



**Sentenza: anatocismo,
c.m.s. – decreto cd.
milleproroghe**

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI NAPOLI

Sezione Distaccata di Frattamaggiore

in composizione monocratica e nella persona del dr. Pasquale Serrao
d'Aquino, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. **609 del R.G.A.C. 2005**, vertente

TRA

_____s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in Napoli presso il difensore avv. _____, dal
quale è rappresentata e difesa in forza di procura a margine dell'atto di
citazione;

Attore

Banco di Napoli s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dal prof. avv. _____,
elettivamente domiciliata in Napoli,;

Convenuta

CONCLUSIONI

Come da verbale, le parti si sono riportate agli atti introduttivi.

FATTI RILEVANTI E MOTIVI DELLA DECISIONE

INDICE .1. IL FATTO. 2. ECCEZIONE DI DIFETTO DI LEGITTIMAZIONE PASSIVA. 3.
APPROVAZIONE DEL CONTO. 4. ONERE DI CONTESTAZIONE SPECIFICA. 5. OBBLIGAZIONE
NATURALE. 6. PRESCRIZIONE. 6.1.TERMINI. 6.2. TESI DELLA DECORRENZA DALLA SINGOLA
OPERAZIONE. 6.3. LA DECORRENZA DALLA CHIUSURA DEL CONTO. 6.4. LA TESI MISTA DI CASS.
2.12.2010 N. 44418. 7. L'INTRODUZIONE DEL CD. MILLEPROROGHE. 8. PATTUIZIONE SCRITTA
DEGLI INTERESSI E RINVIO AGLI USI SU PIAZZA. 8.1. CONTRATTO STIPULATO IN DATA ANTERIORE
LEGGE SULLA TRASPARENZA BANCARIA. 8.2. L'ART. 117 E LA INDIVIDUAZIONE DELLE <OPERAZIONI

ATTIVE E DELLE OPERAZIONI PASSIVE>. 8.3. IL MOMENTO DI DETERMINAZIONE DEL TASSO BOT. 9. ANATOCISMO E CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE. 9.1. LE MODALITÀ DI ADEGUAMENTO ALLA DELIBERA CICR. 9.2. CAPITALIZZAZIONE ANNUALE O NESSUNA CAPITALIZZAZIONE. 10 COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO. 11. RISARCIMENTO DEL DANNO. 12. CONCLUSIONI. 13. SPESE GIUDIZIALI.

1. Il fatto.

La società attrice, dopo la chiusura del conto 2/669 con la società convenuta nel settembre 2001 a saldo zero, ha proposto domanda restitutoria delle somme versate sul conto ed ha chiesto la condanna della banca alla restituzione della somma di € 47.000,00 per:

- nullità della clausola di massimo scoperto;
- nullità per applicazione di un tasso di interessi debitore superiore a quello fissato dall'art. 117, comma 7 l. a) ed un tasso creditore inferiore a quello previsto sempre dall'art. 117, comma 7 lett. a).

Si è costituita la banca eccependo:

- il difetto di legittimazione passiva,
- la liceità delle clausole applicate,
- la prescrizione del debito,
- il carattere di obbligazione naturale di quanto pagato,
- la violazione del principio di buone fede e correttezza insita nella domanda di restituzione a seguito del mutamento giurisprudenziale.

L'istruttoria è stata caratterizzata esclusivamente da produzioni documentali ed arricchita da una CTU contabile, con successivi chiarimenti. Al termine, mutato l'organo giudicante, la causa è stata introitata a sentenza, con pronuncia parziale.

2. Difetto di legittimazione passiva.

La banca sostiene che la fusione per incorporazione del Banco di Napoli s.p.a. nel Sanpaolo IMI s.p.a. comporta che legittimato passiva è solo questa seconda società, anche perché il successivo conferimento di azienda

del Sanpaolo IMI s.p.a. in Sanpaolo Banco di Napoli s.p.a. con atto notarile del 30.6.2003 non includerebbe i rapporti non più pendenti.

L'eccezione va disattesa: il passaggio in giudicato della sentenza n. 155 del 2007 di consegna della documentazione contabile relativa al conto controverso determina giudicato implicito sulla legittimazione passiva del rapporto per evidente pregiudizialità logica della questione.

3. Approvazione del conto.

La giurisprudenza è sostanzialmente unanime nell'affermare che l'approvazione del conto, anche tacita, a seguito della mancata opposizione scritta nel termine di 60 giorni dall'invio degli estratti conto o di altre comunicazioni periodiche (art. 119 T.U.B.), preclude qualunque contestazione circa la conformità delle singole e concrete operazioni sottostanti ai rapporti obbligatori da cui derivano gli addebiti e gli accrediti sotto il profilo meramente contabile, senza incidere sulla validità ed efficacia dei rapporti medesimi, che restano soggetti alle regole ordinarie, (Cassazione civile sez. I, 31 ottobre 2008, n. 26318, cit. Cassazione civile sez. I, 31 ottobre 2008, n. 26318, cfr. Cass. N. 12507/1999; Cass. N. 1978/1996; Trib. Genova sent. 5.5.2002; C.App. Lecce n. 598/2001; Trib. Pescara 4/7 aprile 2005).

4. Onere di contestazione specifica.

Vi è, però un onere di contestazione specifica dell'estratto conto. Per la giurisprudenza di legittimità <<deve escludersi (...) che tutti i documenti prodotti in sede monitoria siano privi di efficacia probatoria nel successivo giudizio di opposizione. Tale inidoneità, infatti, riguarda il solo estratto di saldaconto redatto ai sensi dell'art. 102 della vecchia legge bancaria (e, quindi, non un estratto di conto corrente, idoneo a costituire piena prova del credito del saldo, in difetto di specifiche contestazioni del correntista, ai sensi degli art. 1832 e 1857 c.c.).>> (Cassazione civile sez. I, 28 maggio 2008, n. 14044, Guida al diritto 2008, 41, 52). Anche la giurisprudenza di merito ha convenuto che <<Le risultanze di conto corrente bancario, allegate a sostegno della domanda di pagamento dei saldi non solo legittimano l'emissione di decreto ingiuntivo, ma nell'eventuale giudizio di opposizione hanno anche efficacia fino a prova contraria, potendo essere disattese solo in presenza di circostanziate

contestazioni, non già attraverso il mero rifiuto del conto o la generica affermazione di nulla dovere. A tale fine è irrilevante che l'estratto conto non sia già stato stragiudizialmente reso noto al correntista, atteso che la produzione in giudizio costituisce trasmissione ai sensi dell'art. 1832 c.c. onerando perciò il correntista delle necessarie specifiche contestazioni per poter superare l'efficacia probatoria della produzione. >> (Tribunale Monza sez. III, 05 marzo 2008, Guida al diritto 2008, 44, 70).

Questo non significa che il *thema decidendum* verta esclusivamente sulle annotazioni individualmente contestate, ma che esso va ristretto, se non a singole poste, a voci o categorie di addebito contestati (c.m.s., le valute, la capitalizzazione differenziata degli interessi, ecc.); laddove non si tratti di condizioni contrattuali esplicite, vanno indicate, in via quanto meno esemplificativa, alcune annotazioni illegittime (es. indicando come il tasso convenuto in contratto fosse superiore al TEG nell'usurarietà sopravvenuta).

5. Obbligazione naturale.

Del tutto priva di seguito è la tesi dell'obbligazione naturale collegata alla tolleranza dell'addebito degli interessi e di ogni altra prestazione eventualmente illegittima effettuata da un istituto bancario nell'ambito di un rapporto di conto corrente.

"Nessun adempimento spontaneo di un'obbligazione naturale (con conseguente irripetibilità di quanto pagato) può ... rinvenirsi nel comportamento del correntista che abbia versato somme maggiori in pagamento di interessi anatocistici pattuiti in contratto, quindi in adempimento di un'obbligazione giuridica; ancorché in forma invalida e non già di mero dovere morale o sociale" (Trib. Pescara, 6 maggio 2005).⁽¹⁾

⁽¹⁾ Trib. Cassino, 29 ottobre 2004, Cass., n. 2262/1984 in ordine al fatto per cui, essendo stata la banca a procedere all'addebito degli interessi ultralegali sul conto corrente del cliente per sua esclusiva iniziativa e senza alcuna autorizzazione del medesimo, non poteva ricorrere, nella fattispecie in esame, l'adempimento dell'obbligazione naturale. Ed inoltre, dal momento che gli interessi ultralegali erano stati determinati in via unilaterale dalla banca, senza un riferimento preciso ad un tasso applicato con consenso espresso della controparte, ma mediante generico rinvio alla clausola "uso piazza", proprio in virtù di questa indeterminabilità dell'oggetto o al massimo determinabilità *ex post*, il tribunale di Cassino escludeva il requisito della spontaneità di quanto pagato in più dal cliente e quindi deduceva l'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 2034 c.c.

La dottrina ha evidenziato come tali addebiti si collochino nel quadro di un arido rapporto economico e di un meccanismo impositivo che vede almeno la passività se non una sorta di sostanziale soggezione del cliente, per cui non l'acquiescenza del cliente non può essere qualificata come obbligazione naturale, sia per il difetto della spontaneità che della configurabilità di un obbligo morale e sociale ^(2,3)

6. Prescrizione.

La prescrizione applicabile è quella regolata con termine decennale il termine dall'art. 2946 c.c., e non quello di prescrizione quinquennale. Non può farsi riferimento, infatti, né alla prescrizione breve del diritto al risarcimento del danno, trattandosi di obbligazione derivante dalla legge (2033 c.c.) e non da obbligazione *ex delicto*, né a quella quinquennale di cui all'art. 2948 n. 4 c.c., che riguarda esclusivamente la domanda diretta a conseguire gli interessi che maturano annualmente o in termini più brevi, non già la restituzione di parte degli stessi in quanto indebitamente corrisposti.

6.1. Decorrenza del termine di prescrizione.

La decorrenza del termine di prescrizione, dalla chiusura del conto, oppure dalle singole operazioni, è oggetto di un ampio dibattito giurisprudenziale, che ha visto un punto arrivo nella nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 02 dicembre 2010, n. 24418 e poi, ancora nell'approvazione del discusso art. 2 comma 61 del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, il quale prevede che << *In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi*

⁽²⁾ v. Cass. 2262/1984 che sottolinea appunto il profilo della esclusiva iniziativa dell'istituto bancario.

⁽³⁾Non è stato quindi seguito un orientamento giurisprudenziale risalente all'epoca anteriore alla determinazione del tasso di interesse legale, secondo il quale: "il pagamento non spontaneo di interessi ultralegali non pattuiti per iscritto - configurandosi come adempimento di obbligazione naturale e rientrando quindi nella regola dettata dall'art. 2034 c.c. - non è soggetto a ripetizione, semprechè si tratti di misura contenuta nei limiti del lecito".

già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge.>>, in vigore dal 27 febbraio 2011.

6.2. Tesi della decorrenza dalla singola operazione.

La norma richiama l'indirizzo di merito tendenzialmente minoritario, che evidenziava come il diritto alla ripetizione fosse esercitabile anche nel corso del rapporto (art. 2935 c.c.), poiché nel conto corrente bancario (a differenza del conto corrente ordinario), a differenza del conto corrente ordinario, il saldo è sempre disponibile e l'accertamento dei conti non è rimesso alla chiusura del rapporto ⁽⁴⁾.

6.3. La decorrenza dalla chiusura del conto.

Risulta disatteso, quindi, l'indirizzo maggioritario secondo cui il *dies a quo* va individuato non nel momento dei singoli pagamenti (o addebiti in conto) degli interessi, bensì nella data di chiusura del conto corrente, considerata quale momento a partire dal quale si definiscono i rapporti di credito o debito tra le parti, dovendo essere valorizzato il legame intercorrente fra la pluralità di atti di addebito di interessi in virtù dell'unicità del rapporto giuridico derivante da un contratto unitario (Cass. 9 aprile 1984, n. 2262; e Cass. 14 maggio 2005, n. 10127, che richiama precedenti pronunce,⁵).

6.4. La tesi mista di Cass. 2.12.2010 n. 44418.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite Cassazione del 02 dicembre 2010, n. 24418 ha affermato un principio composito: "Se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato

⁽⁴⁾ In tal senso: Trib. Mantova 2 febbraio 2009; App. Brescia 16 gennaio 2008; entrambe in Il caso.it.

⁽⁵⁾ Nonché: Trib. Brescia 18 gennaio 2010, in Il caso.it; Trib. Torino 6 ottobre 2009, in Il caso.it; Trib. Arezzo 12 maggio 2009, in Juris Data; Trib. Benevento 29 agosto 2008, in Guida al diritto, 2009, 3, 81; App. L'Aquila 16 luglio 2008, in Il caso.it; App. Torino 14 novembre 2007, in Il caso.it; Tribunale Monza, 7 aprile 2006, in Juris Data; Trib. Bari 5 maggio 2005, in giurisprudenzabarese.it

indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, *qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati*".

Sintetizzando la complessa pronuncia, il termine di prescrizione decorrerebbe dalla chiusura del rapporto se non vi siano pagamenti del cliente o se essi avvengono nel limite del fido, mentre decorre dai singoli pagamenti nel caso in cui il cliente avesse un'esposizione oltre il fido accordato, oppure non vi fosse fido alcuno.

7. L'introduzione del cd. decreto milleproroghe.

Nel corso di giudizio è sopravvenuta la legge 26/2/2011 n.10 di conversione con modificazioni del decreto legge 29/12/2010 n. 225, recante "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie" (c.d. decreto milleproroghe), pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 47 - Supplemento ordinario n.53, ha introdotto l'art. 2 comma 61 del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, il quale prevede al comma 9 che << *In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge.*>>, in vigore dal 27 febbraio 2011.

La norma di redazione certamente infelice determina notevoli dubbi sulla sua effettiva portata.

L'articolo contiene due diverse disposizioni ed in prima lettura sembrerebbe destinato a trovare applicazione nel caso qui giudicato: secondo il suo tenore letterale sarebbe prescritta la domanda di ripetizione di somme annotate nel conto corrente oltre dieci anni prima del primo atto interruttivo, ovvero l'atto di citazione notificato il 16.3.2009 e sarebbe

preclusa la ripetizione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge.

La norma introdotta dal cd. decreto milleproroghe è stata per opinione pressoché unanime stata considerata come un intervento del legislatore effettuato a seguito della citata pronuncia delle Sezioni Unite n. 24418 del 2010 sulla decorrenza della prescrizione nel rapporto di conto corrente bancario (dalla data della chiusura del rapporto in caso di versamenti ripristinatori della provvista in un contratto di apertura di conto corrente e dalla singola operazione quando il versamento, in mancanza di un fido o in operazioni extrafido, rivestisse natura di pagamento).

La seconda parte del comma 61 citato, sembra precludere la ripetizione di somme già versate ed è stato oggetto di critiche anche maggiori rispetto alla norma interpretativa sulla decorrenza della prescrizione per l'apparente completa inibizione della tutela giurisdizionale, tanto che vi è stata una diffusa accusa dell'introduzione di una irragionevole norma <salva-banche>, destinata a rappresentare una pietra tombale per il passato sul contenzioso bancario.

Bisogna chiedersi però quale sia l'interpretazione corretta di tali norme, in quanto la compatibilità costituzionale della norma va valutata scandagliando ogni alternativa interpretativa della disposizione introdotta.

La principale alternativa nell'interpretare le due norme contenute nel comma 61 è quella della lettura disgiuntiva o congiuntiva delle stesse.

7.1. Lettura disgiuntiva: Irripetibilità dei versamenti del cliente sul conto corrente già effettuati, anche se di carattere indebito.

Nella prima ipotesi la regola dell'irripetibilità dei versamenti effettuati alla data di entrata in vigore della legge (2° inciso) e la regola della decorrenza dalle annotazioni in conto della prescrizione dei diritti nascenti dalle stesse (1° inciso), andrebbero considerate separatamente: la prima sarebbe una norma di portata generale per la ripetizione dell'indebito

bancario al momento dell'entrata in vigore della legge, mentre la seconda sarebbe una norma puramente interpretativa riguardante la decorrenza della prescrizione.

L'interpretazione letterale, secondo la terminologia propria dei rapporti bancari, delle disposizioni contenute nel secondo periodo <<*In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge*>>, dovrebbe comportare l'irripetibilità delle somme oggetto di versamento sul conto corrente nella accezione propria del termine <<versamento>>, ovvero come operazione passiva per la banca in seguito a trasferimento di denaro da cliente (in contanti per versamento di titoli, ecc.), secondo la dicotomia classica della tecnica bancaria versamento-prelevamento, nell'ambito della più ampia categoria dell'accreditamento a favore del cliente (che include anche qualsiasi altra somma riconosciuta a favore del cliente e che determina un debito e, quindi, una passività della banca).

Incidendo la disposizione, secondo questa opzione ermeneutica, sullo stesso diritto alla restituzione, appare, per i rapporti bancari o i giudizi in corso alla data della sua entrata in vigore, logicamente preliminare a quella della decorrenza della prescrizione del diritto stesso.

Ad avviso del Tribunale, la norma, così come interpretata appare però in contrasto con:

a) l'art. 117 della Costituzione in relazione all'art. 6, comma 1° della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.;

b) l'art. 3 della Costituzione;

c) l'art. 24 della Costituzione;

d) violazione dell'art. 102 della Costituzione;

e) l'art. 47 della Costituzione.

e) l'art. 2 della Costituzione;

f) l'art. 111 della Costituzione.

l. Contrasto con l) art. 117 della Costituzione in relazione all'art. 6, comma 1° della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Ad avviso del Tribunale l'ultimo inciso dell'art. 2, comma 61 è in conflitto con l'art. 117 Cost. e con e l'art. 6.1. della CEDU per effetto dell'interferenza del potere legislativo su giudizi in corso.

La norma introdotta, apparendo destinata ad incidere su diritti già maturati in base all'ordinamento preesistente assume, infatti, un'indubbia efficacia retroattiva.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali è intervenuta diverse volte sul tema delle leggi retroattive, affermando che la Convenzione non preclude in assoluto l'introduzione di norme che intervengono su diritti derivanti da leggi in vigore, ma, come affermato ad esempio, nella sentenza della Grande Camera del 29 marzo 2006 (Scordino c. Italia), la Convenzione, per i motivi della preminenza del diritto e dell'equo processo consacrato dall'art. 6 della CEDU, impedisce l'applicazione di norme retroattive ai processi in corso <<salvo imperativi motivi di interesse generale>>. (in precedenza *Zielinski et Pradal & Gonzales c. France [GC]*, n^{os} 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, § 57, CEDH 1999-VII ; *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, arrêt du 9 décembre 1994, série A n^o 301-B ; *Papageorgiou c. Grèce*, arrêt du 22 octobre 1997, Recueil 1997-VI, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997.ancora più di recente nella *Causa Scoppola (n. 2) c. Italia - sentenza de la Grande Chambre del 17 settembre 2009 (ricorso n. 10249/03)*: <<the principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 of the Convention **preclude any**

interference by the legislature - other than on *compelling grounds of the general interest* - with the administration of justice designed to influence the judicial determination of a dispute” (par. 126 della sentenza Scordino-Italia, sentenza del 29 marzo 2006 (Scordino c. Italia).

Appare opportuno evidenziare, quindi, che la deroga alla irretroattività della legge non può essere derogata ad un generico pubblico interesse, ma alla presenza di un interesse ineludibile o cogente, come traspare dalla valutazione compiuta da dalla stessa Corte Europea.

Nel caso Scordino-Italia, infatti, la Corte ha rilevato che lo Stato italiano non ha dimostrato che le esigenze finanziarie dello Stato italiano portate a giustificazione della restrizione quantitativa dell’indennizzo previsto dall’art. 5bis della legge 359/1992 potessero rappresentare gli «*impérieux motifs d’intérêt général*» (sentenze richiamate *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, *Reports 1997-VII*; *OGIS-Institut Stanislas and Others*, cited above, § 61; *Forrer-Niedenthal*; and *Bäck*).

Al contrario, la legittimità di interventi retroattivi del legislatore, come rilevato dalla stessa Corte Costituzionale è stata riconosciuta, in primo luogo, allorché ricorrevano ragioni storiche epocali, come nel caso della riunificazione tedesca (caso [Forrer-Niederthal c. Germania, sentenza del 20 febbraio 2003](#)). In questo caso, la Corte europea, di fronte ad una norma che faceva salvi con effetto retroattivo i trasferimenti di proprietà, senza indennizzo, in «proprietà del popolo» della ex D.D.R., ha concluso per la compatibilità dell’intervento con la norma convenzionale; ciò non soltanto per il motivo “epocale” del nuovo riassetto dei conflitti patrimoniali conseguenti alla riunificazione, ma anche in considerazione della sussistenza effettiva di un sistema che aveva garantito alle parti, che contestavano le modalità del riassetto, lo svolgimento di un processo equo e garantito.

In altri casi, nel definire e verificare la sussistenza o meno dei motivi imperativi d'interesse generale, la Corte di Strasburgo ha ritenuto legittimo l'intervento del legislatore che, per porre rimedio ad un'imperfezione tecnica della legge interpretata, aveva inteso con la legge retroattiva ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore. Si tratta, in primo luogo, della [sentenza 23 ottobre 1997, nel caso National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito](#) (utilizzata mutatis mutandis anche nella citata pronuncia [Forrer-Niederthal c. Germania](#)). Nello stesso solco si pone la [sentenza del 27 maggio 2004, Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia](#), in cui le circostanze del caso di specie non erano identiche a quelle del caso [Zielinski del 1999](#). Nel caso National & Provincial Building Society del 1997, la Corte Europea, come evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale (sentenza n. 139 del 2009) ha ritenuto che la finalità dell'intervento legislativo fosse quindi quella di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore a sostegno di un principio di perequazione, aggiungendo che gli attori non avrebbero potuto validamente invocare un "diritto" tecnicamente errato o carente, e dolersi quindi dell'intervento del legislatore teso a chiarire i requisiti ed i limiti che la legge interpretata contemplava.>>. La citata sentenza 139/2009 della Corte Costituzionale, nell'interpretazione della nozione di «motivi imperativi d'interesse generale», ha rilevato che la Convenzione lascia «ai singoli Stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell'onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo. Le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate (come nella [sentenza National & Provincial Building Society, Leeds Permanent](#)

[Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito, del 23 ottobre 1997](#)). >> (sentenza Corte Cost. n. 311 del 26 novembre 2009.)

Appare del tutto evidente come, nella specie, non solo la norma trovi applicazione anche ai processi in corso, ma non vi sia nessuna preminente motivo di interesse generale alla base dell'introduzione della norma, posto che: alla base della sua emanazione non vi è alcun disegno complessivo di disciplina della materia; alcuna esigenza di uniformazione dei trattamenti giuridici delle parti coinvolte, alcuna esigenza preminente di carattere finanziario per lo Stato, non essendovi oneri a carico dello Stato, né emergendo in alcun modo una incidenza significativa di tale contenzioso sulla stabilità del sistema bancario interno e, quindi, sulla tutela del risparmio e degli interessi economici pubblici.

Anche la prima parte dell'art. 2, comma 61, che prevede la decorrenza della prescrizione dall'annotazione e non dal pagamento risulta in contrasto con la convenzione. Non solo la norma, per i motivi meglio indicati in seguito, anticipa la decorrenza della prescrizione del diritto alla ripetizione ad un momento anteriore a quello in cui può essere esercitato, ma adotta un'interpretazione che non risulta coerente con il quadro giurisdizionale pregresso (che non fissava la decorrenza della prescrizione dall'annotazione) e che, quindi, non rimediando a dubbi o contrasti interpretativi, appare comunque in contrasto, per l'intervento del legislatore con il principio del diritto ad un processo equo.

Sussiste, quindi, il contrasto tra la norma così come interpretata e l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6.1. della CEDU.

Ciò posto, le norme della Convenzione a differenza, di quanto previsto in altre legislazioni europee non sono attualmente suscettibili di immediata applicazione nell'ordinamento nazionale (cfr. giurisprudenza della Corte Costituzionale a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007). Tali norme, infatti, avendo carattere pattizio, non ricadono nell'alveo applicativo

dell'art. 11 della Costituzione, destinato ad avere efficacia solo per le norme di diritto internazionale consuetudinario e per le norme comunitarie.

Le norme della CEDU sono, invece, di rango sub-costituzionale ed esplicano effetti nel nostro ordinamento mediante l'art. 117 Cost., integrativo di una precedente lacuna costituzionale (Corte Cost. sentenza 349 del 2007), che dispone il dovere costituzionale di rispetto degli obblighi internazionali, anche pattizi, assunti dallo Stato e, quindi, operando un rinvio a tali norme, con il limite della loro conformità alla stessa Costituzione. Per tale motivo il vaglio dell'interprete <<deve essere condotto in modo da verificare: a) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; b) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano (sentenza 348 del 2008).>>

Riguardo al primo aspetto si è già evidenziato il contrasto di tale interpretazione dell'art. 2, comma 61 con la Convenzione, mentre è appena il caso di osservare che il divieto, salvo eccezioni, per motivi di imperativo interesse generale delle norme retroattive non risulta in contrasto con alcuna disposizione costituzionale, dovendo il potere legislativo essere esercitato conformemente al quadro delle norme costituzionali ed internazionali.

b) Violazione dell'art. 3 della Costituzione del principio di ragionevolezza.

La norma impugnata preclude il diritto alla restituzione di somme indebitamente percepite nell'ambito del rapporto di conto corrente bancario. Si palesa il contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge: appare evidente una disparità di trattamento tra titolari di diritti restitutori nascenti da rapporti bancari di

conto corrente (per meglio dire, regolati da rapporti bancari di conto corrente) e titolari di analoghe posizioni soggettive regolate da conto corrente ordinario o maturati in rapporti di altra natura; a maggiore ragione sussiste disparità di trattamento se si distingue, quanto alla ripetibilità, tra i versamenti del cliente e gli accrediti della banca.

Sullo specifico tema delle leggi interpretative, con Sentenza n. 209 dell'11 giugno 2010 n. 2009 la Corte Costituzionale, nel solco di un consolidato orientamento, ha delineato i limiti costituzionali entro i quali il Legislatore deve contenersi nell'adozione di norme interpretative. La Corte infatti ha così letteralmente Statuito "5.1. - Questa Corte ha costantemente affermato che il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche «quando **la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario**, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore» (sentenza n. 525 del 2000; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 374 del 2002, n. 26 del 2003, n. 274 del 2006, n. 234 del 2007, n. 170 del 2008, n. 24 del 2009).» La Corte, inoltre, ha individuato una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, «che attengono alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento [...]; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto [...]; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico [...]; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario» (sentenza n. 397 del 1994). 5.2. - Il confronto tra le disposizioni censurate ed i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale - cui s'è fatto cenno nel paragrafo precedente - porta alla conclusione che le stesse non solo non possono essere ritenute interpretative, nel senso prima chiarito, ma ledono, con la loro efficacia

retroattiva, il canone generale della ragionevolezza delle norme (art. 3 Cost.), l'effettività del diritto dei cittadini di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24, primo comma, Cost.) e l'integrità delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria (art. 102 Cost.).”

E' dunque da ritenere che una norma interpretativa, per essere costituzionalmente legittima, possa essere adottata dal legislatore solo quando sussistano **incertezze** sulla sua applicazione o contrasti giurisprudenziali ovvero anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili **varianti** di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore. Tuttavia queste “precondizioni” non sono sufficienti. Occorre inoltre che:

1. sia salvaguardato il **principio generale di ragionevolezza**, che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento;

2. sia tutelato l'**affidamento** legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di Diritto;

3. sia salvaguardata l'effettività del **diritto dei cittadini di agire** in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24, primo comma, Cost.);

4. siano salvaguardate l'**integrità delle attribuzioni** costituzionali dell'autorità giudiziaria (art. 102 Cost.).>> (v. anche sentenza n. 525 del 2000, sentenze n. 374 del 2002, n. 26 del 2003, n. 274 del 2006, n. 234 del 2007, n. 170 del 2008, n. 24 del 2009).

In relazione al principio di ragionevolezza si è detto di come la preclusione dell'azione giudiziaria per le somme già versate sia del tutto privo di razionalità e discrimini tra le posizioni dei diversi cittadini sulla base di un dato temporale che incide in via del tutto occasionale su analoghe situazioni soggettive.

Riguardo agli altri profili di incostituzionalità della norma retroattiva, si rimanda a quanto in seguito evidenziato.

c) Contrasto con l'art. 24 della Costituzione.

La norma sull'irripetibilità delle somme versate e la norma della decorrenza della prescrizione dall'annotazione risultano in contrasto anche con l'art. 24 della Costituzione. La prima priva le parti di ogni possibilità di far valere in giudizio il diritto alla ripetizione di somme versate, quale che sia il fondamento originario della pretesa restitutoria, incidendo, quindi, retroattivamente, non sul diritto a far valere il vizio dell'atto (quale esso sia, anche se derivanti da illeciti penale), sui cui si fonda la pretesa di adempimento o restitutoria (nullità del negozio, errore di pagamento, erroneità materiale delle mere annotazioni contabili), ma in via generale sul diritto alla restituzione delle somme versate e, quindi, sul diritto dell'individuo alla tutela giurisdizionale garantito dall'art. 24 Cost. Non può neppure sostenersi che la norma esclude il diritto sostanziale alla ripetizione della somma ingiustamente versata e, quindi, agisce sul diritto stesso e non sulla sua tutela giurisdizionale, perché è il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale delle diverse situazioni giuridiche azionabili ad essere integralmente compromesso, non risultando pienamente tutelato il diritto ad agire per la nullità di una clausola contrattuale senza che vi sia tutela del conseguente diritto alla restituzione delle somme versata in base alla clausola impugnata (sentenza 209 del 2010 della Corte Costituzionale).

Per inciso anche la norma sulla decorrenza della prescrizione, secondo quanto in seguito illustrato, frustra il diritto alla tutela giurisdizionale, prevedendo un decorso della prescrizione da un momento anteriore rispetto a quelli da cui il diritto può essere fatto concretamente valere.

d) Contrasto con l'art. 102 della Costituzione.

Le norme, non avendo un valore puramente interpretativo, per il suo carattere retroattivo violano l'integrità delle attribuzioni del potere

giurisdizionale, sia in relazione a pronunce già emesse (come espresso in altro caso dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 209 del 2010.), sia in relazione alla potestà di individuare la norma applicabile al caso esaminato, senza interferenza del potere legislativo che non sia giustificata da imperfezioni tecniche che determinino obiettive oscurità interpretative che possano determinare errori o contrasti interpretativi.

e) Violazione dell'art. 111. Cost.

Le norme, così come interpretate, violano il principio del diritto al giusto processo. L'espressione <<giusto processo>> contenuta nell'attuale formulazione del comma 1 dell'art. 111 non può ritenersi descrittiva dei valori costituzionali regolati dai commi successivi, ma ha un autonomo valore precettivo in base al quale le norme introdotte dal legislatore ordinario che direttamente o indirettamente incidono sulla condizione del processo devono essere conformi a tale parametro di <<giustizia>> del processo stesso che non implica una formale uguaglianza dei poteri delle parti nel processo, ma anche la possibilità legislativamente riconosciuta (o non impedita) a che il processo giunga anche ad un giusto risultato. Non può sostenersi che il concetto di <<giustizia>> del processo sia sostanzialmente diverso da quello di <<equità>> del processo e, che, quindi, il primo sancisca solo il divieto di disuguaglianza degli strumenti processuali offerti alle parti del processo, mentre l'equità avrebbe un valore più intenso: il giusto processo va inteso come possibilità di addivenire ad un risultato giusto nel senso di adeguatezza delle norme processuali a condurre verso una sentenza <<giusta>> perché potenzialmente corrispondente all'obiettiva situazione di fatto (quindi giustizia di risultato dello strumento del processo e non anche ineludibile giustizia della situazione sostanziale), con il solo possibile condizionamento legato al principio di autoresponsabilità del singolo nella cura dei propri diritti sostanziali e dei propri poteri processuali ed altresì al rispetto di altre norme costituzionali nella ricerca della prova (tra cui la parità delle parti ed il contraddittorio), senza alcuna interferenza da parte di soggetti o poteri estranei all'autorità giurisdizionale, incluso il potere legislativo,

analogamente a quanto indicato dalla Corte CEDU e dalla Corte Costituzionale in relazione al diritto ad un processo equo previsto dall'art. 6.1. della Convenzione Europea.

Può rimandarsi, quindi, a quanto già indicato per le norme retroattive che, in difetto dei descritti requisiti, violano, oltre che gli artt. 117, 3, e 102 Cost. anche l'art. 111 Cost.

f) Contrasto con l'art. 47 della Costituzione.

Le norme esaminate non appaiono conformi neppure al principio della tutela costituzionale del risparmio consacrato dall'art. 47 Cost. Poiché la gestione del risparmio avviene abitualmente, come nel caso di specie, mediante una regolamentazione in conto corrente ne è evidente la frustrazione della tutela che, per la considerazione costituzionale dovrebbe essere rafforzata e che, ad esempio, rende pienamente giustificabili tutele asimmetriche in favore del cliente della banca (es. nullità di protezione, azionabili solo dal cliente), senza incorrere automaticamente in una violazione dell'art. 2 Cost. per disparità di trattamento tra le parti.

g) Violazione dell'art. 2 della Costituzione.

Sussiste un contrasto della norma sulla irripetibilità delle somme versate e della norma sulla decorrenza della prescrizione dalla mera annotazione contabile con il principio di buona fede e di solidarietà costituzionale fissato nell'art. 2 Cost. immanente all'intero ordinamento giuridico che per diritto vivente della Corte di Cassazione (Sez. Unite n. 26724 del 2007, Sez. 3, **Sentenza n. [20106](#) del 2009**) . La norma, infatti, nega il diritto alla ripetizione di somme versate e comporta il decorso del termine di prescrizione del diritto nell'ignoranza del fatto costitutivo del cliente che non effettua alcuna annotazione, in contrasto con il principio di solidarietà tra le parti del rapporto contrattuale, ormai sancito dalla Corte di Cassazione. Il sopravvenuto diritto alla ritenzione delle somme illegittimamente percepite e la decorrenza del termine per esercitare un

diritto dall'annotazione e, quindi, da un fatto scollegato dalla possibilità di esercitare il diritto stesso, non appaiono conformi a tale obbligo costituzionale di cooperazione, consentendo legislativamente una parte di frustrare le aspettative dell'altra nel completo perseguimento delle utilità derivanti dal contratto.

Interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

Nonostante il contrasto analiticamente descritto con numerose norme costituzionali, in attuazione del principio ripetutamente affermato dalla Corte deve essere tentata, prima di sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale, una interpretazione conforme alla Costituzione ed alla Corte Europea: <<Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica,>> con la precisazione che <<l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; [Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03](#))>>; <<solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (anche [sentenza n. 239 del 2009](#)), con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli

derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto. (Corte Costituzionale, sentenza n. 311 del 2009).

Il dato testuale della norma che regola indistintamente tutti i versamenti effettuati, si è detto, non consente un'interpretazione costituzionalmente orientata, né conforme alla Convenzione Europea che consenta di salvaguardare la costituzionalità della norma, per i motivi qui espressi.

7.2. Interpretazione della nozione di <<versamento>> come operazione attiva personalmente disposta dal cliente.

Un'interpretazione di segno più restrittivo sempre di questo secondo inciso, porta a considerare il dato testuale della irripetibilità di <<importi già versati>>, ovvero già effettuati come limitato alle sole operazioni in conto corrente che comportino un afflusso in denaro in conto corrente per effetto di una autonoma e volontaria iniziativa del cliente (versamento in contanti, giroconto bonifico da altro conto corrente, versamento di titoli di credito), escludendosi, invece, l'applicazione della norma retroattiva alle mere annotazioni passive non attuative di valide clausole negoziali ed anche alle operazioni passive per la banca derivanti da bonifici di terzi, operazioni di mera scadenza di titoli su conto titoli con riaccredito in conto corrente ed analoghe, conseguente ripetibilità di tali somme.

Un'interpretazione siffatta, tuttavia, non è comunque immune da censure di costituzionalità per violazione dei citati articoli 2,3,24,102 111,117 Cost. ed art. 6.1. CEDU in quanto estinguerebbe retroattivamente sul piano sostanziale e priverebbe retroattivamente della tutela giurisdizionale i diritti alla ripetizione di somme pagate senza una valida giustificazione causale, indipendentemente da se il pagamento sia stato

effettuato per mero errore, se sia stato effettuato in esecuzione di una clausola invalida, spontaneamente o su richiesta di adempimento della controparte, stravolgendo il consolidato principio secondo cui le operazioni di prelevamento e versamento rilevano sul piano contabile, ma non determinano alcuna rinuncia alla tutela giurisdizionale inerente gli atti su cui si fondano.

7.3. Lettura congiuntiva delle disposizioni: interpretazione dell'irripetibilità degli importi versati come irripetibilità del pagamento del debito prescritto.

L'altra principale opzione dell'interprete nell'interpretazione del comma 61 comporta una lettura congiuntiva dell'intero contenuto della disposizione: l'irripetibilità degli<<importi già versati>>, andrebbe collegata alla norma precedente che interpreta il quadro normativo del decorso della prescrizione nei rapporti regolati dal contratto di conto corrente bancario fissando il principio della decorrenza del termine dalle annotazioni e non dalla chiusura del rapporto.

Questa tesi restrittiva della portata della norma può trovare giustificazione nel richiamo della prima parte della norma all'art. 2935 c.c. in materia di prescrizione, con conseguente limitazione applicativa a tale materia, nonché nello stesso ricorso dell'espressione "in ogni caso", non intesa come volontà estensiva della norma a qualsiasi domanda di restituzione ("in qualunque caso"), ma solo a quelle sulle quali di fatto potrebbe avere inciso la norma interpretativa per effetto di precedenti interpretazioni delle parti o del giudice adito.

In altri termini:

- la prima parte dell'articolo esaminato prevederebbe, come interpretazione autentica, la decorrenza della prescrizione per le operazioni bancarie in conto corrente dalle annotazioni in conto, con ciò implicitamente statuendo che non vi è diritto alla restituzione di somme annotate oltre dieci

anni prima della domanda giudiziale o di un atto interruttivo, anche se non è decorso un decennio dalla chiusura del rapporto di conto corrente;

- la seconda parte dell'articolo, tuttavia, nella consapevolezza del legislatore che un indirizzo giurisdizionale prevalente fissava la decorrenza dalla chiusura del rapporto, avrebbe previsto nel secondo periodo null'altro che una **mera specificazione** di quanto affermato dall'art. 2940 c.c., ovvero l'irripetibilità del pagamento del debito prescritto già effettuato prima dell'entrata in vigore della legge (con esclusione di pagamenti attuativi di decisioni giurisdizionali non passate in giudicato).

L'irripetibilità delle somme versate, quindi, non si riferirebbe (come appare dalla lettura della norma e dalla sequenza dell'evoluzione giurisdizionale e dal successivo intervento del legislatore con norma di interpretazione autentica) alla volontà di precludere la tutela giurisdizionale dei diritti restitutori nascenti da azioni di nullità di clausole o di somme ad altro titolo indebitamente annotate a debito o pagate, ma, all'opposto alla volontà di evitare che, stabilito per interpretazione autentica che la prescrizione decorre già dall'annotazione, si possa pretendere la restituzione di pagamenti di debiti restitutori già prescritti, inclusa la spontanea esecuzione di obbligazioni restitutorie conseguenti a precedenti introiti indebiti (mediante annotazioni a debito o ricezioni di versamenti del cliente).

La norma, quindi, non avrebbe alcuna portata innovativa rispetto all'ordinamento preesistente.

La norma, così come interpretata, **individualmente considerata potrebbe** non violare l'art. 2, apparendo il pagamento di debito prescritto e, quindi, potrebbe essere conforme al principio di solidarietà costituzionale, all'art. 3 cost, essendo l'art. 2940 c.c. applicabile a tutti i rapporti giuridici prescritti, all'art. 24 Cost. non essendovi diritti restitutori di carattere civile fondati su pagamento di debito prescritto ai sensi dell'ordinamento vigente, con l'art. 47 Cost. , essendo il risparmio avvantaggiato (e non compromesso)

dalla esplicitazione di tale irripetibilità, con l'art. 111 Cost., non incidendo la norma così come interpretata sui giudizi in corso, se non come legittima norma interpretativa; infine con l'art. 117 Cost. e l'art. 61,1 CEDU e l'art. 102 Cost., rispondendo la norma a legittime esigenze di chiarire che l'introduzione della norma interpretativa non darebbe luogo a pretese diverse da quelle desumibili dall'intero ordinamento.

Ciò presuppone, tuttavia, che l'interpretazione della norma interpretativa sulla decorrenza della prescrizione nei rapporti bancari sia costituzionalmente legittima e che il sistema unitario di disciplina che ne deriva sia razionale ed autenticamente interpretativo dell'ordinamento preesistente.

In effetti, deve registrarsi come nel dibattito degli operatori e degli studiosi vi fossero diverse tesi e che le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 24418 del 2010 abbiano elaborato una tesi che si discostava sia dalle posizioni di chi sosteneva che la prescrizione decorresse sempre dalle annotazioni sia dalla prevalente tesi della decorrenza dalla chiusura del rapporto.

In proposito va evidenziato che, in un quadro di diritti relativi non appare irragionevole che il diritto alla ripetizione di somme decorra dal momento in cui viene effettuato il pagamento/versamento fondato su una causale nulla e non dalla chiusura definitiva del rapporto, sia per esigenze generali di certezza dei rapporti giuridici sia, soprattutto, perché il diritto da tale momento può essere fatto valere.

Ciò che non può, invece, in alcun modo ritenersi ammissibile è la decorrenza della prescrizione di un diritto da un momento anteriore a quello in cui il diritto stesso può essere **legalmente** esercitato, con conseguente irragionevole menomazione della tutela effettiva del diritto stesso. E' evidente, infatti, che se una delle parti (e nei contratti di conto corrente bancario, sempre la banca) procede ad annotare illegittimamente a debito delle somme, il cliente può agire per la declaratoria di nullità degli atti

negoziali o di inefficacia degli atti esecutivi, ma non potrà agire per la restituzione di somme indebitamente percepite fino a quando la banca non avrà incamerato un versamento solutorio, imputatolo a copertura dell'annotazione passiva illegittima e, quindi, fino a quando il cliente non avrà <<pagato>> un debito inesistente. La prescrizione di tale diritto alla ripetizione della somma dovrà necessariamente decorrere quanto meno dal momento in cui il pagamento è stato effettuato. In sintesi, il diritto alla ripetizione non può decorrere che dal momento in cui è giuridicamente necessario e possibile l'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito (cfr. Cass. SU n. 24418/2010). Continuerebbero a trovare applicazione, quindi, i principi enunciati dalla giurisprudenza e dalle Sezioni Unite in materia di decorrenza della prescrizione, con differenziazione tra versamenti solutori (assenza di fido o pagamenti extrafido) e versamenti ripristinatori della provvista effettuati nei limiti di un fido esistente.

A ciò consegue, non solo che l'irripetibilità dei versamenti effettuati riguarda solo la categoria dei pagamenti di debiti prescritti, ma anche che <i diritti nascenti dalle annotazioni>> e, quindi, appunto dal <<fatto dell'annotazione>> altro non sarebbero che i soli diritti conseguenti alle mere operazioni contabili effettuate sul conto, e non i diritti collegati alla validità ed efficacia dei titoli negoziali in base ai quali le operazioni sono effettuate: si tratterebbe delle medesime posizioni soggettive condizionate dall'approvazione del conto ai sensi dell'art. 119, comma 2 t.u.b.

In proposito va ricordato che la giurisprudenza è sostanzialmente unanime nell'affermare che l'approvazione del conto - anche tacita - preclude, come si è detto, qualunque contestazione circa la conformità delle singole e concrete operazioni sottostanti ai rapporti obbligatori da cui derivano gli addebiti e gli accrediti sotto il profilo meramente contabile, senza incidere sulla validità ed efficacia dei rapporti medesimi, che restano soggetti alle regole ordinarie (Cassazione civile sez. I, 31 ottobre 2008, n. 26318, cit. Cassazione civile sez. I, 31 ottobre 2008, n. 26318, cfr. Cass. N.

12507/1999; Cass. N. 1978/1996; Trib. Genova sent. 5.5.2002; C.App. Lecce n. 598/2001; Trib. Pescara 4/7 aprile 2005).

Anche sotto tale profilo, tuttavia, la norma desunta dal comma 61 deve essere valutata ai sensi dell'art. 3 Cost., nonché delle norme costituzionali di cui agli art. 2,3,24 e 47 Cost.

Essa, infatti, fa inequivocabilmente decorrere la prescrizione dall'annotazione contabilmente errata e non dalla comunicazione di tale annotazione, con ciò apparentemente frustrando le esigenze di tutela del cliente, destinatario delle annotazioni.

Potrebbe, quindi, in tale accezione, apparire intrinsecamente contraddittorio un sistema nel quale, da un lato è imposta alla banca la comunicazione al cliente dell'estratto conto e che, temperando esigenze di certezza ed esigenze di conoscenza, prevede un termine per contestare la correttezza delle annotazioni che decorre dal ricevimento del conto, mentre dall'altro lato fa decorrere la prescrizione dei diritti nascenti da tale annotazione, anche per il cliente, non da tale comunicazione, ma dall'annotazione anche non conosciuta.

Tuttavia, per orientamento costante della Corte di legittimità, ai fini dell'art. 2935 c.c., tuttavia, il fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione è solo la causa giuridica che ostacola l'esercizio del diritto e non anche l'impedimento oggettivo o l'ostacolo di mero fatto, in virtù dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici (Cass. Sez. Lav. N. 15991 del 2009, Cass. 28 luglio 2004, n. 14429, Cass. 3.5.1999 n. 4389).

A ciò si aggiunge che non vi è una necessaria irrazionalità del sistema se vi sono decorrenze diverse per i termini decadenziali e per termini di prescrizione. Nel caso dei rapporti di conto corrente bancario, infatti, per legge l'estratto deve essere inviato con periodicità almeno annuale (art. 119, comma 1 t.u.b.) ed il cliente ha il potere di ottenere entro 90 giorni copia della documentazione inerente (anche) a singole operazioni (art. 119,

comma 3 t.u.b.), risultando pienamente esercitabile, in un quadro di diligenza ed autoresponsabilità, anche a fronte dell'inadempimento della controparte, la possibilità di agire a tutela dei diritti derivanti dalle annotazioni contabili.

Volendo a questo punto trarre le conclusioni dell'analisi ermeneutica della norma introdotta, può quindi affermarsi che nei rapporti bancari regolati in conto corrente:

- a) i diritti il cui termine di prescrizione decorre dalle annotazioni, sono solo i diritti ad un **corretto calcolo contabile** delle operazioni compiute, da identificarsi nelle sole posizioni soggettive soggette a decadenza ai sensi dell'art. 119 t.u.b. in caso di approvazione espressa o non contestazione dell'estratto conto;
- b) la prescrizione dei diritti (quelli che ovviamente si prescrivono) derivanti da invalidità dei titoli su cui si fondano le operazioni decorre dal momento in cui il **diritto può essere giuridicamente esercitato**, secondo le regole proprie del vizio dedotto e della pretesa azionata (es. annullabilità, dalla conoscenza del vizio, ripetizione dell'indebito, dal momento del pagamento);
- c) l'**irripetibilità** delle somme versate alla data di entrata in vigore della legge è solo quella inerente i **diritti alle restituzione di somme indebitamente corrisposte** sul presupposto della decorrenza della prescrizione da un momento successivo a quello già desumibile da sistema secondo una tesi interpretativa, e, quindi, versando nell'erronea convinzione della persistenza temporale del proprio debito (ovvero dalla chiusura del conto e non dalle annotazioni per i diritti di ripetizione connessi ad erronei computi contabili, oppure dal pagamento per i versamenti

effettuati in assenza di fido, in conformità a Cass. SU n. 24418 citata, ancora dalla chiusura del rapporto per i pagamenti puramente ripristinatori della provvista);

Solo in tali termini, allontanandosi dall'interpretazione letterale ed attribuendo effettivamente una portata puramente interpretativa alle norme previste dal decreto milleproroghe se ne può escludere l'incostituzionalità. Esse, infatti, rispondono ai requisiti richiesti dalla giurisprudenza costituzionale per le norme interpretative in quanto, essendo puramente interpretative del quadro giuridico pregresso, sono:

1. conformi al principio generale di ragionevolezza, perché, non introducendo norme destinate ad avere una applicazione retroattiva, non differenziando tra banca e cliente, distinguendo solo tra contratti di conto corrente bancario ed ordinario, soggetti a regole e pratiche diverse (solo nel secondo i crediti sono inesigibili ed indisponibili fino alla chiusura del conto, - art. 1823 c.c., soggetti), non introducono ingiustificate disparità di trattamento;

2. tutelano l'affidamento legittimamente sorto nei soggetti, quale principio connaturato allo Stato di Diritto, in quanto si limitano ad esplicitare regole già desumibili dal sistema;

3. salvaguardano l'effettività del diritto dei cittadini di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (art. 24, primo comma, Cost.), in quanto precludono l'azione di ripetizione già esclusa dall'art. 2940 c.c. per il pagamento di debiti prescritti;

4. salvaguardano l'integrità delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria (art. 102 Cost.), non incidendo innovativamente su diritti preesistenti;

5. non violano il principio della tutela costituzionale del risparmio (art. 47 Cost.), essendo pienamente tutelabili le situazioni giuridiche lese,

con reciproca eccezione della non ripetibilità di debiti effettivamente assunti dalle parti e spontaneamente pagati;

6. non violano i principi del <<giusto processo civile>>, orientando la decisione giurisdizionale verso un assetto degli interessi conforme alle posizioni economiche sostanziali di partenza;

7. non violano l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 6.1. della CEDU in quanto la norma, così limitata, è destinata ad avere carattere puramente interpretativo, diversamente da quasi tutte le ipotesi censurate dalla Corte Europea e rispondendo la norma, nella sua obiettività, prescindendo da motivazioni storico-politiche all'origine della sua introduzione ad obiettivi di interesse generale di specificazione di regole generali dell'ordinamento sulla prescrizione dei diritti e sulla ripetizione dell'indebito nell'ambito di un diffuso contenzioso caratterizzato da complesse scansioni temporali e qualificazioni dei singoli atti esecutivi.

Tanto premesso, le norme introdotte dal decreto milleproroghe, così interpretate alla luce dei criteri dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, non sembrano viziate da costituzionalità e non ostacolano i dirizzi azionati nel presente giudizio.

Può, quindi, disattendersi l'eccezione di prescrizione della banca, per esaminare il merito della domanda.

8. Pattuizione scritta degli interessi e rinvio agli usi su piazza. Contratti stipulati in data anteriore legge sulla trasparenza bancaria.

Il saggio degli interessi, ove ultralegale, deve essere previsto con apposita pattuizione scritta come stabilito dall'art. 1284 c. 3 c.c., successivamente dagli artt. 3 e 4 della legge 154/1992 ed infine dall'art. 117 D.Lgs. 385/1993.

Per i contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge 154/92 (8.7.1992), la giurisprudenza si è da tempo orientata nel senso di

ritenere che tali clausole sono nulle per contrasto con la previsione di cui all'art. 1346 c.c. poiché, riferendosi genericamente agli interessi usualmente praticati su piazza, non distinguono fra le varie categorie di essi e dunque non consentono di stabilire a quale previsione le parti abbiano in concreto inteso riferirsi.⁽⁶⁾

Con la clausola interessi "uso piazza", quindi, il saggio di interessi resta indeterminato, mentre il richiamo ad elementi esterni deve avvenire rispettando criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, obiettivamente individuabili, mancando un uso bancario che consente la preventiva ed esatta determinazione del saggio convenuto tra le parti.⁽⁷⁾ Si è così detto che la nullità del richiamo agli interessi praticati sulla piazza è dovuto alla mancanza di criteri certi, univoci e predeterminati di individuazione delle condizioni abitualmente praticate dai singoli istituti di credito ("prime rate", "top rate" e tassi intermedi - Cass. 14684/2003 e Cass.13823/2002).

Anche di recente, si osservi non è stata esclusa in assoluto la validità degli interessi determinati per relationem, avendo la S.C. sostenuto che *<<In tema di contratti di mutuo, affinché una convenzione relativa agli interessi sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284, comma 3, c.c., che è norma imperativa, deve avere forma scritta ed un contenuto assolutamente univoco in ordine alla puntuale specificazione del tasso di interesse; tale condizione, che nel regime anteriore all'entrata in vigore della l. n. 154 del 1992 può ritenersi soddisfatta anche "per relationem", attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obbiettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse, postula, nel caso di rinvio alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza, l'esistenza di discipline vincolanti fissate su scala nazionale con accordi di cartello, restando altrimenti impossibile stabilire a quale previsione*

⁽⁶⁾ Cass. 1-2-2002 n. 1287; Cass. 18-4-2001 n. 5675; Cass. 19-7-2000 n. 9465; Cass. 8-5-1998 n. 4696; Cass. 23-6-1998 n. 6247; Cass. 9-12-1997 n. 12456; Cass. 10-11-1997 n. 11042; Cass. 29-11-1996 n. 10657

⁽⁷⁾ Cfr., tra le tante, Cass. 20 giugno 1978 n.3028; Cass. 9 aprile 1983 n.2521; Cass. 14 febbraio 1984 n.1112; Cass. 28 maggio 1984 n.3252; Cass. 12 novembre 1987 n.8335, v. App. Milano 15 dicembre 1989; Trib. Milano 24 febbraio 1992; App. Milano 31 gennaio 1992; Pret. Pavia, 28 novembre 1992; Trib. Pavia I ottobre 1993; Tribunale Napoli 13 maggio 1994.

le parti abbiano inteso riferirsi in presenza di diverse tipologie di interessi; ove il tasso convenuto sia variabile, è idoneo ai fini della sua precisa individuazione il riferimento a parametri fissati su scala nazionale alla stregua di accordi interbancari, mentre non sono sufficienti generici riferimenti, dai quali non emerga con chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione.>> Cassazione civile sez. III, 19 maggio 2010, n. 12276, Giust. civ. Mass. 2010, 5, 783 ⁽⁸⁾

Tali clausole, in ogni caso, sono divenute inoperanti a partire dal 9/7/92, data di acquisto dell'efficacia della legge stessa. L'art. 4 di tale legge, poi trasfuso nell'art. 117 del d.lgs. 385/93, sancendo la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse, pur non incidendo, in base ai principi regolanti la successione delle leggi nel tempo, sulla validità delle clausole contrattuali inserite in contratti già conclusi, impedisce infatti che esse possano produrre per l'avvenire ulteriori effetti nei rapporti ancora in corso poiché l'innovazione normativa "impinge sulle stesse caratteristiche del sinallagma contrattuale, generatore di conseguenze obbligatorie protraentesi nel tempo" (Tribunale di Napoli, III Sezione Civile, G.U. Troncone, 19 gennaio 2010, cfr. Cass. S.U. 4-11-2004 n. 21095; Cass. 18-9-2003 n. 13739; Cass. 20-8-2003 n. 12222; Cass. 28-3-2002 n. 4490; Cass. 2-5-2002 n. 6258, cfr. del). ⁽⁹⁾

⁽⁸⁾ In applicazione dei suddetti principi, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che, ritenendo valida la clausola che prevedeva la corresponsione di "interessi attivi composti bancari" in un periodo in cui tale prassi era diffusa, ma non esistevano discipline vincolanti, aveva quantificato gli interessi in base al prime rate, benché nella pratica possano trovare applicazione tassi inferiori o superiori); in precedenza conf. (Corte di Cassazione, sentenza del 18 aprile 2001, n. 5675).

⁽⁹⁾ Va ricordato, comunque che, in passato era sostenuta anche la tesi opposta, secondo cui il rinvio al tasso di interesse usualmente praticato sulla piazza non rendeva indeterminabile l'oggetto del contratto, e ciò sul presupposto che le condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza erano fissate su scala nazionale con accordi di cartello, per cui tale rinvio consente di ancorare la misura degli interessi a fatti oggettivi, certi e di agevole riscontro, non influenzabili dal singolo istituto bancario (Cass. 14 febbraio 1984 n.1112; Cass. 30 maggio 1989 n.2644; Tribunale Milano 15 giugno 1989; Tribunale Milano 11 gennaio 1990; Cass. 25 agosto 1992 n.9839; Tribunale Milano 22 marzo 1993; Tribunale Roma 17 novembre 1993; Cass. 18 maggio 1996 n.4605 Cass., 14.2.1984, n. 1112, in *Giust. civ.*, Mass. 1984; Cass., 12.11.1987, n.8335, in *Giust. civ.*, Mass. 1987; Cass., 30.5.1989, n. 2644, in *Foro it.*, 1989, I, 3127; Trib. Roma, 17.11.1993, in *Gius*, 1995, 150; Trib. Saluzzo, 29.1.1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 639.). Sebbene, quindi, gli interessi ultralegali dovessero essere convenuti per iscritto (art. 1284 c.c.), poiché la relatio è ammissibile anche nel contratto a forma vincolata, la pattuizione conserverebbe la sua validità.

La nullità in esame, poi, non può essere sanata dalle successive comunicazioni delle variazioni del tasso periodicamente inviate dalla banca al cliente; in tal caso, infatti, gli interessi vanno considerati come pattuiti senza la forma scritta essendo irrilevante che il contratto sia stato sottoscritto in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 154/1992 (cfr. Cass. 1.2.2002 n. 1287, 28.3.2002 n. 4490 e Cass. 18.4.2001 n. 5675).

8.1. Il criterio sostitutivo legale di determinazione degli interessi.

La nullità della clausola di rinvio agli usi ai sensi dell'art. 1346 c.c. è rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 1421 c.c. , senza porsi in contrasto con il principio della domanda *ex artt.* 99 e 112 c.p.c.: a fronte della richiesta di adempimento dell'obbligazione pecuniaria di origine negoziale giudice ne deve accertare il fondamento contrattuale anche in assenza di allegazioni difensive del convenuto ed anche in caso di contumacia. Ciò comporta, peraltro il rigetto della domanda monitoria in caso di domanda di interessi fondati sulla clausola nulla, con conseguente necessità di sospendere il ricorso con cui si richiede capitale ed interessi ultralegali, invitando al ricalcolo ed alla rideterminazione della somma dovuta, escludendo la concessione del decreto ingiuntivo sulla base del saldaconto o degli estratti senza allegazione del contratto. Trattandosi di mera difesa e non un'eccezione in senso proprio, con l'effetto che può essere dedotto anche in sede di appello.

L'omologa nullità per divieto di rinvio agli usi *ex art.* 117, comma 6 T.U.B, rientra tra le nullità di protezione, a carattere relativo (art. 127 comma 2).

Da ciò deriva che al contratto privato della clausola nulla si applicano gli interessi in misura legale e dunque:

- in quella **calcolata ex art. 1284 c.c.** fino all'entrata in vigore della L. n. 154/92 (e quindi fino al 8-7-1992). Accertata la nullità del saggio uso piazza, per i contratti anteriori a tale data non può essere applicato quale tasso sostitutivo rispetto al saggio illegittimo quello previsto dall'art. 117 comma 7 d.lg. n. 358 del 1993: la norma suddetta è priva di effetti retroattivi, come

stabilisce espressamente l'art. 161 comma 6 d.lg. 385 del 1993, in base a cui “*I contratti già conclusi e i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo restano regolati dalle norme anteriori*” (Trib. Bari, sez. I, 27 febbraio 2007, n. 548, in *Guida al diritto*, 2007, 46, 80). Invece, in forza della regola di cui all'art. 1419 c.c., opera la sostituzione della clausola difforme da una norma imperativa con il dettato della norma imperativa medesima. Gli interessi perciò andranno calcolati nella misura del tasso legale ex art. 1284 c.c.;

- in quella calcolata in applicazione il **criterio sostitutivo** previsto dall'art. 5 l. 154/92 (sostituito poi dall'art. 117 VII co. lett. a del t.u.l.b. avente identico contenuto), dopo l'entrata in vigore di tale legge (nel caso di specie le norme applicabili *ratione temporis* sono gli artt. 4 e 5 della legge 154/92 in considerazione della protrazione della loro efficacia operata dall'art. 165 del d. lgs. 385/93 atteso che la delibera del CICR, cui la disposizione fa riferimento, è stata adottata solamente il 4/3/03, con efficacia dall'1/10/03 e, pertanto, solo da quest'ultima data è entrato in vigore l'art. 117 t.u.l.b.); da quel momento infatti la misura legale degli interessi, per i contratti bancari, deve ritenersi quella prevista dalle citate norme stante la specialità di tali disposizioni rispetto alla disciplina generale contenuta nell'art. 1284 c.c.. (C. Cost. n. 338 del 14.12.2009, Cassazione 1° marzo 2007, n. 4853, e Cassazione 21 dicembre 2005, n. 28302; nonché Tribunale ordinario di Cagliari, sentenza 27 maggio 2002, n. 1441, e Tribunale ordinario di Reggio Emilia, sentenza 17 novembre 2001).

8.2. L'art. 117 e l'individuazione delle <operazioni attive e delle operazioni passive>.

Il criterio integrativo previsto dall'art. 5 della legge 154/92 deve essere interpretato, ai fini della concreta individuazione del tasso nominale minimo o massimo dei Bot emessi nei dodici mesi precedenti, nel senso dell'applicazione del tasso minimo ai saldi debitori del conto (saldo dare), che scaturiscono operazioni attive per la banca, ed il tasso massimo ai saldi creditori (avere), che scaturiscono dalle operazioni passive per la banca.

Infatti, l'art. 117, settimo comma, lett. a, D.Lgs. 385/'93 così dispone:

In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano:

a) il tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del Tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive.

Ci si può riportare agli argomenti spesi dal Tribunale di Napoli, III Sezione Civile, G.U. Troncone, 19 gennaio 2010. E' chiaro che il legislatore, a mezzo dell'utilizzo dell'avverbio *rispettivamente*, ha collegato il tasso nominale minimo alle operazioni attive e quello massimo alle operazioni passive. E quest'ultime vanno determinate alla stregua delle comuni regole di tecnica bancaria e di diritto bancario, secondo cui le operazioni attive sono quelle di *impiego fondi*, ossia quelle che si concretizzano in operazioni di finanziamento alla clientela, come le aperture di credito in conto corrente, mentre le operazioni passive sono, invece, quelle di *raccolta o provvista di fondi*, che si concretizzano in operazioni di deposito in conto corrente con saldi a credito del correntista.

Anche la Banca d'Italia nelle sue statistiche, come anche nelle istruzioni di vigilanza impartite alle banche, ricomprende fra le operazioni attive - come anche per i tassi attivi - quelle che sono effettuate a debito del cliente e che apportano alla banca una componente attiva di reddito, mentre ricomprende fra le operazioni passive quelle a credito del cliente e a debito della banca.

Peraltro, che sia questa la corretta interpretazione delle locuzioni 'operazioni passive' ed 'operazioni attive' è confermato anche:

a.- dalla L. 154/'92, che, al suo art. 7, chiarisce cosa debba intendersi per operazione passiva, ricollegandone l'esistenza ad attività di versamento di denaro presso un ente creditizio [la norma, infatti, nell'occuparsi della decorrenza delle valute, così dispone: 1. Per le operazioni passive gli interessi sui versamenti presso un ente creditizio di denaro, di assegni circolari emessi dallo stesso ente creditizio e di assegni bancari tratti sullo stesso sportello presso il quale viene effettuato il versamento devono essere conteggiati con la

valuta del giorno in cui è effettuato il versamento e sono dovuti fino a quello del prelievo];

b.- dallo stesso D.Lgs. 385/'93, che, in tema di credito al consumo, all'art. 124, quinto comma, dispone che nei casi di assenza o nullità delle clausole contrattuali, queste ultime sono sostituite di diritto secondo i seguenti criteri: a) il TAEG [ossia il tasso annuo effettivo globale; tasso dell'interesse a debito del consumatore] equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto.>>⁽¹⁰⁾

Va disatteso, quindi, l'opposto orientamento, meno motivato, secondo cui <<tale criterio non potrebbe essere realizzato applicandosi in favore del cliente della banca il tasso massimo dei bot e nei confronti della banca il tasso minimo, poiché si configurerebbe per tale via un ingiustificato arricchimento del correntista ed un rapporto illogico ed antieconomico. Osserva in contrario il giudicante che la previsione de qua è particolare e limitata al meccanismo di sostituzione del tasso di interessi illegali; ha pertanto una sua specifica logica ed una sua propria. motivazione che prescinde dal generale profilo del rapporto tra banca ed utente, (v. pure Corte di Appello di Milano Sez. 4.2.2009>>,(Tribunale di Salerno sez. I Data: 08 settembre 2010 Numero: n. 1988, www.dejure.giuffre.it).

8.4. Il momento di determinazione del tasso BOT.

Un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 117 del T.U.B. farebbe ritenere unico il tasso da sostituire nel corso del rapporto, cioè il tasso BOT dei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Ma il tasso riferito al momento della conclusione del contratto, se appare ragionevole per i contratti bancari che contengono un'unica operazione di finanziamento, non altrettanto

⁽¹⁰⁾ Anche la giurisprudenza che ha affrontato la questione ha confermato la correttezza di tale interpretazione, come comprovano, tra le altre, le sentenze del Tribunale di Mantova dello 03.02.2004, del Tribunale di Lecce del 29.11.2005, l'ordinanza emessa dal Tribunale di Napoli, XII Sezione Civile, nell'ambito del proc. civ. rg. 22699/'06, nonché la recente sentenza del Tribunale di Napoli, IV Sezione civile, n. 7894/2008 del 19 giugno / 7 luglio 2008, Tribunale di Napoli, III Sezione Civile, G.U. Troncone, 19 gennaio 2010.

può dirsi per quelli di durata, ove le operazioni si susseguono nel tempo e vi è la necessità di agganciare la misura degli interessi al costo del denaro con riferimento al momento in cui le operazioni vengono effettuate . Per tali contratti, risultando il saggio di interesse soggetto a continue modifiche in funzione dei mutamenti del mercato, si ritiene che il valore minimo e massimo dei BOT debba essere riferito ai dodici mesi precedenti ogni chiusura dei conti (trimestrale o annuale) (cfr. Tribunale di Napoli, III Sezione Civile, G.U. Troncone, 19 gennaio 2010)

D'altra parte, una rigida applicazione del portato letterale dell'art. 117 del T.U.B. condurrebbe a soluzioni paradossali.

Infatti, con la discesa dei tassi intervenuta negli anni '90, si verrebbero a praticare tassi oltremodo elevati, talvolta superiori anche ai tassi soglia disposti dalla legge 108/96: il tasso minimo dei BOT emessi nei dodici mesi precedenti il 9/7/92 (data di entrata in vigore della legge 154/92), pari a 11,88%, verrebbe a risultare maggiore, a partire dal '99, al tasso soglia stabilito dalla legge 108/96 per le aperture di credito superiori a Lit. 10 milioni.

Va, poi, precisato che l'adeguamento del tasso ad ogni chiusura trimestrale del conto si giustifica alla stregua della considerazione secondo cui la previsione contenuta nell'art. 5 l. 154/92 e poi nell'art. 117 t.u.b. si riferisce ad un contratto contemplante un'unica operazione e non invece a quello che dà luogo (come nell'ipotesi del conto corrente) ad un rapporto di durata, caratterizzato da molteplici operazioni poste in essere nella continua variazione dei tassi di interesse a causa delle mutevoli condizioni del mercato
(¹¹)

(¹¹) Tanto che la facoltà di variazione dei tassi è prevista in via generalizzata e con modalità semplificate dagli artt. 6 l. 154/92 e 117 comma 5 del TUB), dovendosi inoltre tenere conto del fatto che la finalità sanzionatoria (per la banca) che sta alla base delle predette disposizioni, verrebbe ad essere frustrata in caso di difformità per eccesso fra il tasso calcolato in relazione al rendimento dei B.O.T. emessi nell'anno antecedente alla stipula del contratto e quello in concreto applicato dall'istituto di credito durante il corso del rapporto (eventualità che si risolve in certezza ove si consideri la progressiva caduta, nel corso degli ultimi anni, dei tassi di interesse, fenomeno che ha indotto il legislatore a intervenire in materia di mutui bancari come si desume dal preambolo al d.l. 29-12-2000 n. 394): d'altro canto, la finalità perseguita dal legislatore con gli artt. 5 l. 154/92 e 117 del T.U.B. è stata proprio quella di ancorare il tasso sostitutivo degli interessi ad un altro in qualche modo legato all'andamento del mercato dei tassi. >> Tribunale di Napoli, III Sezione Civile, G.U. Troncone, 19 gennaio 2010)

9. Anatocismo e capitalizzazione trimestrale.

L' art. 120, comma 2 t.u.b. attualmente prevede che <<Il CICR stabilisce modalita' e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attivita' bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicit  nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori.>>

E' noto, invece, che In precedenza, la clausola dell'art. 7 delle NUB prevedeva per gli interessi debitori del cliente la capitalizzazione trimestrale e per quelli della banca la capitalizzazione annuale, per diversi decenni ritenuta valida dalla giurisprudenza che rilevava l'esistenza di un uso normativo legittimante la capitalizzazione trimestrale ai sensi dell'art. 1283 c.c.

Alcune sentenze della Corte di Cassazione (Cass. 30.3.1999 n. 3096; Cass., 16.3.1999 n. 2374, entrambe in *Foro it.*, 1999, I, 1153; nonch  Cass., 11.11.1999 n. 12507, in *Foro it.*, 2000, I, 451 e definitivamente Cass., Sez. Un., 4.11.2004 n. 21095), innovando l' indirizzo giurisprudenziale radicato in precedenza, hanno invece dichiarato la nullit  della clausola sostenendo, in senso contrario, l'inesistenza di tale uso normativo. ^(12, 13).

(¹²) Il ragionamento seguito dalla Suprema Corte   fondato sui seguenti punti:

a) l'art. 1283 c.c. prevede il generale divieto di anatocismo e cio  della produzione di interessi sugli interessi, salvi gli usi contrari;

b) tali "usi contrari" sono esclusivamente quelli normativi, di cui agli artt. 1 e 8 delle disposizioni preliminari al c.c. e non gli usi negoziali di cui all'art. 1340 c.c.; i quali, pertanto, potranno derogare alla norma di legge solo se formati prima della medesima, altrimenti sottostando al principio per cui gli usi sono fonte sempre subordinata alla legge;

c) gli usi normativi consistono nella ripetizione generale, uniforme, costante e pubblica di un determinato comportamento, accompagnata dalla convinzione che si tratti di un comportamento giuridicamente obbligatorio, e cio  conforme ad una norma che esiste o che si ritiene debba esistere nell'ordinamento (la *opinio iuris ac necessitatis*);

d) non esiste un uso normativo legittimante l'anatocismo trimestrale nei rapporti bancari, sia da un punto di vista oggettivo (perch  tale clausola   stata prevista per la prima volta nelle norme bancarie uniformi del 1952) sia da un punto di vista soggettivo (perch  l'anatocismo   consentito dai clienti delle banche non nella consapevolezza di esservi vincolati da una norma giuridica ma solo in quanto la relativa clausola   compresa nei moduli predisposti dal contraente forte, istituto di credito).

(¹³) Con tale *revirement* giurisprudenziale di legittimit  la clausola del contratto di c/c di previsione di un cd. "doppio binario di capitalizzazione degli interessi debitori (trimestrale per il correntista ed annuale per la banca: cfr. il contratto di c.c.)   stata definitivamente considerata nulla per contrariet  alla norma imperativa di cui all'art. 1283 c.c. (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n.10127 del 2005; Cass. N. 10599/2005; Cass. S.U. n. 21095/2004; Cass. N.

E' iniziata, quindi, una travagliata vicenda normativa, in virtù della quale prima l'art. 25, comma III, del D.lgs. n. 342/1999 ha previsto la validità ed efficacia retroattiva delle "clausole relative alla produzione degli interessi sugli interessi maturati contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma II". Tale norma, tuttavia, è stata dichiarata costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega in contrasto con l'art. 77 Cost. da Corte Costituzionale n. 425 del 17.10.2000.

Il CICR ha provveduto, con la delibera del 9.2.00, entrata in vigore il 22.4.00, ad eseguire le direttive di cui all'art. 25, co. 2° d.lg. 342/99, stabilendo, in particolare, che: 1) in tutti i rapporti deve essere indicata la periodicità di capitalizzazione degli interessi; 2) le clausole di capitalizzazione degli interessi devono essere approvate specificamente per iscritto, ai sensi dell'art. 1341 c.c.; 3) nei rapporti di conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nella capitalizzazione degli interessi creditori e debitori. Ne consegue che, nel rispetto di tali previsioni contrattuali, dall'1.7.00 - data indicata nella stessa delibera del CICR - la clausola anatocistica deve ritenersi valida.

2593/2003; Cass. N. 17813/2002; Cass. N. 8442/2002; Cass. N. 4490/2002; C.Cost. n. 425/2000; per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Torino 7.1.2003; Trib. Napoli 27.11.2002; Trib. Roma 8.11.2002; Corte App. L'Aquila 11.6.2002, cfr. negli stessi termini Trib. Mantova sentenza 16.1.2004; Corte d'Appello Milano, sent. del 28.1.2003 citata; cfr. C. App. Torino 21.1.2002). Sono intervenute ulteriori sentenze della Suprema Corte, le quali hanno confermato l'orientamento citato, estendendolo anche ad altre ipotesi di anatocismo (cfr. Cass., 17.4.1999 n. 3845, in *Foro it.*, 1999, I, 1429, in relazione all'anatocismo nel caso di interessi moratori; Cass., 18.9.2002 n. 17813, in *Guida dir.*, 2003, fasc. 3, 46, in materia di clausole penali che consentissero la riproduzione del meccanismo anatocistico; Cass., 23.10.2002 n. 2593, in *Guida dir.*, 2003, fasc. 10, 40, in relazione all'anatocismo nei contratti di mutuo ad ammortamento e che ben motiva altresì sull'impossibilità della formazione, in tale materia, di usi contrari successivi al 1942. Alcune sentenze dei giudici di merito che hanno ritenuto invece, in contrario avviso, di ammettere l'uso normativo in questione (cfr. Trib. Napoli, 5.11.2001, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2002, 580 ss.; ma anche Trib. Napoli, sezione distaccata di Portici, 24.4.2002, *inedita*; Trib. Firenze, 8.1.2001, in *Foro it.*, 2001, I, 2362, sul presupposto dell'inutilità ai fini della formazione della consuetudine dell'elemento dell'*opinio iuris*; Trib. Bari, 28.2.2001, in *Foro it.*, 2001, 2361; ma *vide* in senso conforme all'orientamento della Suprema Corte anche Trib. Terni, 16.1.2001, in *Foro it.*, 2001, 1772; Corte App. Lecce, 22.10.2001 in *Foro it.*, 2002, 555; Trib. Napoli, 17.12.2002; Trib. Napoli 27.11.2002; Trib. Torino 14.11.2002; Trib. Roma, 8.11.2002; Trib. Milano, 4.7.2002, tutte in *Giur. merito*, 2003, 243) (A. Greco, *Il contenzioso bancario*, cit.)

10.1. Le modalità di adeguamento alla delibera CICR.

Resta, però il problema dei contratti in corso che prevedevano la clausola nulla.

Per questi contratti è stata ritenuto ammissibile l'adeguamento del contratto entro il 30 giugno 2000 (art. 7 della delibera CICR) citata semplicemente procedendo alla pubblicazione sulla G.U. delle modifiche delle condizioni contrattuali necessarie per adeguarsi alla normativa sopravvenuta ed informando per iscritto il cliente circa l'assolvimento di tale formalità. La tesi appare condivisibile perché essendo reciproca la capitalizzazione trimestrale, la clausola non sarebbe sfavorevole al cliente perché consente l'adeguamento mediante pubblicazione in GU e comunicazione scritta al cliente delle nuove condizioni contrattuali non peggiorative del cliente (.¹⁴)

Secondo una diversa tesi minoritaria, invece, sarebbe necessaria una modifica scritta del contratto, non potendo la banca modificare unilateralmente l'assetto negoziale attraverso gli adempimenti indicati.

9.2. Capitalizzazione annuale o nessuna capitalizzazione.

Uno degli aspetti che restavano controversi era quello delle conseguenze della declaratoria di nullità della clausola conforme all'art. 7 N.U.B.; gli operatori si chiedevano se, esclusa la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, il ricalcolo delle somme dovute alla banca doveva avvenire con la capitalizzazione annuale o escludendo qualsiasi capitalizzazione.

Di recente sul punto si sono espresse le Sezioni Unite con la sentenza del 2 dicembre 2010, n. 24418, aderendo alla seconda tesi. Superandosi il precedente contrasto giurisprudenziale (evidente in distretti come quello della Corte di

(¹⁴) L'art. 7 della citata Delibera C.I.C.R. dispone che: "1. Le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera devono essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30/6/00 e i relativi effetti si producono a decorrere dal successivo 1° luglio. 2. Qualora le nuove condizioni contrattuali non comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, le banche e gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30/6/00, possono provvedere all'adeguamento, in via generale, mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana. Di tali nuove condizioni deve essere fornita opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile, e, comunque, entro il 30/12/00. 3. Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela."

Appello di Napoli, ove i giudici di primo grado aderivano prevalentemente alla tesi della non capitalizzazione e la Corte di Appello a quella della capitalizzazione annuale), la Corte di Cassazione, quindi, ha chiarito l'infondatezza di altro argomento difensivo delle banche, collegato al contenuto della clausola secondo cui essendovi una duplice previsione contrattuale di chiusura contabile annuale del conto e, quindi, anche degli interessi e di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, la caducazione di quest'ultima, non si potrebbe estendere alla prima; in altre parole, si tratterebbe di una doppia clausola, venuta meno la quale resterebbe l'altra. ⁽¹⁵⁾. Le SU, invece, affermano che la prima clausola si riferisce esclusivamente agli interessi creditori del correntista.

Viene respinta, quindi, la tesi di alcuni tribunali di merito, secondo cui dall'art. 1284 c.c. sarebbe desumibile un principio di capitalizzazione annuale degli interessi su conti correnti bancari. L'art. 1284, comma 1 c.c. sembra, infatti, costituire una norma volta esclusivamente ad imporre un criterio temporale uniforme di scansione per la determinazione dei saggi di interesse, mentre non sembra potersi univocamente dedurre una regola di capitalizzazione sulla base dell'unità-anno. Di qui necessità di non applicare nel calcolo alcun criterio di capitalizzazione.

Il debito per interessi (anche quando sia stata adempiuta l'obbligazione principale) non si configura come una qualsiasi obbligazione pecuniaria, dalla quale derivi il diritto agli ulteriori interessi dalla mora nonché al

⁽¹⁵⁾ LA S.C. ha rilevato, infatti che l'art. 7 del contratto esaminato (più verosimilmente basato sulle N.U.B.) da cui origina la presente causa contiene due commi: il primo prevede la chiusura contabile annuale dei rapporti di dare ed avere tra le parti, con registrazione in conto degli interessi, delle commissioni e delle spese; il secondo stabilisce che i conti anche saltuariamente debitori siano invece chiusi trimestralmente, quindi con capitalizzazione trimestrale degli interessi maturati nel periodo a carico del correntista, ferma restando la capitalizzazione annuale di quelli eventualmente spettanti a suo credito. Secondo la Corte di legittimità non è sostenibile, infatti, che la disposizione contrattuale, nel prevedere la capitalizzazione annuale degli interessi, si riferisca anche a quelli eventualmente maturati a debito del correntista e che, perciò, venuta meno la previsione del comma 2, che assoggetta invece tali interessi debitori alla capitalizzazione trimestrale, debba trovare applicazione per essi la capitalizzazione annuale, perché il secondo comma regola specificamente gli interessi debitori, mentre il comma 1 è limitato agli interessi a credito del correntista. Non vi è quindi una estensione della nullità dal secondo al primo comma, ma una irrilevanza del primo comma.

risarcimento del maggior danno ex art. 1224 comma II cod. civ., ma resta soggetto alla regola dell'anatocismo di cui all'art. 1283 cod. civ., derogabile soltanto dagli usi contrari ed applicabile a tutte le obbligazioni aventi ad oggetto originario il pagamento di una somma di denaro sulla quale spettino interessi di qualsiasi natura.

In mancanza di espressa previsione contrattuale, ogni addebito per tale voce di spesa deve reputarsi del tutto indeterminato, con conseguente nullità della relativa pattuizione sotto il profilo dell'assoluta indeterminabilità dell'oggetto del contratto ex artt. 1346-1418 c.c., in quanto la totale assenza di pattuizione scritta impedisce al correntista di avere cognizione dell'entità degli addebiti e dei criteri

10. Commissione di massimo scoperto.

Non è necessario soffermarsi sulla validità della clausola dal punto di vista funzionale, non essendo la stessa determinata nel contratto e, quindi, nulla ai sensi dell'art. 1346 c.c.

11. Risarcimento del danno.

La domanda di risarcimento del danno per necessità di ricorso al fido bancario non è dimostrata, per l'assenza di prova di esposizioni debitorie diverse da quelle derivanti dal contratto qui giudicato e per l'assorbimento, quanto a tale rapporto, di tale profilo di danno nel ricalcolo ex art. 117, comma 7 t.u.b., con interessi passivi inferiori a quelli attivi.

12. Conclusioni.

Il CTU ha proceduto al ricalcolo delle somme dovute applicando, diversamente da quanto sopra evidenziato il tasso BOT inferiore per gli interessi creditori, laddove, invece, nella descritta prospettiva sanzionatoria, bisogna procedere al ricalcolo sulla base del criterio opposto.

Ne consegue la necessità di una pronuncia parziale, riservando al definitivo la pronuncia di condanna.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, Sezione Distaccata di Frattamaggiore, così provvede non definitivamente pronunciando nel giudizio n. 471 del 2005 R.G.A.C. tra:

_____s.r.l.;

Attore

Banco di Napoli s.p.a.;

Convenuta

1. visto l'art. 117, comma 4 del d.lgs. n. 385/1993;

dichiara la nullità della clausola di pattuizione degli interessi convenzionali e, per l'effetto dispone l'applicazione del tasso sostitutivo dell'art. 117, comma 7 del d.lgs. n. 285 del 1993 con applicazione del tasso BOT dei 12 mesi precedenti, con variazione anno per anno, nell'importo massimo per il tasso a credito del correntista e nell'importo minimo per il tasso a debito;

2. dichiara la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori relativa al conto corrente stipulato tra le parti;

3. visto l'art. 1346 c.c., dichiara la nullità della commissione di massimo scoperto;

4. rigetta la domanda di risarcimento del danno ex art. 1224, c.c.;

5. provvede per il prosieguo come da separata ordinanza.

6. spese al definitivo.

Frattamaggiore, 23 marzo 2011

Il Giudice

dott. Pasquale Serrao d'Aquino

depositata il 30 marzo 2011