo negoziale (che opera principalmente sul fronte della configurabilità dell'operazione quindi della tipicità della figura negoziale), la causa ('concreta') opera prevalentemente sul piano della atipicità e pone essenzialmente problemi di liceità dell'interesse concretamente perseguito dalle parti; 3) sul piano della cd. 'causa concreta', cioè della finalità concretamente impressa dalle parti all'operazione economica, il mutuo stipulato per estinguere una preesistente scopertura di conto corrente realizza un'operazione di consolidamento del debito a breve con un debito a medio o lungo termine, cioè una sorta di ristrutturazione del debito, cosicché la causa di 'finanziamento' dell'erogazione - ferma restando la *traditio rei* per il perfezionamento del contratto reale di mutuo - si rinviene nella dilazione del pagamento dovuto, che, anche al di fuori della tipicità causale, realizza una operazione comunque diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico ex art. 1322 cod.civ..

Tanto basta - in difetto di ulteriori deduzioni del correntista in ordine a diversa *causa petendi* della domanda di nullità del doppio mutuo - per il rigetto della domanda medesima.

Venendo alla quantificazione del rapporto dare/avere tra le parti, il CTU ha ricalcolato il saldo del conto corrente intercorso tra le parti, in conformità ai criteri di cui al quesito peritale, in - € 17.345,57 a debito del correntista.

In parziale accoglimento dell'opposizione, il decreto opposto va pertanto revocato e l'opponente va condannata al pagamento in favore della banca della predetta ridotta somma, oltre interessi convenzionali dalla data della costituzione in mora da parte della banca (12/5/10, cfr. doc. 4 monitorio)

sino al saldo effettivo, detratto quanto eventualmente pagato dalla predetta in esecuzione del provvedimento giudiziale di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo.

La parziale soccombenza reciproca autorizza la compensazione delle spese nella misura di 1/3, con condanna della banca opposta a rifondere all'opponente i residui 2/3, liquidati come in dispositivo, in base al D.M. 55/14.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente decidendo, ogni diversa domanda ed eccezione respinta, così provvede:

in parziale accoglimento dell'opposizione, revoca il decreto ingiuntivo opposto e condanna l'opponente al pagamento in favore della banca opposta della somma di € 17.345,57, oltre interessi convenzionali dal 12/5/10 sino al saldo effettivo, detratto quanto eventualmente pagato in esecuzione del provvedimento giudiziale di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo.

Dichiara la compensazione tra le parti delle spese di lite nella misura di 1/3, con condanna della banca opposta a rifondere a parte opponente i residui 2/3, che si liquidano in € 8.500,00 per compensi e € 1.780,00 per spese, oltre rimborso forfettario 15%, IVA come per legge e CPA.

Pone definitivamente a carico della banca opposta i 2/3 delle spese di CTU.

Verona, 27/10/2015

Il Giudice

Dr. E. Tommasi di Vignano