

Verso la soppressione della Commissione di massimo scoperto

(dell'Avv. Antonio Tanza – adusbef@studiotanza.it)

Nel corrente anno, la commissione sul massimo scoperto trimestrale ha raccolto una serie di critiche che, unite a quelle degli anni precedenti, hanno finalmente svelato la sua natura, il subdolo funzionamento, la pericolosità sociale e la sua invalidità negoziale.

Una recentissima sentenza della S.C. (Cass. Civ., Sez. I, Sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006, in www.studiotanza.it), ha finalmente dato una corretta definizione della commissione di massimo scoperto, definendola come la *remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma*.

Anche la migliore dottrina¹ ha da sempre sostenuto che la commissione “*ha carattere di corrispettivo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione (del cliente) una determinata somma e per un tempo determinato*”.

Da ciò discende che essa va calcolata o sull'intera somma messa a disposizione della banca (ad esempio fido di cinquemila euro), ovvero sulla somma rimasta disponibile in quel dato momento e non utilizzata dal cliente (ad esempio duemila euro, se il cliente ne ha utilizzato tremila euro).

La banca, infatti, nel momento in cui assume l'obbligo di tenere a disposizione del cliente una determinata somma di denaro, ad esempio cinquemila euro, per un tempo determinato, destina quella determinata somma a quell'utente per la durata dell'affidamento, a prescindere della sua effettiva utilizzazione, poiché deve tenerla a disposizione di quel cliente (che la può utilizzare totalmente, ma anche parzialmente, in qualsiasi momento lo decida).

La natura della cms, come storicamente ed originariamente disegnata, imporrebbe che la banca percepisce una commissione sull'intera somma affidata (ad esempio cinquemila euro), anche nel caso che il cliente non utilizzasse alcuna delle somme messe a sua disposizione dall'istituto di credito.

Nell'ipotesi che il cliente, invece, utilizzasse solo in parte (tremila euro) la somma affidata (cinquemila euro), la banca dovrebbe percepire un interesse corrispettivo per la somma utilizzata (tremila euro) ed una commissione per la residua somma tenuta a disposizione (duemila euro).

Questo meccanismo viene chiaramente fatto proprio dalla citata Cassazione Civ., n. 870/06 dove definisce la c.m.s. come la *remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma*.

Oggi, però, contrariamente alla sua natura ed alla definizione che ne fa la Suprema Corte, la cms non viene calcolata sulla somma affidata o rimasta disponibile, bensì, al contrario, sulla somma massima utilizzata nel periodo (solitamente il trimestre) e per tutti i giorni del periodo di riferimento; in particolare, la citata dottrina sostiene che la cms è “*conteggiata ad ogni chiusura di conto ... in una misura percentuale sul massimo scoperto del periodo considerato e cioè sull'esposizione massima effettivamente raggiunta*”.

Ritornando all'esempio di prima, la cms si paga, secondo la prassi bancaria, sulla somma dei tremila euro utilizzati e non sul residuo da utilizzare (duemila euro).

Vi è quindi una incolmabile contraddizione tra metodologia di calcolo e funzione tradizionale della cms: detta contraddizione porta, secondo la maggioritaria Giurisprudenza di merito, alla nullità di quell'addebito, non trovando una giustificazione causale.

Deve, altresì, ritenersi illegittima la pretesa della banca relativa alla commissione di massimo scoperto ed ai giorni valuta. È stato osservato, infatti, che "La commissione di massimo scoperto, enunciata quale corrispettivo per il mantenimento dell'apertura di credito e indipendentemente dall'utilizzazione dell'apertura di credito stessa, è nulla per mancanza di causa, atteso che si sostanzia in un ulteriore e non pattuito addebito di interessi corrispettivi rispetto

¹ MOLLE, *I contratti bancari* in *Tratt. Dir. Civ. Com.* fondato da Cicu Messineo continuato da Mengoni, Milano, 1981, 231.

a quelli convenzionalmente pattuiti per l'utilizzazione dell'apertura di credito" (Cfr. Tribunale Milano, 4 luglio 2002). Inoltre, **"L'assenza di previsione della commissione di massimo scoperto nel contratto di conto corrente, anche se stipulato "ante" 1. n. 154 del 1992, ne comporta la non debenza; non è idoneo a legittimare la pretesa di tale commissione il richiamo alle norme bancarie uniformi ed alle istruzioni della Banca d'Italia"** (cfr. Corte appello Lecce, 22 ottobre 2001). **Tribunale di Lecce – Dott. Tommasi 6 marzo 2006 n. 422 (in www.studiotanza.it)**

Invero, si ravvisano nel contratto anche altre clausole nulle, quali la commissione di massimo scoperto, con un costo aggiuntivo non previsto in alcuna disposizione di legge; essa è, secondo l'accezione data dalla Banca D'Italia, il corrispettivo per una prestazione effettuata dalla banca erogatrice del credito. **Tale prestazione consisterebbe nel tenere a disposizione del cliente una certa giacenza liquida per potergli permettere in qualsiasi momento l'intero utilizzo del fido.** Questo impegno si tradurrebbe in maggiori costi della gestione della tesoreria, a compenso dei quali le banche richiedono la corresponsione della commissione di massimo scoperto. Quindi tale clausola non costituirebbe un interesse in senso proprio e secondo qualche autore esperto di legislazione bancaria, perciò sfuggirebbe al divieto di anatocismo: la Banca D'Italia ha ritenuto che la voce non rientra nel calcolo del TEG (tasso effettivo globale) ed ha ritenuto di pubblicarla a parte. In verità, tale opzione è determinata da necessità del tutto diverse, relative alle differenti modalità di calcolo della commissione di massimo scoperto rispetto agli interessi. Se, infatti, si rilevasse la commissione sul massimo scoperto come un interesse anche nei conti correnti che sono esposti per periodi di pochi giorni, si otterrebbero dei risultati aberranti che porterebbero a considerare usuraie anche piccole somme percepite come commissione sul massimo scoperto. Va rilevato che l'indicazione sui contratti bancari, come nell'ipotesi specifica, della mera percentuale di calcolo non appare sufficiente a soddisfare il requisito della determinabilità a priori richiesto dall'art. 1346 c.c.; infatti, la banca non chiarisce se per massimo scoperto si debba intendersi il debito massimo che il conto corrente raggiunge anche per un solo giorno o quello che duri almeno dieci giorni, oppure sull'importo generate dei prelevamenti o altro ancora. Ne consegue la nullità di detta clausola; anche sotto il profilo della illiceità della causa essa non trova valida giustificazione in chi vorrebbe spiegarla come il pagamento per il maggior rischio che la banca si assume in proporzione all'ammontare dell'utilizzo, se così fosse, essa non dovrebbe insistere sulla punta massima di scopertura ma dovrebbe parametrarsi ad ogni singola variazione in più o in meno e per la durata medesima. Inoltre, l' incidenza dovuta all'incremento del rischio dovrebbe già essere calcolata in partenza, al momento della concessione del fido e dovrebbe essere progressiva, mentre non lo è. Last, but not least, la commissione sul Massimo scoperto non può essere considerata né un interesse, appunto, né un accessorio dell'interesse, in quanto, se " l'interesse compensativo è - come enuncia l'art. 820 c.c., 3° c. - il corrispettivo del godimento del denaro altrui, esso non può che far riferimento giorno per giorno (vedi art. 821, 3° c. c.c.) al capitale effettivamente prestato dalla banca al cliente. Dunque, **detta clausola è da considerarsi nulla**, come ritenuto anche dal Trib. di Milano nella sent. 4/7/2000, confermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, che aderisce pienamente all'impostazione sostanzialmente anatocistica, e quindi vietata con nullità assoluta, della commissione massimo scoperto. **Tribunale di Vibo Valentia – Dott. Pasquin 16 gennaio 2006 (in www.studiotanza.it)**

La clausola contenente l'obbligo, posto a carico del correntista, di pagare **la commissione di massimo scoperto è nulla per mancanza di causa** poiché tale voce di addebito si sostanzia in un ulteriore e non pattuito aggravio di interessi corrispettivi rispetto a quelli convenzionalmente pattuiti per l'utilizzazione dell'apertura di credito. **Tribunale di Lecce, 11 febbraio 2005 (in www.studiotanza.it);**

La **commissione di massimo scoperto non può avere la causa di una " commissione di affidamento"** (giacché il cliente che utilizza l'apertura di credito si trova nell'impossibilità di rifiutare gli oneri conseguenti all'utilizzazione dell'apertura di credito) e comunque non può essere applicata su un "conto chiuso" (visto che con la chiusura del conto viene meno anche l'apertura di credito e dunque la messa a disposizione del denaro quale onere da retribuire). È rilevabile d'ufficio la nullità della commissione di massimo scoperto per assenza di una sua causa giustificatrice. **Tribunale Milano, 4 luglio 2002 - Soc. Revisione e altro c. Soc. Banca di Roma -**

Varie ed infondate sono state le svariate giustificazioni che i filobancari hanno voluto dare alla commissione di massimo scoperto: la diversità delle giustificazioni è la prova della mancanza di una valida giustificazione.

Per alcuni la commissione di massimo scoperto è una sorte di remunerazione derivante dall'assunzione del rischio di mancata restituzione in proporzione all'ammontare dell'utilizzo dei fondi.

Detta funzione è fuori da ogni logica giuridica ed economica: se la cms fosse rapportata all'assunzione del rischio da mancata restituzione, non si giustificerebbe il suo addebito ad ogni chiusura di conto ed in una misura percentuale sul massimo scoperto del periodo considerato, e cioè sull'esposizione massima effettivamente raggiunta; verrebbe, invece, al pari dell'interesse ultralegale corrispettivo, parametrata ad ogni singola variazione (in più o in meno) dell'esposizione

e per la durata della medesima.

Inoltre l'incremento del rischio, entro i limiti dell'affidamento concesso, è stato già valutato dalla banca in sede di apertura di credito (ove si è valutata la patrimonialità statica e dinamica del cliente) ed è stato pattuito su tali valutazioni l'ammontare dell'interesse ultralegale corrispettivo: la cms sarebbe, dunque, un'inutile maggiorazione di detto interesse.

Ma non basta: l'incremento del rischio è progressivo, nel senso che aumenta con l'aumentare delle somme utilizzate dal cliente, e, dunque, la commissione dovrebbe accrescersi in misura proporzionale ad esso, mentre la cms si riduce in un'unica aliquota aggiuntiva.

Altrettanto fuorviante, a livello teorico, è la tesi isolata di chi ritiene la commissione di massimo scoperto, non un compenso per la tenuta in disponibilità di una somma di denaro, ma *un accessorio dell'interesse, legato non alla disponibilità, ma all'utilizzazione*.

Anche qui la replica è semplice ed ovvia: la cms, si è visto, viene calcolata sulla punta massima dello scoperto di periodo (ad esempio il trimestre) e per tutto il periodo (indipendentemente dalla effettiva durata per cui essa viene a realizzarsi nel periodo di riferimento); l'interesse compensativo per il godimento del denaro altrui (art. 820 c.c.), al contrario, fa riferimento al capitale effettivamente prestato, giorno per giorno (cfr. art. 821 c.c.) dalla banca al cliente.

Ciò posto, l'esame della c.d. cms deve, innanzitutto, porsi sul piano della validità negoziale: infatti, detta commissione per essere valida, o meglio esistente, deve essere determinata contrattualmente, o comunque determinabile, nel suo ammontare e nella modalità di computo.

Infatti, le clausole bancarie *standard*, inserite nei formulari contrattuali, non esplicano il meccanismo operativo di calcolo della commissione che, solo dalla lettura degli estratti conto, appare come un aggravio dell'interesse corrispettivo, nascondendo integralmente la causa giustificatrice della cms: la tenuta in disponibilità delle somme (ovviamente esistente solo in un conto aperto).

La Corte d'Appello di Lecce con la sentenza del 27 giugno 2000 ha, infatti, escluso l'ammissibilità di detta commissione nel rapporto chiuso, statuendo che “ ... *con la chiusura del rapporto di apertura di credito ... la commissione di massimo scoperto ... ha assolto definitivamente al suo compito*”, da tale momento risultando “*integralmente priva di causa*”.

Corte d'Appello di Catania, 15 settembre 1987², esclude l'applicazione della commissione di massimo scoperto su un conto corrente chiuso poiché questa costituirebbe il corrispettivo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente affidato una determinata somma di danaro: chiuso il rapporto viene a cessare l'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente delle somme e non si giustifica l'esistenza della cms.

Non avrebbe, parimenti, alcuna giustificazione l'addebito di una cms su un conto scoperto, poiché non vi è in detta ipotesi alcun obbligo per la banca di tenere in disponibilità del cliente, alcuna somma di denaro.

Ritornando sul precedente esempio se la banca revoca l'affidamento (di cinquemila euro) non ha alcuna pretesa a titolo di tenuta in disponibilità delle somme (poiché non vi è più detta disponibilità nell'ipotesi di revoca e di rientro), così come non tiene nessuna somma a disposizione nelle ipotesi che l'utente ha utilizzato completamente il fido (cioè ha prelevato tutti i cinquemila euro) o l'ha superato (settemila euro) nell'ipotesi del c.d. *affidamento di fatto*, che comporta uno scoperto di conto.

E però la *prassi* (cioè l'imposizione) bancaria suole applicare nell'ipotesi di scoperto di conto una ingiustificata maggiorazione della commissione, maggiorazione che interagisce con gli altri costi moltiplicandosi in maniera abnorme.

Le remunerazioni dell'apertura di credito in conto corrente stabilite dal contratto, tuttora uniformemente imposto alla clientela sono a) le competenze base costituite dagli interessi ultralegali, dalla commissione sul massimo scoperto, dal *gioco* delle valute fittizie e dalle spese

² Edita in Banca, borsa e titoli di credito, 1989, II, 169 ss.

forfettarie; b) i meccanismi moltiplicativi delle competenze base costituiti dall'anatocismo degli interessi ultralegali e derivanti dal gioco delle valute, dall'anatocismo della commissione del massimo scoperto e l'imputazione anatocistica degli accreditamenti e degli addebitamenti fatta al capitale³.

La cms non è un *naturale negotii*, ma deve essere convenuta *ad hoc* con una ben precisa clausola contrattuale⁴.

Corte d'Appello di Lecce, 6 febbraio 2001 (estensore Lamorgese)⁵, in proposito ha osservato: "*Quanto alla commissione di massimo scoperto e alle valute, cui hanno riguardo specifiche censure degli appellanti, va rilevato quanto segue. La commissione di massimo scoperto, che trova causale giustificazione nella specialità del rapporto di finanziamento, è dovuta soltanto se espressamente convenuta e nella misura pattuita*".

Principio confermato dalla Suprema Corte quando afferma che:

...Relativamente alla richiesta di riconoscimento delle commissioni di massimo scoperto (costituente la remunerazione accordata alla banca per la massa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma), correttamente la Corte d'Appello l'ha accolta in ragione al periodo per il quale è risultata pattuita. Nè è consentito il generico richiamo agli usi operato in ricorso in cui si deduce la presenza di un "consolidato uso bancario..." in quanto, se si sia inteso far riferimento ad un uso normativo non è consentito un suo richiamo in mancanza di un'espressa previsione legislativa che ad esso faccia ricorso per la sua integrazione. . Cass. Civ., Sez. I, Sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006,

E così anche alcuni Tribunali di merito:

Quanto poi alla commissione di massimo scoperto, va evidenziato che dalla lettura del contratto in atti, non vi è traccia di una sua autonoma e specifica previsione negoziale, e per tali motivi, i rapporti dare – avere devono essere epurati dalla stessa in favore degli attori. Tribunale di Lucera, Sez. Apricena – Dott. Celentano 28 febbraio 2006 n. 30 (in www.studiotanza.it)

Il saldo del contratto in questione deve essere altresì depurato della Commissione di Massimo Scoperto illegittimamente applicata e conteggiata dalla Banca (nella misura di complessivi € 2608,29: cfr. la relazione di CTU) nel periodo del rapporto decorrente dalla sua accensione (5.2.1992) alla sua rinegoziazione (23.3.1998) in quanto: Nessuna delle parti ha prodotto in giudizio- come già sottolineato- il contratto del 5.2.92 di "accensione" dell'apertura di credito in c/c in questione (cfr. la documentazione in atti; cfr. la CTU). • Sino alla data del 23.3.1998 la Banca ha applicato al rapporto de qua - come già sottolineato- oltre agli interessi ultralegali uso piazza ed alla capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista, anche le commissioni di massimo scoperto sulla massima esposizione debitoria die trimestre (circostanza pacifica e documentale: cfr. le relative deduzioni processuali delle parti; cfr. gli estratti conto prodotti; cfr. la relazione di CTU). • L'attore ha ritualmente dedotto (allegata) il fatto "negativo" della mancanza, nel predetto contratto del 1992 (contratto, come detto, non prodotto in giudizio da alcuna delle parti) di qualsivoglia pattuizione di commissioni di massimo scoperto (oltre che di regolamentazione temporale delle valute e di spese di tenuta e gestione del conto: cfr. l'atto di citazione e le ulteriori deduzioni processuali). • La convenuta non ha né controdedotto né tanto meno provato il fatto "positivo" (della cui prova la stessa era ovviamente onerata, ex art. 2697 c.c., per poter fronteggiare la avversa doglianza) della avvenuta pattuizione, nel contratto del 1992, di tali "costi" del credito (cfr. la comparsa di risposta e le ulteriori deduzioni processuali). • È noto che la commissione di massimo scoperto rappresenta un elemento retributivo per la banca, aggiuntivo agli interessi praticati, che non ha fonte legale e quindi richiede la necessità di specifica pattuizione. • Infatti la CMS è un costo, legittimamente concordabile nell'ambito della autonomia privata delle parti, connesso all'elargizione da parte della BANCA ed alla disponibilità da parte del correntista del credito bancario oggetto del fido, essendo oggetto di discussione soltanto se se tale commissione sia un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi - come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato - che solitamente è trimestrale - e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi passivi -ovvero se essa abbia una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determina

³ COLANGELO Gianni, Trasparenza, Concorrenza e Soglie Usuarie, Napoli, 2004, uno dei più completi manuali sul tema.

⁴ Cfr. Messineo, *Contenuto e carattere giuridici dell'apertura di credito*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1925, I, 121 ss.

⁵ Edita in www.studiotanza.it.

somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo - ed è questa la tesi da ritenere preferibile anche alla luce della circolare della Banca d'Italia del primo ottobre 1996 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso di soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve esser computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge 7 marzo 1996 n. 108, ed allora dovrebbe esser conteggiata alla chiusura definitiva del conto (cfr. in tal senso, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11772 del 06/08/2002, la quale ha poi correttamente puntualizzato che nell'un caso e nell'altro non è comunque dovuta la capitalizzazione trimestrale perché, se la natura della commissione di massimo scoperto è assimilabile a quella degli interessi passivi, le clausole anatocistiche, pattuite nel regime anteriore all'entrata in vigore della legge 154/1992, sono nulle secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, come tra poco sarà evidenziato; se invece è un corrispettivo autonomo dagli interessi, non è ad esso estensibile la disciplina dell'anatocismo, prevista dall'art. 1283 cod. civ. espressamente per gli interessi scaduti). • Nella specie manca totalmente la prova della avvenuta pattuizione di un "tale costo del credito" il quale - come tale - va scomputato dal saldo debitore dalla data di accensione del conto del 5.2.1992, potendosi riconoscere alla Banca soltanto la CMS come rinegoziata in data 23.3.1998 e "maturata sul conto" da questa ultima data sino alla chiusura del medesimo, avvenuta il 21.3.2003. **Tribunale di Pescara, Dott. Falco - 5 gennaio 2006 n. 298 (in www.studiotanza.it)**

La cms non è risultata oggetto di espressa disciplina nella vecchia contrattualistica.

Le Norme Uniformi Bancarie si limitavano all'art. 7³ a stabilire che "le operazioni di accredito e di addebito vengono regolate secondo i criteri concordati con il correntista o usualmente praticati dalle banche sulla piazza con le valute indicati nei documenti contabili o comunque negli estratti conto. Secondo gli stessi criteri sono applicate e rese note le commissioni sul massimo scoperto e le spese di tenuta conto".

Due quindi i criteri alternativi posti alla base della determinazione dell'importo dovuto: l'accordo delle parti o i criteri di applicazione usualmente praticate sulla piazza dalle banche.

Accadeva così che la cms trimestrale non venisse né prevista, né quantificata *ab initio* e sovente costituiva una spiacevole sorpresa per il cliente ed un comodo strumento della banca al fine di aumentare il costo del credito.

La nuova formulazione delle NUB, avvenuta sulle condizioni economiche del contratto solo in data 3 febbraio 1995, prevede nell'intestazione della proposta contrattuale l'espressa individuazione dell'importo spettante a titolo di c.m.s., ma si continua ad omettere qualsivoglia indicazione atta in qualche maniera a precisare, quanto meno, il significato da attribuire al termine (dando per scontata la sua esistenza come dato pregiudiziale e la sua conoscenza da parte della clientela), nonché il particolarissimo metodo di calcolo.

Non può, poi, farsi ricorso agli usi per giustificare la cms trimestrale: gli usi di cui all'art. 1374 c.c. sono usi normativi e le raccolte di questi ultimi operati dalle Camere di Commercio non risultano di aiuto sul punto.

Ove poi si volesse far riferimento alle clausole d'uso, richiamate dall'art. 1340 c.c., sempre che non risulti una contraria volontà delle parti, il risultato non cambia facendo le vecchie NUB generico riferimento alle commissioni "usualmente praticate dalle banche sulla piazza".

Nè è consentito il generico richiamo agli usi operati in ricorso in cui si deduce la presenza di un "consolidato uso bancario..." in quanto, se si sia inteso far riferimento ad un uso normativo non è consentito un suo richiamo in mancanza di un'espressa previsione legislativa che ad esso faccia ricorso per la sua integrazione. . Cass. Civ., Sez. I, Sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006,

A riguardo esattamente si è rilevato che una clausola siffatta è nulla per indeterminatezza del suo oggetto, in quanto il richiamo agli usi potrebbe concorrere a rendere determinabile la clausola ove non solo l'ammontare della commissione fosse uguale per tutti i clienti di una banca, ma soprattutto fosse uniforme per tutte le banche operanti su una determinata piazza.

Il che presuppone, a sua volta, l'ipotesi poco plausibile ed irrealistica dell'assenza di ogni concorrenza a riguardo⁶.

⁶ COLANGELO Gianni, Trasparenza, Concorrenza e Soglie Usuarie, Napoli, 2004.

Per ciò che attiene alla commissione di massimo scoperto la Corte di legittimità (v. C. 14 maggio 2005 n. 1027) ha statuito che tale commissione deve essere contrattualmente prevista, per cui in mancanza di pattuizione si deve applicare la norma di cui all'art. 1826 c.c. che stabilisce che i diritti di commissione sono inclusi nel conto salva pattuizione contraria. Il richiamo alle norme bancarie uniformi e/o alle istruzioni della banca d'Italia sono state correttamente ritenute inidonee a disciplinare il rapporto in oggetto, né risulta provata l'esistenza di un uso contrattuale che per altro non consentirebbe di superare la censura di nullità per indeterminatezza dell'oggetto. Tribunale Livorno, Dott. Urgese - 6 marzo 2006 n. 259 (in www.studiotanza.it)

Una delle prime e rare sentenze che hanno affrontato concretamente il problema della cms è quella emessa dal Tribunale di Lecce, G.U. Gaeta, 25 settembre 1997, pubblicata l'8 ottobre 1997⁷, che, sin dall'ora, osservava correttamente:

“Anche la contestazione attorea dell'obbligo di pagamento della “commissione di massimo scoperto”, trattenuta dalla convenuta ma non espressamente prevista in contratto, va accolta. Nella comparsa di risposta (fol. 22 retro fascicolo di ufficio) la banca ha giustificato la commissione alla stregua degli usi bancari, aggiungendo nella conclusionale che essa non entra nel calcolo del TEG (tasso effettivo globale). Delle due l'una: o la c. m. s. è una voce degli interessi passivi, ed allora la sua previsione nell'an e la sua determinazione nel quantum attraverso il rinvio agli usi non si sottraggono alla critica di Cass. 10657/96, atteso che ogni banca pratica la c.m.s. che vuole; oppure la c.m.s. è estranea agli interessi, ed allora la sua previsione per facta concludentia non è giustificata ex art. 1346 cc., in quanto il suo oggetto non è determinabile attraverso il rinvio ad indici prefissati, dei quali non vi è traccia”.

La nullità della commissione di massimo scoperto trimestrale è, poi, una nullità rilevabile d'Ufficio ai sensi dell'art. 1421 c.c.

Nella controversia promossa per far valere diritti che presuppongono la validità del contratto o di una clausola di esso, la nullità dell'uno o dell'altra è rilevabile d'ufficio se sono acquisiti al processo elementi idonei a porla in evidenza, in considerazione del potere - dovere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione. (Nel caso di specie la S.C., facendo applicazione del principio sopra indicato, ha ritenuto la rilevanza d'ufficio ai sensi dell'art. 1421 c.c. della nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale della commissione di massimo scoperto). Cass. civ. Sez.III 06-08-2002, n. 11772 Banca Sicilia e Banca di Sicilia s.p.a. e Banca di Sicilia s.p.a. c. Manca e Manca FONTI Mass. Giur. It., 2002

Si consideri, poi, che secondo il nostro vigente sistema è in potere del predisponente lo stabilire le disposizioni regolamentari del contratto *standard* (art. 1341¹ c.c.) con la conseguenza che queste si applicano anche se non volute o neppure conosciute, per quanto conoscibili, all'aderente: unici limiti sono quelli dell'obbligo a carico del predisponente di chiarezza, sanzionato con l'interpretazione in favore dell'aderente (art. 1370 c.c.), e del perseguimento dello scopo che le parti hanno voluto perseguire nel momento della formalizzazione dell'accordo.

Tale impostazione non permette il ricorso all'istituto della conversione del negozio nullo (ex art. 1424 c.c.) poiché oltre a non poter *salvare* un contratto invalido in favore della parte che ha predisposto il contratto (in violazione della citata norma), si deve, comunque, pur fare riferimento *“a ciò che le parti (secondo lo scopo perseguito, in rispetto all'assetto contrattuale ed in linea alla c.d. causa – funzione e all'oggetto) avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità del contratto”*.

La banca, neppure, potrebbe ricorrere ad un'azione generale di arricchimento (cfr. art. 2041 c.c.) poiché oltre a mancare un arricchimento da parte dell'utente nell'ipotesi di mancato utilizzo delle somme pur messe a disposizione dalla banca con l'affidamento, rientra nella funzione della vendita e, più specificatamente, del credito il concetto di messa a disposizione di ciò che si vuole trasferire dietro corrispettivo.

Ultima annotazione è, infine, la seguente: l'art. 117⁴ del T.U.B. esige, in osservanza di un minimo di trasparenza, che le cose vengano chiamate con il loro nome e quindi *interessi*, cosa differente dalle *commissioni*, cosa differente dalle *provvigioni*, ecc.

Per la sua indicata originaria natura, oramai persa, la cms non è un interesse, ma neppure una commissione, semmai sarebbe una provvigione (come, infatti, era originariamente chiamata).

⁷ Edita in www.studiotanza.it o in *“Anatocismo, interessi bancari ed usura”*, Milano, Hotel Principe di Savoia, 21 febbraio 2001, ed. Paradigma.

La verità è che, con il trascorrere del tempo, la cms ha perso la sua funzione tradizionale di corrispettivo per l'obbligo di tenuta in disponibilità e la sua attuale struttura di calcolo non sembra riuscire a richiamare funzioni giustificatrici alternative (abbiamo esaminato la teoria della *remunerazione derivante dall'assunzione del rischio di mancata restituzione*, nonché quella *dell'accessorio dell'interesse legato all'utilizzazione*) che i filobancari si affannano ad *incollargli*.

Tutto ciò porta ad una sola ed ineluttabile conclusione: la commissione di massimo scoperto (sia riferita al conto corrente aperto, che a quello chiuso) non può che ritenersi nulla perché priva di una sua causa giustificatrice.

Ma la commissione di massimo scoperto sino ad oggi ha svolto una funzione di copertura del fenomeno della c.d. usura bancaria.

Recentemente però detta copertura si è notevolmente indebolita:

Ai fini della configurabilità del reato di usura è doveroso valutare la commissione di massimo scoperto, atteso che la legge prevede la possibilità di vantaggi usurari a prescindere dal superamento dalla soglia di interesse limite, poichè è necessario che i tassi usurari siano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria, tenendo presente le modalità del fatto ed al tasso medio praticato per operazioni similari. Tribunale di Palmi, 29 ottobre 2004

La metodica impiegata per ottenere la massima remunerazione con l'applicazione di tali interessi era duplice: da una parte l'utilizzo di tassi superiori semplicemente alle disposizioni normative vigenti nel periodo (Decreti ministeriali ultima colonna nella tabella che segue), dall'altra applicando in maniera abnorme la commissione massimo scoperto (CMS) la quale non è altro che un mero aumento del costo del danaro, svincolato da qualsiasi prestazione in concreto fornita dal mutuante e, quindi, da considerarsi semplice "strumento" per ottenere un aumento del tasso effettivo in concreto applicato (T.A.E.G. terza colonna). Applicando in maniera strumentale la circolare della Banca d'Italia del 30/09/1996 (e le successive che fissano la media aritmetica semplice della CMS applicata dagli istituti di credito) nella quale è riportato che, nell'applicazione della normativa in materia di interessi legali, la CMS non entra nel calcolo del Tasso effettivo globale, - (nomi degli imputati) nella loro rispettiva posizione funzionale - hanno volontariamente aggirato il disposto normativo di cui all'art. 644 c.p. comma terzo, il quale impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Tribunale di Palmi, GUP, decreto che dispone il giudizio (nel proc. Pen. n. 4534/04) del 7 giugno 2006 (in www.studiotanza.it)

Principi, questi, ribaditi quest'anno anche dal GUP del Tribunale di Ascoli Piceno.

Appare oramai consolidato in Giurisprudenza che l'unico criterio valido per la determinazione del reato di usura sia l'art. 644, comma 4, del CP, non potendo le Autorità amministrative mutare i principi cardine dettati dalla presente norma in tema di usura.

La commissione di massimo scoperto, quindi, anche alla luce dell'ultimissima sentenza del 870/06 della S.C. appare come una *remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma* e, dunque una remunerazione soggetta a vantaggi economici che possono essere usurari se aggiunti al tasso d'interesse.

A tal punto non si può che auspicare o la soppressione della commissione sul massimo scoperto o il ritorno all'originaria *commissione sul mancato utilizzo*: chiarezza e trasparenza donerebbe al rapporto bancario uno sviluppo, attualmente assicurato solo dall'univocità dello strumento finanziario e da stringenti logiche di cartello.

Si allegano: Cass. Civ., Sez. I, Sentenza n. 870 del 18 gennaio 2006 e Tribunale di Palmi, GUP, decreto che dispone il giudizio (nel proc. Pen. n. 4534/04) del 7 giugno 2006

Lecce, 18 giugno 2006

Avv. Antonio TANZA



ORIGINALE

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto
Cassazione
della
Cassazione

Dott. Rosario	DE MUSIS	- Presidente -	R.G.N. 11101/01
Dott. Giammarco	CAPPUCCIO	- Consigliere -	12986/01
Dott. Ugo Riccardo	PANEBIANCO	- Rel. Consigliere -	Cron. 870
Dott. Aldo	CECCHERINI	- Consigliere -	Rep. 256
Dott. Gianfranco	GILARDI	- Consigliere -	Ud.24/10/05

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

870/06

sul ricorso proposto da:

I.M.I. S. PAOLO SPA (già BANCO DI NAPOLI S.P.A.), in
 persona dei legali rappresentanti pro tempore,
 elettivamente domiciliata in ROMA VIA QUATTRO FONTANE
 10, presso l'avvocato LUCIO GHIA, che la rappresenta e
 difende unitamente all'avvocato ANTONIO GUGLIELMO,
 giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

CASCIARO LUIGI; DE LORENZI TERESA;

- intimati -

2005 e sul 2° ricorso n° 12986/01 proposto da:

3492 CASCIARO LUIGI, DE LORENZI TERESA, elettivamente



domiciliati in ROMA VIA DEI VILLINI 4, presso
l'avvocato ARTURO ANTONUCCI, che li rappresenta e
difende unitamente agli avvocati ROBERTO VASSALLE,
ANTONIO TANZA, giusta delega a margine del
controricorso e ricorso incidentale;

- controricorrenti e ricorrenti incidentali -

contro

I.M.I. S. PAOLO (GIA' BANCO DI NAPOLI S.P.A.);

- intimata -

avverso la sentenza n. 84/01 della Corte d'Appello di
LECCE, depositata il 06/02/01;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 24/10/2005 dal Consigliere Dott. Ugo
Riccardo PANEBIANCO;

udito per il ricorrente, l'Avvocato GHIA che ha
chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito per il controricorrente e ricorrente
incidentale, l'avvocato ANTONUCCI che ha chiesto il
rigetto del ricorso principale e l'accoglimento del
ricorso incidentale;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. Aurelio GOLIA che ha concluso per il
rigetto di entrambi i ricorsi.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 29.3.1996 Luigi Casciaro e Teresa De Lorenzi proponevano opposizione avanti al Tribunale Lecce avverso il decreto ingiuntivo del 15.2.1996 con cui il Presidente del Tribunale, su ricorso del Banco di Napoli s.p.a., aveva loro ingiunto, rispettivamente quale debitore e fideiussore, il pagamento della somma di £ 333.657.830 per saldo debitore sul conto corrente n.27/147 con gli interessi convenzionali di mora al tasso annuo del 19,75% nonché di £ 88.537.509 per saldo debitore sul conto corrente n.67/1 (già conto corrente n.8/10) con gli interessi convenzionali di mora al tasso annuo del 12%.

Deducevano: a) la nullità della determinazione degli interessi in misura superiore a quella legale mediante riferimento alla misura degli interessi usualmente praticata dalle aziende di credito sulla piazza; b) la nullità della clausola di previsione della capitalizzazione trimestrale degli interessi maturati sui conti passivi; c) la indebita percezione da parte della banca delle commissioni di massimo scoperto in quanto non dovute; d) la erroneità dei calcoli relativi alla indicazione dei



giorni per le valute.

Spiegavano infine domanda riconvenzionale per la restituzione delle somme corrisposte oltre il dovuto.

Si costituiva il Banco di Napoli, chiedendo la conferma del decreto ingiuntivo opposto.

Con sentenza del 17.9.1998 il Tribunale di Lecce, dopo aver dichiarato l'inammissibilità della querela di falso proposta dagli opposenti in relazione al dedotto abusivo riempimento di alcuni fogli da loro firmati in bianco, rigettava l'opposizione.

Proponevano impugnazione il Casciaro e la De Lorenzi ed all'esito del giudizio, nel quale si costituiva l'Istituto di credito chiedendo il rigetto del gravame, la Corte d'Appello con sentenza non definitiva del 27.6.2000-6.2.2001 dichiarava la nullità, limitatamente al primo periodo (27.10.1975-13.11.1984) ed in relazione al conto corrente n.27/147, della clausola di determinazione del tasso di interesse in misura superiore a quello legale; la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale; dovuta la commissione di massimo scoperto nella misura e per i periodi espressamente previsti per i due conti



correnti; poneva infine la decorrenza della valuta dalle date in cui la banca rispettivamente aveva perso od acquistato la disponibilità del denaro e disponeva con separata ordinanza la prosecuzione del giudizio per l'espletamento di una consulenza contabile.

Disattendeva in primo luogo la Corte d'Appello l'eccezione del Banco di Napoli relativa alla pretesa novità delle censure riguardanti la legittimità della misura del tasso d'interesse applicato, il criterio della capitalizzazione trimestrale e la commissione di massimo scoperto, assumendo che trattavasi di riproposizione, sia pure con maggiore specificazione ed articolazione, di profili già contenuti nell'atto di opposizione al decreto ingiuntivo e collocandosi oltre tutto le censure relative alle clausole negoziali concernenti gli interessi da applicarsi secondo i tassi usualmente praticati sulla piazza dalle aziende di credito nonché le doglianze in ordine all'anatocismo nella forma della capitalizzazione trimestrale nell'area delle nullità rilevabili d'ufficio dal giudice in qualsiasi stato e grado del giudizio ai sensi dell'art. 1421 C.C., con conseguente esclusione quindi di ogni ragione di

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'L' or similar character.



inammissibilità.

Nel merito riteneva in primo luogo nulla, relativamente al conto n.27/147, la clausola contrattuale che fa riferimento al tasso di interesse praticato dalle aziende di credito sulla piazza in quanto non poteva considerarsi integrato in tal modo, in mancanza di vincolanti discipline fissate su scala nazionale, il requisito della forma scritta richiesto "ad substantiam", non traducendosi un tale richiamo nella previsione di criteri certi e prestabiliti, con la conseguenza che gli interessi dovevano essere computati nella misura legale a decorrere dalla prima utilizzazione (1975) e fino al momento in cui poteva ritenersi concordata nella forma scritta la misura di un tasso ultralegale che riteneva fosse intervenuto, con riferimento a percentuali diverse nel tempo, dal 14.11.1984 fino al trimestre precedente a quello indicato dal D.M. 29.12.1998 di attuazione alla Legge 108/96. Per quanto riguarda invece il conto n.8/10, osservava che fra le parti risultava stipulato un tasso di interesse del 12% per utilizzi nel fido e del 15% per utilizzi in eccedenza.

Anche per quanto riguarda la clausola di



capitalizzazione trimestrale degli interessi basata sull'esistenza di un uso normativo, ne rilevava la nullità in quanto posta senza che ricorressero le condizioni previste dall'art. 1283 C.C., richiamando i principi elaborati da questa Corte (Cass. 12507/99) che ha escluso l'esistenza di un uso normativo in presenza degli schemi contrattuali predisposti dalle banche, riconducibili solo nell'ambito degli usi negoziali.

Quanto poi alla commissione di massimo scoperto, da ritenersi dovuta solo se espressamente convenuta e nella misura pattuita, osservava, relativamente al conto n.27/147, che, risultando contenuta solo in alcune raccomandate, essa deve essere riconosciuta nella misura e per i periodi in esse indicati mentre, limitatamente al conto n.8/10, che la clausola era contenuta nel contratto di apertura di credito.

Relativamente al calcolo degli interessi, osservava che dovevasi tener conto delle date in cui l'istituto di credito rispettivamente aveva perso od acquistato la disponibilità del denaro.

Precisava infine che la mancata tempestiva contestazione dell'estratto trasmesso dalla banca al cliente rende inoppugnabili gli addebiti e gli



accreditati solo sotto il profilo meramente contabile e non già anche sotto quello della validità e dell'efficacia dei rapporti dai quali derivano le partite inserite nel conto.

Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione il Banco di Napoli s.p.a., deducendo sei motivi di censura illustrati anche con memoria.

Resistono con controricorso Luigi Casciaro e Teresa De Lorenzi che propongono anche ricorso incidentale affidato ad un unico motivo illustrato anch'esso con memoria.

All'udienza del 26.11.2003 il difensore del Banco di Napoli chiedeva rinvio essendosi tale istituto fuso per incorporazione nel San Paolo IMI s.p.a..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Pregiudizialmente i due ricorsi, il principale e l'incidentale, vanno riuniti ai sensi dell'art. 335 C.P.C., riguardando la stessa sentenza.

Del pari pregiudizialmente deve prendersi atto dell'intervenuta fusione per incorporazione del Banco di Napoli s.p.a. nel San Paolo IMI s.p.a. con atto pubblico del 18.12.2002, con la conseguenza che il giudizio debba intendersi proseguito con quest'ultimo istituto bancario ai sensi dell'art.



110 C.P.C. per successione universale.

Con il primo motivo il ricorrente istituto di credito denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 345 C.P.C., lamentando che la Corte d'Appello non abbia considerato che, mentre con l'opposizione al decreto ingiuntivo le controparti avevano contestato il diritto della banca a procedere alle operazioni annotate in base al rapporto di conto corrente e concluso genericamente per la dichiarazione di invalidità parziale del rapporto di credito, in corso di lite invece e nuovamente in sede di impugnazione avevano dedotto, in palese violazione del divieto di proposizione di domande ed eccezioni nuove, profili nuovi di invalidità delle clausole contrattuali riguardanti la pattuizione di interessi ultralegali, la capitalizzazione trimestrale degli interessi, la commissione di massimo scoperto e la decorrenza delle valute.

fr

La censura è infondata.

A fronte di un'analogha censura di inammissibilità proposta in appello dalla stessa parte con la comparsa di risposta, la Corte di merito ha rilevato come le richieste della banca fossero state contestate dal Casciaro e dalla De



Lorenzi sin dall'atto di opposizione al decreto ingiuntivo in cui avevano dedotto l'illegittimità della misura del tasso di interesse applicato, del criterio della capitalizzazione trimestrale, dell'applicazione della commissione di massimo scoperto e della decorrenza delle valute, vale a dire gli stessi profili di illegittimità che hanno poi formato oggetto del giudizio di gravame. E l'affermazione deve ritenersi certamente corretta, risultando chiaramente l'avvenuta contestazione da detto atto di opposizione, la cui lettura è certamente consentita a questa Corte in presenza del dedotto vizio di ordine processuale.

41

Similmente corretto è l'ulteriore rilievo, secondo cui le questioni riguardanti la validità della clausola negoziale relativa agli interessi determinati in base ai tassi usualmente praticati sulla piazza dalle aziende di credito nonché quelle sulla validità della clausola che preveda l'anatocismo nella forma della capitalizzazione trimestrale si collocano nell'area delle nullità rilevabili d'ufficio ai sensi dell'art. 1421 C.C.. Qualora comportino, come si vedrà, una violazione di legge, tali clausole determinano infatti una nullità, la cui rilevabilità d'ufficio ben si



concilia nel caso in esame anche con il principio della domanda, non potendosi in ogni caso dubitare che la difesa degli opposenti si sia svolta nell'ambito della patologia del negozio.

Con il secondo motivo il ricorrente, sotto il profilo di omessa motivazione, deduce che la Corte d'Appello non ha considerato un elemento decisivo costituito dalla lettera-riconoscimento del 26.10.1995, scritta di pugno dal Casciaro, con cui questi asseriva di aver avanzato richiesta di mutuo fondiario per l'importo di £ 420.000.000 che corrisponde all'incirca alla somma per cui è stato pronunciato il decreto ingiuntivo, lettera che avrebbe dovuto dimostrare l'esatta entità del credito fatto valere. Deduce altresì che la Corte di merito non ha tenuto conto del valore probatorio che deve essere riconosciuto alle scritture contabili di un istituto di credito non solo per la concessione del decreto ingiuntivo ma anche in sede di opposizione fino a prova contraria.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'S' or 'H', located to the right of the main text block.

Anche tale motivo di ricorso, articolato su due distinte censure, è infondato.

Quanto alla prima, si osserva che la mancata valutazione della lettera, che conterrebbe ad avviso della banca un riconoscimento di debito e si



tradurrebbe così in un vizio di motivazione, coglie un aspetto privo del requisito della decisività.

Il riconoscimento del debito non costituisce infatti un'autonoma fonte di obbligazione ma si risolve semplicemente sul piano probatorio in una inversione dell'onere della prova che non incide sull'eventuale nullità delle clausole contrattuali di cui si discute che riguardano, oltre tutto, rapporti di conto corrente ben distinti da quello cui farebbe riferimento la lettera, relativa ad una richiesta di mutuo fondiario.

La controversia in esame, che ha ad oggetto richieste di pagamento di crediti maturati nell'ambito di due conti correnti bancari, non pone del resto questioni in ordine alla prova ma solo di validità delle clausole da cui si assume detti crediti siano stati originati.

Quanto poi al secondo profilo relativo alla rilevanza delle scritture contabili non contestate, correttamente la Corte d'Appello ha richiamato il principio, costantemente affermato in giurisprudenza, secondo cui una tale omissione da parte del correntista rende inoppugnabili gli addebiti sotto il profilo meramente contabile ma non sotto quello della validità e dell'efficacia



dei rapporti obbligatori da cui derivano le partite inserite (per tutte Cass. 12507/99; 18626/03).

Con il terzo motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1284, 1346-1825 C.C. nonché insufficiente, incongrua e contraddittoria motivazione, lamentando che la Corte d'Appello abbia rilevato la nullità della clausola che rinvia agli usi di piazza per la determinazione degli interessi, senza considerare che è sufficiente, ai fini della sua validità, il richiamo dei criteri che consentano, sia pure per relationem, la quantificazione del tasso di interesse attraverso l'applicazione di quelli medi pubblicati in documenti ufficiali (bollettino della Banca d'Italia e Gazzetta Ufficiale), fissati in maniera obiettiva, non influenzabili dal singolo istituto bancario e portati a conoscenza dei clienti nei locali aperti al pubblico della banca. Deduce altresì che l'invalidità della clausola non poteva in ogni caso applicarsi ai rapporti, come quello in esame, sorti precedentemente all'entrata in vigore della Legge 154/92 che tale invalidità prevede, non potendo ad essa attribuirsi efficacia retroattiva. Eccepisce in ogni caso la prescrizione decennale.



La censura è infondata.

La Corte d'Appello, nel rigettare la tesi riproposta in questa sede con il presente motivo di ricorso sulla validità della clausola che rinvia agli usi di piazza per la determinazione degli interessi in misura superiore a quelli legali, limitatamente al c/c 27/147 ed al periodo 27.10.1975-13.11.1984, si è uniformata ai principi elaborati da questa Corte nell'ultimo decennio ed ormai consolidati in giurisprudenza.

Al riguardo infatti si è affermato che, pur non potendosi escludere in linea di principio la validità della determinazione convenzionale del saggio degli interessi in misura ultralegale espressa "per relationem", è necessario a tal fine che le parti facciano riferimento in forma scritta a criteri prestabiliti che consentano la concreta determinazione del tasso convenzionale. Da tale prima enunciazione, che può considerarsi la premessa maggiore cui uniformarsi nella interpretazione sul punto dei contratti bancari, è derivato l'ulteriore principio secondo cui, nell'ambito di tali contratti e nel regime anteriore all'entrata in vigore della disciplina dettata dalla Legge sulla trasparenza bancaria del

8
17



17.2.1992 n.154, trasfusa poi nel T.U. 1.9.1993 n.385, il mero rinvio alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza per la pattuizione di interessi in misura superiore a quella legale, non può considerarsi sufficiente, mancando della necessaria univocità, qualora non sussistano fonti vincolanti che disciplinino il saggio in ambito nazionale ma si faccia riferimento a parametri locali mutevoli e non riscontrabili in termini chiari e vincolanti (Cass. 4094/05; 4490/02; 9465/00).

In applicazione di tale principio la Corte d'Appello ha escluso la validità della clausola in esame dopo aver accertato l'inesistenza di parametri vincolanti su scala nazionale che peraltro, val la pena di aggiungere nonostante la questione non sia stata dedotta, se si traducessero in accordi di cartello sarebbero ugualmente nulli ai sensi dell'art. 2 della Legge 2.10.1990 n.287, diversamente da quanto affermato dalla stessa Corte d'Appello (Cass. 4490/02; 4094/05).

Né tali conclusioni possono trovare smentita nel richiamo operato in ricorso ai tassi medi pubblicati dalla Banca d'Italia in quanto proprio l'indicazione di un tasso medio, peraltro non



vincolante per le singole banche, presuppone la presenza di tassi diversi fra le varie banche. Ovviamente del tutto irrilevante è la circostanza che i correntisti nel caso in esame fossero stati informati al variare dei tassi, non essendone in discussione la conoscenza ma la loro determinabilità, lasciata anche in tal caso alla unilaterale decisione della banca, la cui successiva comunicazione non può certamente sostituire la preventiva e consapevole manifestazione di volontà richiesta in base all'art. 1284 C.C..

Non sussistendo pertanto il requisito necessario e cioè la presenza di un criterio preventivo e concordato per la determinazione del tasso d'interesse in misura superiore a quella legale, correttamente la Corte d'Appello ha dichiarato la nullità della relativa clausola relativa al c/c 27/147 per il periodo in cui ha avuto applicazione (27.10.1975-13.11.1984).

Quanto infine alla dedotta prescrizione decennale, deve rilevarsi l'inammissibilità della relativa eccezione in quanto, al di là di ogni considerazione sulla sua fondatezza (Cass. 2262/84), è stata dedotta per la prima volta in



questa sede.

Con il quarto motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1283 C.C. in relazione agli artt. 1823, 1825, 1831 C.C. ed all'art. 8 della Legge 154/92. Lamenta che la Corte d'Appello abbia ritenuto nulla la clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, ai sensi dell'art. 1283 C.C., sull'erroneo rilievo che gli usi bancari al riguardo abbiano natura negoziale e non già normativa, senza peraltro tener conto che tale norma non si applica al contratto di conto corrente bancario, trovando invece in esso applicazione la specifica disciplina prevista dagli artt. 1823, 1825 e soprattutto dall'art. 1831 C.C. per la quale non rileva, in quanto trattasi di dizione legislativa imperfetta e lacunosa, che l'art. 1857, relativo ai contratti di conto corrente bancario, non richiami dette norme e senza considerare che l'art. 1283 C.C., riguardando gli interessi corrispettivi dovuti per crediti liquidi ed esigibili (art. 1282 C.C.) e quelli moratori, non è estensibile agli interessi compensativi, quali sono quelli operanti nel conto corrente bancario, in ordine al quale deve ritenersi vigente l'uso normativo della inapplicabilità dell'art.



1283 C.C. e della conseguente produzione degli interessi sugli interessi scaduti, indipendentemente dall'esistenza delle condizioni previste da detta norma.

La censura è infondata.

Anche in ordine al problema della validità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi sui saldi passivi di conto corrente bancario la giurisprudenza di questa Corte si è ormai consolidata, dopo l'inversione di tendenza avvenuta nel 1999 con le sentenze nn.2374, 3096 e 3845, nel senso della sua nullità per violazione dell'art. 1283 C.C. in quanto basata su un uso negoziale e non normativo, come deve intendersi invece l'uso in deroga che legittimerebbe in base a tale norma la sua validità.

Sul punto sono peraltro intervenute le Sezioni Unite di questa Corte (21095/04) in ragione dell'importanza della questione le quali, stigmatizzando la mancanza dell'elemento soggettivo dell'opinio iuris, hanno confermato il richiamato orientamento e ribadito tra l'altro l'efficacia retroattiva di una tale diversa interpretazione, confermata dal successivo intento del legislatore di assicurare con l'art. 25 comma 3 D.Lgs. n.342/99



validità ed efficacia alle clausole di capitalizzazione degli interessi inserite nei contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della delibera del Cicr di cui al comma 2 dello art. 25, intento che è rimasto frustrato dall'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità per eccesso di delega (C.Cost. 425/00) di detto comma 3.

Né maggior pregio può riconoscersi all'ulteriore profilo prospettato in ricorso laddove si sostiene che la pattuizione anatocistica degli interessi operanti nel conto corrente bancario trova la sua disciplina, non già nell'art. 1283 C.C., ma negli artt. 1823, 1825 e 1831 C.C. riguardanti l'ordinario contratto di conto corrente ed in particolare in tale ultima norma la quale, prevedendo la chiusura del conto con la liquidazione del saldo alle scadenze previste dal contratto o dagli usi ovvero, in mancanza, al termine di ogni semestre, consentirebbe la pattuizione di una clausola anatocistica in deroga al principio generale di cui all'art. 1283 C.C. che richiede invece la posteriorità della pattuizione rispetto al tempo della maturazione degli interessi.



A tale ricostruzione si oppone però in primo luogo il rilievo che l'art. 1857 C.C., relativo alle operazioni bancarie in conto corrente come quelle in esame, nel richiamare alcune disposizioni che regolano il conto corrente ordinario (artt. 1826, 1829 e 1832 C.C.), non indica anche l'art. 1831 C.C. che pertanto deve ritenersi inapplicabile, non condividendosi la tesi sostenuta anche in ricorso, secondo cui una tale omissione sia frutto di "una difettosa dizione normativa", né l'ulteriore tesi di una sua applicazione analogica.

Esclusa infatti la possibilità del ricorso all'analogia in presenza di una norma che disciplina espressamente l'istituto dell'anatocismo si osserva che questa Corte recentemente ha affrontato anche tale problema, disattendendo la tesi dell'applicazione dell'art. 1831 C.C. al contratto di conto corrente bancario, attesa la sua diversità per struttura e funzione con il contratto di conto corrente ordinario (Cass. 6187/05).

Si è sottolineato infatti che la funzione del secondo consiste nella reciproca concessione del credito o, comunque, nella liquidazione per compensazione delle reciproche rimesse, mentre quella del primo (c/c bancario) nella prestazione



da parte della banca di un servizio di cassa e di gestione del denaro riconducibile allo schema del mandato senza rappresentanza; inoltre che i crediti annotati sul conto corrente ordinario sono inesigibili ed indisponibili fino alla chiusura del conto mentre nel conto corrente bancario il credito risultante dal conto è sempre disponibile; ancora nel conto corrente ordinario la compensazione ha luogo solo al momento della chiusura del conto conservando fino a quel momento i contrapposti crediti e debiti la loro individualità mentre nel conto bancario la compensazione fra versamenti e prelievi è immediata ed anzi si esclude che tali operazioni possano integrare una fattispecie compensativa; infine nel conto corrente bancario manca la reciprocità delle rimesse, presente invece nel conto corrente ordinario, oltre che un'attività gestoria che la banca svolge sulla base degli ordini ricevuti dal cliente.

Per quanto riguarda poi l'ulteriore profilo in ordine alla dedotta inapplicabilità dell'art. 1823 C.C. prospettato sul rilievo che tale norma riguarderebbe solo gli interessi corrispettivi e moratori e non già quelli compensativi in cui si identificherebbero quelli di conto corrente, si



osserva che - a parte l'uso indiscriminato che a volte viene fatto dei due termini (corrispettivi e compensativi) nonché il fatto che solo l'art. 1499 C.C. (relativo alle obbligazioni del compratore nel contratto di vendita) fa esplicito riferimento all'"interesse compensativo" - non può in ogni caso negarsi la natura corrispettiva degli interessi di conto corrente, rientrando certamente nell'ambito di applicazione del principio in base al quale la utilizzazione di un capitale o di una cosa fruttifera obbliga l'utente al pagamento di una somma proporzionale e cioè corrispettiva al godimento ricevuto.

Con il quinto motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1832, 1287, 2946 e segg. e 2034 C.C. nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione. Deduce che l'art. 1832 comma 2 C.C., richiamato per le operazioni bancarie in conto corrente dall'art. 1857 C.C., preclude la possibilità di impugnazione dell'estratto conto per errori di scritturazione o di calcolo, decorsi sei mesi dalla ricezione del conto medesimo e che in tale ambito rientrano tutte le somme contabilizzate a titolo di capitalizzazione trimestrale degli interessi,

8



comportando il legittimo convincimento della banca che in perfetta buona fede ha ritenuto che l'approvazione tacita del conto copre l'omissione di eventuali voci che il cliente pretende al suo attivo. Sostiene altresì che la prescrizione non decorre dalla data di conclusione del rapporto ma dal giorno stesso della sua costituzione, potendosi sin da tale momento richiedere la restituzione di presunte somme indebite, con la conseguente impossibilità di mettere in discussione operazioni risalenti ormai a circa trente anni.

Il motivo di ricorso in esame ripropone due distinte censure già dedotte con i precedenti motivi e ritenute infondate.

Quanto alla prima, riguardante la pretesa preclusione in ordine alla possibilità di impugnazione dell'estratto di conto corrente anche in relazione agli importi contabilizzati trimestralmente a titolo di interessi, si è già rilevato, con riferimento al secondo motivo, come la mancata tempestiva contestazione da parte del correntista nel termine di sei mesi dal ricevimento del conto rende inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti solo sotto il profilo meramente contabile ma non anche sotto il diverso aspetto della

§



validità ed efficacia dei rapporti obbligatori dai quali derivino (Cass. 12507/99; 18626/03).

Similmente per quanto riguarda la prescrizione, non può che ribadirsi quanto già esposto in relazione al terzo motivo e cioè la novità della questione in quanto dedotta per la prima volta in questa sede, con conseguente preclusione di ogni valutazione sulla validità della giurisprudenza che ha affermato il principio della decorrenza della prescrizione dalla chiusura definitiva del rapporto (Cass. 2262/84).

Con il sesto motivo il ricorrente denuncia omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, lamentando che la Corte d'Appello, nel ritenere compresa la domanda volta a contestare la commissione di massimo scoperto in quella con cui è stata dedotta l'illegittimità del calcolo degli interessi, ha violato l'art. 112 C.P.C.. Deduce inoltre che in ogni caso la commissione costituisce il frutto di un uso bancario universalmente accettato. Quanto agli interessi osserva che deve farsi riferimento al giorno dell'incasso solo per i versamenti in denaro, di assegni circolari della stessa banca o di assegni bancari della stessa succursale mentre al giorno della emissione per i

4



titoli tratti sul conto. Eccepisce poi la prescrizione e la decadenza per i periodi indicati dalla sentenza impugnata ai fini della ricostruzione dei conti.

Anche il motivo di ricorso in esame ripropone, sia pure in parte, censure già dedotte in precedenza e ritenute infondate, con la conseguenza che è sufficiente un mero richiamo alle considerazioni svolte in relazione al primo motivo per quanto riguarda il preteso vizio di ultrapetizione in sede di opposizione al decreto ingiuntivo sulla questione relativa alla commissione di massimo scoperto nonché a quanto già precisato nel terzo e nel quinto motivo in ordine alla prescrizione ed alla decadenza.

Relativamente alla richiesta di riconoscimento della commissione di massimo scoperto (costituente la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma), correttamente la Corte d'Appello l'ha accolta in ragione del periodo per il quale è risultata pattuita. Né è consentito in questa sede il generico richiamo agli usi operato in ricorso in cui si deduce la presenza di un "consolidato uso



bancario....." in quanto, se si sia inteso far riferimento ad un uso normativo, non è consentito un suo richiamo in mancanza di un'espressa previsione legislativa che ad esso faccia ricorso per la sua integrazione, mentre se si sia voluto richiamare un uso negoziale deve convenirsi che, non facendone alcuna menzione l'impugnata sentenza e non risultando censurato al riguardo un vizio di omessa pronuncia, la questione è preclusa in quanto prospettata per la prima volta in questa sede.

Per quanto riguarda infine la decorrenza degli interessi, da correlarsi secondo il ricorrente al tipo di operazione (versamento o prelevamento) ed ai mezzi utilizzati (contanti, assegni bancari, assegni circolari ecc.), il richiamo della Corte d'Appello al saldo disponibile sintetizza sostanzialmente tali situazioni, verificandosi la disponibilità in momenti diversi in relazione a tali distinte ipotesi, momenti che solo una consulenza tecnica potrà accertare sulla base dei documenti esistenti agli atti, fra cui gli estratti-conto che, in mancanza di più precise indicazioni risultanti dalla lettura dei singoli assegni, assumono valore probatorio presuntivo.

Con l'unico motivo del ricorso incidentale



Luigi Casciaro e Teresa De Lorenzi denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 1284 e 1418 comma 2 C.C.. Lamentano che la Corte d'Appello abbia ritenuto valida la pattuizione degli interessi e degli ulteriori oneri a carico del correntista prevista nel contratto di conto corrente n.8/10 nonostante contenga il riferimento all'uso di piazza per la determinazione del tasso di interesse e malgrado riservi alla banca "la facoltà di modificare in qualsiasi momento le norme e le condizioni tutte che regolano i rapporti", non considerando quindi la nullità, oltre che del riferimento all'uso di piazza, anche di detta clausola in quanto non indica le circostanze in base alle quali la modificazione può essere effettuata né i parametri cui agganciare l'entità delle variazioni, affidate in tal modo all'arbitrio di una sola parte del rapporto.

La censura è palesemente infondata.

La Corte d'Appello, dopo aver dichiarato la nullità della clausola che fa riferimento agli usi di piazza per quanto riguarda gli interessi ultralegali (come si è osservato in particolare in relazione al terzo motivo), ha individuato l'esistenza di appositi atti in cui il tasso fu



successivamente convenuto fra le parti in misura percentuale diversa in vari periodi per il c/c n.27/147 e per tutto il periodo per il c/c n.8/10.

La diversa tesi esposta dai ricorrenti incidentali, che sostengono la presenza, per tutta la durata del rapporto e per entrambi i conti correnti, di clausole che rinviano agli usi di piazza, urta contro tale accertamento di fatto, non sindacabile in sede di legittimità se non per vizi di motivazione che però non sono stati nemmeno prospettati.

Anche tale ricorso va pertanto rigettato.

In considerazione dell'ormai consolidato orientamento dei principi richiamati in relazione al ricorso principale nonché della rilevanza di gran lunga minore assunta dal ricorso incidentale nell'economia del procedimento, si ritiene di porre le spese, che si liquidano come in dispositivo, a carico del San Paolo IMI s.p.a.

P.Q.M.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Riunisce i ricorsi e li rigetta. Condanna il San Paolo IMI s.p.a. al pagamento dell'onorario che liquida in euro 4.000,00 oltre alle spese in euro 100,00 ed alle spese generali ed accessori come per



legge.

Roma, 24.10.2005

Il Consigliere est.

Algo. Riccardo Scicchitano

Il Presidente

Pellegrini

IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
(Dr. Filomena Perrone)

[Handwritten signature]

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Prima Sezione Civile

Direttrice di Cancelleria

18 GEN. 2006

IL FUNZIONARIO DI CANCELLERIA
(Dr. Filomena Perrone)

[Handwritten signature]