



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE CIVILE DI FROSINONE
SEZ. I

in composizione monocratica, nella persona del giudice unico Ilaria Pepe, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 1281 del ruolo generale per gli affari contenziosi per l'anno 2010, vertente

tra

[redacted] (in proprio e n.g. di titolare dell'impresa individuale [redacted])

rappresentato e difeso, giusta procura a margine dell'atto di citazione, dall'Avv. Adolfo Pesaresi ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Luigi Pellegrino in Frosinone, Via Aldo Moro 222

ATTORE

e

BANC [redacted] s.p.a.

in persona del l.r. p.t., rappresentata e difesa, giusta procura generale alle liti, dall'Avv. [redacted] ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. [redacted] in Frosinone, [redacted]

CONVENUTA

OGGETTO: domanda di accertamento, di esatto adempimento e di ripetizione di indebito

CONCLUSIONI

Per entrambe le parti: come da verbale di udienza del 18.10.2013

FATTO E DIRITTO

(artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., come modificati dalla L. n. 69/09)

Con atto di citazione ritualmente notificato in data 15.4.2010 l'attore ha chiesto al giudice

unico di dichiarare la nullità per difetto di forma scritta dell'intero contratto di c/c bancario da lui intrattenuto presso la locale filiale di Frosinone della banca convenuta, di dichiarare comunque la nullità delle clausole relative alla determinazione dei tassi ultralegali, alla capitalizzazione trimestrale dei soli interessi passivi ed all'applicazione della c.m.s., nonché di dichiarare l'illegittimità della prassi adottata dalla convenuta in tema di c.d. giorni di valute, di accertare l'eventuale avvenuta applicazione da parte della convenuta di interessi usurari e di condannare quindi la convenuta al pagamento in favore dell'attore delle somme di cui questi risulterà creditore alla data del 30.6.2009 all'esito della rideterminazione dei reciproci rapporti di dare ed avere, nonché al risarcimento del danno subito "per non aver potuto disporre di maggiori risorse finanziarie da approfondire nell'esercizio dell'attività imprenditoriale".

A sostegno di tali domande l'attore, premesso di essere titolare del rapporto di c/c ordinario n. 3441, ha in particolare dedotto che nel corso di tale rapporto – acceso nel lontano 1983 ed ancora operativo al 30.6.2009 – la banca ha applicato interessi ultralegali calcolati mediante un generico rinvio agli usi su piazza (interessi peraltro anche unilateralmente variati in costanza di rapporto in senso sfavorevole al correntista), nonché c.m.s. e spese non pattuite (oltre che nulle, quanto alla c.m.s., per difetto di causa ed indeterminabilità dell'oggetto), nonché, ancora, interessi passivi capitalizzati trimestralmente in violazione dell'art. 1283 c.c.

La banca convenuta si è costituita in data 24.9.2010 chiedendo il rigetto della domanda ed eccependo principalmente: i) che alla data del 31.3.2010 il conto corrente in questione presentava un'esposizione a debito dell'attore di € 31.126,69; ii) che la domanda di ripetizione svolta deve ritenersi prescritta, essendo decorso il termine decennale di prescrizione decorrente da ogni singolo addebito eseguito e, comunque, in relazione ad ogni addebito eseguito anteriormente al decennio precedente alla notifica della citazione; iii) che gli interessi, le spese e le c.m.s. addebitati corrispondono a quanto contrattualmente pattuito (così come del resto emergente dagli estratti conto regolarmente inviati e mai contestati); iv) che non è stata praticata alcuna capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, la quale deve peraltro essere ritenuta corrispondente ad un uso normativo legittimo (quanto meno nella misura annuale) per il periodo anteriore al giugno 2000, oltre che dovuta per il periodo successivo sulla base della nota delibera C.I.C.R. 9.2.2000; v) che comunque il pagamento degli interessi passivi è non ripetibile ex art. 2034 c.c.

Ammessi i documenti prodotti, ordinata alla convenuta l'esibizione di tutti gli estratti conto comprensivi di scalari dall'inizio del rapporto sino al 1992 (documentazione non

depositata dalla convenuta) ed espletata una C.T.U. contabile, la causa è stata trattenuta in decisione sulle conclusioni precisate all'udienza in epigrafe indicata.

Tanto premesso, si ritiene che la domanda proposta sia sostanzialmente fondata e possa trovare accoglimento nei limiti e per i motivi di seguito esposti.

In primo luogo, stante la complessità della presente controversia, occorre esaminare, ancor prima della questione relativa alla prescrizione eccepita dall'istituto di credito convenuto, la questione relativa alla stessa esperibilità dell'azione di ripetizione dell'indebito.

Nel caso di specie si evidenzia infatti che parte attrice non ha specificamente allegato – né invero documentato – l'avvenuta chiusura del rapporto di c/c anteriormente all'introduzione del presente giudizio; a fronte di ciò, la sintetica attività assertiva svolta sul punto dalla convenuta entro i termini perentori previsti per la formazione del *thema decidendum* (entro cui essa ha unicamente allegato quale fosse l'esposizione debitoria del conto al 31.3.2010) e le altrettanto sintetiche considerazioni del C.T.U. (il quale ha riferito di aver proceduto ad eseguire i calcoli a lui demandati sino al 30.6.2009, aggiungendo che però il rapporto di c/c non si è chiuso a tale data) non consentono evidentemente di ritenere non contestato il fatto che, anteriormente alla proposizione delle domande svolte nel presente giudizio e dunque in via stragiudiziale, sia intervenuta la chiusura del rapporto per cui è causa.

Ecco allora che occorre verificare se e come l'azione di condanna svolta dall'attore possa essere esperita nei confronti della banca pur in assenza della prova (o, in ipotesi, della stessa allegazione) della previa chiusura del c/c.

Giova peraltro preliminarmente precisare come alcun dubbio possa invece sorgere circa la possibilità di esperire, anche in tali ipotesi, l'azione di accertamento della nullità di alcune clausole del contratto e, conseguentemente, di accertamento negativo del credito asseritamente vantato dalla banca (vuoi allo scopo di paralizzare una richiesta stragiudiziale di pagamento articolata da quest'ultima vuoi allo scopo di recuperare una maggiore disponibilità di credito; Cass., sent. n. 798/13), anche tenuto conto del fatto che nella specie le considerazioni di seguito esposte circa l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione rendono superfluo ogni esame in ordine al rapporto tra la prescrizione dell'azione di ripetizione e l'interesse all'azione di accertamento mero della nullità.

Ciò posto e venendo quindi all'esame della suesposta questione preliminare si osserva che, secondo la pronuncia di legittimità da ultimo citata, è ripetibile solo la somma indebitamente pagata e non anche il debito sostenuto come illegale.

In particolare, stando a tale pronunzia, l'annotazione in conto corrente di una posta illegittimamente addebitata dalla banca al correntista comporta un incremento del debito dello stesso correntista o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento, nel senso che non vi corrisponde alcuna attività solutoria in favore della banca: ne consegue che il correntista potrà agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa, ma non potrà agire per la ripetizione di un pagamento che non ha ancora avuto luogo e che potrà configurarsi solo ove, conclusosi il rapporto di conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto.

In buona sostanza tale autorevole precedente giurisprudenziale, prendendo le mosse dalla nota sentenza a Sezioni Unite n. 24418/10, si sofferma non tanto sul *dies a quo* della decorrenza della prescrizione per l'esperimento dell'azione di ripetizione, quanto piuttosto sulle condizioni di astratta ammissibilità di tale azione, giungendo ad escluderne la proponibilità fino a che il conto non sia stato chiuso ed il correntista non abbia corrisposto alla banca quanto risultante a suo debito sulla scorta dell'estratto conto finale.

Tale ricostruzione risulta invero solo parzialmente condivisibile ad avviso di questo giudice.

Segnatamente si ritiene che, nell'ipotesi – per lo più di scuola – di conto corrente non affidato e sempre passivo stante la mancata effettuazione di versamenti (ovvero in caso di conto corrente affidato e sempre scoperto oltre i limiti dell'affidamento stante la mancata effettuazione di versamenti), il correntista non potrà, anche ottenuta la declaratoria di nullità di alcune clausole contrattuali, ottenere in via giudiziale la ripetizione di somme che – in realtà – non ha mai versato alla banca, non potendosi infatti, come correttamente chiarito dalla summenzionata pronunzia di legittimità, trasformare un debito "cartolare" del correntista in un suo credito "reale" nei confronti della banca.

La summenzionata pronunzia non risulta tuttavia condivisibile nella diversa – e ben più frequente – ipotesi in cui il correntista abbia eseguito anche dei versamenti nella costanza del rapporto.

In particolare laddove, come nel caso di specie, ricorrano anche dei veri e propri versamenti solutori, il correntista non solo può, ma deve agire in ripetizione pur a fronte di un contratto di c/c non ancora chiuso, avendo la condivisibile giurisprudenza di legittimità chiarito

che in tal caso il termine decennale di prescrizione dell'azione di ripetizione decorre proprio da quel pagamento (Cass., SS.UU., sent. n. 24418/10).

Di più: posto che la distinzione tra versamenti solutori e ripristinatori è stata adottata dal Supremo Collegio solo onde individuare il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di ripetizione e non anche onde discriminare tra ciò che – in disparte la questione relativa alla prescrizione – può ritenersi ripetibile e ciò che invece non può ritenersi tale, nel caso in cui vi siano stati anche solo versamenti meramente ripristinatori (ovvero nel caso in cui il correntista non allegghi specificamente di agire in ripetizione di un determinato versamento solutorio) la domanda di ripetizione potrà comunque essere proposta anteriormente alla chiusura stragiudiziale del contratto di c/c, ma in tal caso, in ossequio al criterio del c.d. *petitum* sostanziale, dovrà essere correttamente qualificata dal giudice.

Ed infatti ciò che sostanzialmente chiede il correntista odierno attore - allegando quale fatto costitutivo dei propri diritti la nullità del contratto e/o di alcune clausole contrattuali – è che il giudice ridetermini i reciproci rapporti di dare ed avere, accerti l'inesistenza di un credito a favore della banca e condanni invece quest'ultima al pagamento del saldo a suo credito, saldo che altro non è se non il frutto dei versamenti – indifferentemente solutori o ripristinatori – da lui eseguiti per la parte in cui questi sono stati annotati a ripianamento ovvero a diminuzione di poste debitorie in realtà inesistenti perché derivanti dall'applicazione di clausole nulle (e sul presupposto che, in assenza di tali indebiti annotamenti, il conto presenti un saldo di liquidazione a credito del correntista).

Ebbene tale domanda deve essere qualificata, oltre che come azione di accertamento delle dedotte nullità, come azione di esatto adempimento con cui il correntista chiede giudizialmente la chiusura del conto e la liquidazione del saldo previa epurazione dallo stesso delle poste debitorie frutto dell'applicazione di clausole nulle (saldo che, ove effettivamente risultante a credito del correntista, costituisce l'oggetto della domanda di ripetizione).

In buona sostanza, seguendo un ragionamento non dissimile rispetto a quello che ha condotto la giurisprudenza a ritenere implicitamente proposta la domanda di risoluzione per inadempimento nella domanda di restituzione (Cass., sent. n. 21230/09) ed anche tenuto conto della natura di "*schema neutro*" dell'azione di ripetizione, deve ritenersi che la domanda di condanna al pagamento svolta dal correntista implicitamente contenga e presupponga una domanda di chiusura del conto e di liquidazione del suo saldo previa determinazione del dovuto sulla sola base di quanto validamente pattuito (domanda che altrimenti non può

qualificarsi se non come di esatto adempimento, posto che ciascuna delle parti può recedere dal contratto in questione ex art. 1855 c.c. e richiedere la conseguente liquidazione del saldo).

Del resto, ragionando *a contrario* ed aderendo pedissequamente al summenzionato precedente di legittimità, il correntista non potrebbe ottenere la liquidazione dell'eventuale saldo a suo favore (ossia quello risultante dai versamenti dallo stesso eseguiti in costanza di rapporto per la parte indebitamente annotata a suo debito dalla banca in applicazione di clausole dichiarate nulle) neanche con la sola chiusura del conto, posto che egli dovrebbe anche pagare il saldo contabilmente a suo debito e solo dopo agire in ripetizione (il che pare difficilmente compatibile con una lettura costituzionalmente orientata della normativa di settore, giacché implicherebbe l'onere per il correntista, a fronte di un'esposizione del rapporto sostanzialmente a lui favorevole e solo contabilmente a suo debito, di pagare quanto indebitamente richiesto dalla banca prima di ottenere la condanna della banca al pagamento del saldo a suo favore).

Ecco allora che, laddove non sia allegato e provato che la chiusura del conto sia intervenuta anteriormente all'esercizio dell'*actio nullitatis* e della conseguente azione di ripetizione, deve ritenersi che l'esercizio di quest'ultima implichi e comprenda una domanda di esatto adempimento del contratto di c/c volta ad ottenere, a seguito del recesso dal rapporto operato dal correntista, la liquidazione del relativo saldo correttamente rideterminato e la condanna della banca al pagamento della quota parte dei versamenti eseguiti dal correntista indebitamente trattenuta dalla banca pur a fronte della declaratoria di nullità delle clausole in applicazione delle quali tale quota parte aveva formato un'esposizione debitoria del correntista in realtà inesistente.

Con specifico riferimento al caso in esame, deve quindi concludersi che l'attore abbia chiesto con la notifica dell'atto di citazione anche la chiusura del conto per cui è causa, come del resto evincibile dall'esplicita domanda di condanna al pagamento del saldo a suo favore esistente alla data del 30.6.2009.

Tutto ciò premesso, occorre quindi esaminare – e respingere – l'eccezione di prescrizione svolta tempestivamente dalla banca convenuta.

Al riguardo si osserva come non sia invero contestata l'applicabilità dell'ordinario termine di prescrizione decennale all'azione svolta dagli attori (*actio nullitatis* e conseguente azione restitutoria), ma unicamente la decorrenza di tale termine, da individuarsi, stando alla tesi di parte convenuta, nel decennio anteriore alla valida costituzione in mora della banca mediante la notifica dell'atto introduttivo del presente giudizio.

La prospettazione di parte convenuta, per come articolata negli atti depositati entro il termine perentorio previsto per la formazione del *thema decidendum*, risulta infondata.

Ed infatti, come anche da ultimo autorevolmente ribadito dalla sentenza n. 78/12 della Corte costituzionale (con la quale, com'è noto, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 comma 61 D.L. n. 225/10), il termine di prescrizione in esame non può che decorrere da un pagamento che, avuto riguardo alle concrete modalità di funzionamento del rapporto di conto corrente, spesso si rende configurabile solo all'atto della chiusura del conto trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi (sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro).

Ebbene, considerato che, come sopra esposto, nella specie può ritenersi che la domanda di chiusura del conto debba ritenersi implicitamente articolata solo con le domande introduttive del presente giudizio, risulta evidente l'infondatezza nel merito dell'eccezione in esame.

Né del resto potrebbe pervenirsi a diverse conclusioni argomentando dagli analitici criteri di cui alla sentenza di legittimità a SS.UU. n. 24418/10 (a mente della quale il termine di prescrizione decorre dal pagamento annotato in c/c laddove esso sia qualificabile come versamento solutorio, ossia effettuato su un conto scoperto e non affidato ovvero su un conto affidato e caratterizzato da passività extra fido) atteso che nel caso in esame la banca convenuta non ha né tempestivamente né – invero – idoneamente assolto all'onere di allegare puntualmente il momento in cui si sarebbe verificato il primo versamento "solutorio" (onere peraltro delineato anche dalla summenzionata sentenza della corte di legittimità a Sezioni Unite, oltre che da Cass., sent. nn. 2797/08 e 4366/12, secondo cui chi eccepisce la prescrizione ha l'onere della prova in ordine alla individuazione temporale del relativo *dies a quo*, oltre che, con specifico riferimento all'onere di puntuale allegazione dell'eccezione di prescrizione fondata sulla natura solutoria dei versamenti effettuati in costanza di rapporto, da C.d.A. Milano, sent. 20.2.2013).

Ed infatti la banca convenuta non ha minimamente dedotto se e quale (o quali) dei numerosi versamenti eseguiti dal correntista in costanza di rapporto debba essere qualificato come pagamento solutorio.

Pertanto, ove si consideri anche che tale specifica deduzione comporta a ben vedere solo l'analisi contabile dell'esposizione debitoria del rapporto (verifica che non pare invero potersi ritenere inesigibile da un operatore qualificato come un istituto di credito), deve escludersi la possibilità di accogliere l'eccezione di prescrizione anche con riguardo a tale profilo.

Quindi, ritenuta nella specie astrattamente esperibile l'azione di condanna al pagamento svolta dal correntista (così come nei suesposti termini qualificata) e ritenuta insuscettibile di accoglimento l'eccezione di prescrizione formulata dalla banca, occorre procedere a rideterminare i rapporti di dare ed avere tra le parti secondo i seguenti criteri:

1. applicazione degli interessi al saggio legale dalla sottoscrizione del contratto al 23.6.1992 ed applicazione degli interessi al c.d. tasso di sostituzione di cui all'art. 117 T.U.B. da tale data al 30.6.2009;
2. esclusione di ogni addebito a titolo di c.m.s. e spese;
3. esclusione di ogni capitalizzazione degli interessi sino al 30.6.2000 e, successivamente, capitalizzazione trimestrale degli interessi sia attivi sia passivi;
4. assunzione come esistente del saldo debitore riportato nel primo estratto conto acquisito agli atti del giudizio, nonché assunzione come esistente di un unico movimento pari alla differenza tra il saldo iniziale e finale conosciuti in caso di c.d. "vuoto contabile" in costanza di rapporto.

Prima di procedere all'esame di tali criteri, si rende opportuno chiarire come appaia invece superflua ogni indagine relativa alla questione dei c.d. giorni di valuta, alla questione dell'eventuale superamento dei tassi cd. soglia ed alla questione relativa all'eventuale inefficace esercizio dello *jus variandi* da parte della convenuta.

Ed infatti, con specifico riferimento a tali ultime due questioni, pare sufficiente rilevare che le stesse risultano superate a fronte della rideterminazione del saldo del rapporto mediante l'applicazione, per i motivi di seguito esposti, del solo c.d. tasso di sostituzione (pur giovando peraltro precisare come il C.T.U. abbia comunque escluso il superamento dei tassi soglia in costanza di rapporto).

Inoltre, quanto alla questione relativa ai c.d. giorni di valuta, si osserva atteso che, anche a voler ritenere nulla la clausola disciplinante i c.d. giorni di valuta, l'attore non ha comunque adeguatamente assolto al proprio onere di puntuale allegazione e prova atteso che, anche in relazione ai periodi per cui risultano in atti gli estratti conto, non ha indicato quale o quali operazioni gli sarebbero state addebitate sulla base della valuta fittizia e non effettiva e che non ha prodotto i titoli delle relative operazioni sulla cui scorta poter determinare il concreto importo dovuto in base al diverso criterio della valuta effettiva.

Ciò posto e venendo all'esame dei due criteri sopra esposti ai punti nn. 1 e 2 si evidenzia che nella specie non consta alcun ulteriore documento, oltre al contratto del 31.1.1983, sottoscritto dal correntista e recante le condizioni economiche applicate a tale contratto

originariamente sottoscritto.

Dall'esame di quest'ultimo ed unico documento si evince inoltre che lo stesso non contiene alcuna previsione in ordine al tasso della c.m.s. ed alla misura delle spese, mentre, per quanto concerne la determinazione degli interessi passivi, contiene un riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza.

Ebbene, con riferimento a quest'ultimo profilo, si osserva che è vero che il requisito della necessaria determinazione scritta degli interessi ultralegali di cui all'art. 1284 c.c. può essere soddisfatto anche *per relationem* tramite il richiamo a criteri prestabiliti e facilmente individuabili, ma è parimenti vero che non può ritenersi allo scopo sufficiente il mero richiamo "alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza" in quanto tale clausola, secondo la condivisibile giurisprudenza di legittimità (*ex multis*, Cass., sent. n. 14684/03; Cass., sent. n. 11466/08), non consente di individuare con sufficiente certezza a quale previsione le parti abbiano inteso riferirsi (data l'esistenza di diverse tipologie di interessi localmente applicati e la mancanza sul punto di discipline vincolanti del saggio di interesse fissate su scala nazionale, discipline che peraltro ben potrebbero essere per altro verso nulle in quanto integranti accordi di cartello vietati dalla L. n. 287/90).

Né peraltro potrebbe sostenersi che il presupposto richiesto dal richiamato art. 1284 c.c. sia stato soddisfatto mediante il mero invio di estratti conto non contestati e recanti gli importi addebitati a titolo di interessi ultralegali, atteso che, come pure chiarito dalla consolidata e condivisibile giurisprudenza di legittimità (*ex plurimis*, Cass., sent. n. 15643/03, Cass., sent. n. 17679/09), l'atto scritto concernente la stipulazione degli interessi in misura superiore a quella legale, in quanto costitutivo del relativo rapporto obbligatorio, deve necessariamente precedere l'applicazione degli interessi ultralegali, restando irrilevante l'eventuale riconoscimento che sia fatto *ex post* dal debitore.

Né, ancora, potrebbe sostenersi che la clausola in esame possa essere ritenuta valida solo perché concordata anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 154/92, atteso che la stessa sarebbe comunque nulla, secondo i criteri generali, per indeterminatezza dell'oggetto individuato *per relationem* mediante il riferimento alle condizioni usualmente applicate dalle aziende di credito (Cass., sent. n. 4094/05).

Da quanto esposto consegue quindi la necessità di applicare gli interessi passivi ai tassi indicati al suesposto punto n. 1 (*rectius*, considerata la produzione degli estratti conto solo a far data dal 1994 e la conseguente impossibilità di rideterminare il saldo per il periodo anteriore, al solo tasso di sostituzione di cui all'art. 117 T.U.B.).

Inoltre, per quanto specificamente attiene al punto n. 2, si ritiene che in assenza di idonea pattuizione non possa essere addebitato alcunché al correntista né a titolo di c.m.s. né a titolo di spese in quanto, pur non essendo previsto – all'epoca della conclusione del contratto per cui è causa – l'obbligo di forma scritta per la pattuizione relativa a tali poste, l'esistenza del titolo (anche non scritto) fonte dell'obbligo di pagamento delle stesse non è stato comunque provata nel corso della presente controversia a cura della banca in tal senso onerata (non essendo ipotizzabile che l'attore, dedotta la mancanza di una pattuizione contrattuale sul punto, possa essere onerato della prova del fatto negativo dell'inesistenza, in qualsiasi tempo e luogo, di una pattuizione in tal senso verbale e/o scritta).

Per quanto concerne quindi il criterio di cui al punto n. 3 si rileva che nella specie la capitalizzazione trimestrale dei soli interessi passivi per il periodo anteriore al 30.6.2000 è prevista dal contratto del 31.1.1983.

Sul punto pare sufficiente richiamare sinteticamente, per quanto concerne il periodo intercorrente tra la conclusione del contratto ed il trimestre chiuso il 30.6.2000, l'orientamento ormai consolidato e condivisibile della giurisprudenza di legittimità (*ex plurimis*, Cass., ord. n. 20172/13; Cass., sent. n. 6518/11; Cass., SS.UU. sent. n. 24418/10; Cass., sent. n. 23974/10; Cass., sent. n. 11466/08) a mente del quale:

- a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 425 del 2000, le clausole anatocistiche stipulate anteriormente alla delibera C.I.C.R. del 9.2.2000 sono da considerarsi nulle in quanto stipulate in violazione dell'art. 1283 c.c., perché basate su un uso negoziale, anziché su un uso normativo, difettando nella specie il necessario requisito soggettivo costituito dalla *opinio iuris ac necessitatis* e non potendosi ritenere che detto requisito soggettivo sia venuto meno soltanto a seguito delle decisioni della Corte di cassazione che, a partire dal 1999 e modificando il precedente orientamento giurisprudenziale, hanno ritenuto la nullità delle clausole in esame, atteso che la funzione della giurisprudenza è meramente ricognitiva dell'esistenza e del contenuto della regola e che quindi la ricognizione correttiva ha efficacia retroattiva (anche perché, diversamente argomentando, si determinerebbe la consolidazione *medio tempore* di una regola che avrebbe la sua fonte esclusiva nelle sentenze che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero creata);
- in caso di contratto di conto corrente bancario stipulato anteriormente al 22.4.2000, deve dunque essere dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi in una apertura di credito in conto corrente per il

contrasto con il divieto di anatocismo sancito dall'art. 1283 c.c. e, per l'effetto, gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna, atteso che il medesimo art. 1283 c.c. osterebbe anche a una eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale e che nemmeno potrebbe essere ipotizzato come esistente un uso, anche non normativo, di capitalizzazione con quella cadenza;

- l'originaria ed integrale nullità della clausola disciplinante la capitalizzazione degli interessi in violazione dell'art. 1283 c.c. non può evidentemente essere superata in forza del fatto che tale divieto sia stato violato sia a favore che a carico del correntista (come invece sostenuto dalla banca convenuta, la quale ha infatti dedotto di aver trimestralmente capitalizzato anche gli interessi attivi in costanza dei rapporti per cui è causa), atteso che il divieto in esame non è evidentemente contenuto in norma rientrante nella disponibilità delle parti;
- non può ritenersi che il pagamento di interessi capitalizzati in violazione al disposto di una norma imperativa costituisca adempimento di obbligazione naturale in quanto, come chiarito da copiosa e condivisibile giurisprudenza di merito, non è possibile configurare obblighi morali o sociali che si pongano in contrasto con divieti di legge (*ex multis*, Trib. Nola, 20.12.11, Trib. Bari, 24.7.12, Trib. Monza, 12.12.05) né è per altro verso configurabile la spontaneità di un pagamento che veniva invece imposto ai clienti dall'intero sistema bancario, in conformità alle direttive impartite dall'associazione di categoria e senza possibilità di una negoziazione individuale (Corte d'Appello Milano, 20.2.2013).

Dalle suesposte argomentazioni consegue dunque la necessità di rideterminare il saldo del rapporto per cui è causa procedendo ad eliminare qualsivoglia capitalizzazione per tale periodo.

Per quanto di contro concerne il periodo successivo i reciproci rapporti di dare ed avere dovranno essere calcolati applicando la capitalizzazione trimestrale sia attiva che passiva sulla scorta dei criteri indicati dalla summenzionata delibera C.I.C.R. in accordo con quanto disposto dall'art. 120 T.U.B., in quanto nel presente giudizio, introdotto nel 2010, non è stata specificamente contestata l'effettiva pubblicazione in G.U. dell'avviso da parte della banca convenuta così come previsto dall'art. 7 della richiamata delibera C.I.C.R.

Né peraltro può ipotizzarsi che, al fine di ritenere legittima la capitalizzazione trimestrale operata successivamente al 30.6.2000, sia necessario dimostrare anche l'avvenuta approvazione

in forma scritta delle nuove condizioni contrattuali da parte dei correntisti, trattandosi di condizioni peggiorative.

Al riguardo si osserva infatti che le nuove condizioni contrattuali applicate dalla banca convenuta debbono essere inequivocamente qualificate come un miglioramento di quelle precedentemente applicate (condizioni contemplanti la capitalizzazione trimestrale dei soli interessi passivi).

Non risulta in particolare condivisibile la tesi secondo cui nella specie non opererebbe alcun miglioramento in quanto, dichiarata la nullità della clausola violativa dell'art. 1283 c.c. per il periodo anteriore al 30.6.2000, il correntista vedrebbe peggiorate le proprie condizioni passando da un regime privo di qualsivoglia capitalizzazione ad un regime a capitalizzazione trimestrale, seppur degli interessi sia attivi che passivi.

Tale tesi confligge infatti con il chiaro riferimento operato dalla delibera C.I.C.R. al miglioramento ovvero al peggioramento delle condizioni materialmente applicate dall'istituto di credito (delibera del cui rilievo nel sistema delle fonti del diritto non può dubitarsi essendo la stessa appositamente richiamata dall'art. 120 T.U.B. come modificato dall'art. 25 D.Lgs. n. 342/99).

Ciò posto deve concludersi che nella specie, ferma la non contestata pubblicazione del prescritto avviso in G.U., la banca convenuta abbia idoneamente comunicato la modificazione migliorativa delle condizioni contrattuali mediante il periodico – e non contestato – invio degli estratti conto (vertendosi appunto in tema di modifica favorevole al correntista, in relazione a cui la comunicazione non costituisce condizione sospensiva di efficacia ed in relazione a cui non è infatti prevista alcuna facoltà di recesso a favore del correntista).

Infine, per quanto concerne il criterio di cui al punto n. 4, si osserva che sono stati prodotti agli atti del presente giudizio gli estratti conto del rapporto per cui è causa solo a far data dal 1.1.1994 e che il primo estratto conto disponibile reca un saldo a debito del correntista di £ 114.406.477.

Ebbene nelle operazioni di rideterminazione del saldo tale debito annotato deve essere ritenuto pienamente esistente atteso che l'attore in ripetizione è pienamente gravato dall'onere di dimostrare la non debenza delle somme di cui chiede la restituzione e, per l'effetto, dall'onere di produrre gli estratti conto che consentano materialmente di verificare ed enucleare quali somme siano state effettivamente addebitate in modo indebito.

Non si ritiene infatti condivisibile la tesi secondo cui tale onere dovrebbe comunque gravare sulla banca anche se unicamente convenuta in sede di ripetizione dal correntista, vuoi



in forza del principio di vicinanza della prova vuoi perché, diversamente argomentando, l'attore in accertamento negativo verrebbe gravato dell'onere di provare i fatti (*rectius*, l'inesistenza dei fatti) che costituiscono il fondamento di un diritto di cui altri si afferma titolare.

Con particolare riferimento a tale ultima argomentazione deve evidenziarsi che la stessa potrà semmai giustificare l'accoglimento della domanda solo nella parte in cui è volta ad ottenere l'accertamento negativo di un credito asseritamente vantato dalla banca, ma non potrà elidere il contenuto del diverso onere gravante sul correntista in ordine all'ulteriore domanda di accertamento positivo di un suo credito nei confronti della banca e di conseguente ripetizione dell'indebito, onere che deve ritenersi coincidente con la dimostrazione dell'inesistenza di una causa giustificativa di un pagamento effettuato (*ex multis*, Cass., sent. n. 7501/12; Cass., sent. n. 1734/11; Cass., sent. n. 5896/06).

Né peraltro le suesposte considerazioni potrebbero essere inficiate sulla sola scorta del principio di vicinanza della prova, principio che non pare invero utilmente applicabile alla specie atteso che tanto la banca quanto il correntista hanno la piena disponibilità degli estratti conto dei rapporti di c/c (la prima per averli predisposti, il secondo per essergli stati tempo per tempo comunicati, come del resto non specificamente contestato nel caso in esame) e che entrambi devono dunque essere gravati dall'onere di produrli ove interessati ad azionare delle pretese comunque fondate sugli addebiti correttamente od indebitamente eseguiti nel corso del rapporto di c/c, senza che possa ipotizzarsi, per nessuna delle due parti del contratto, che esuli dall'ordinaria diligenza l'onere di conservazione tale documentazione (si veda del resto quanto chiarito dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento all'irrelevanza, ai fini dell'assolvimento dell'onere probatorio ove gravante sulla banca, del fatto dell'inesistenza in capo agli istituti di credito di un obbligo di conservazione ultradecennale delle proprie scritture contabili; *ex multis*, Cass., sent. n. 23974/10).

Né, infine, a diverse conclusioni può pervenirsi sulla scorta della mancata ottemperanza da parte della convenuta all'ordinanza di esibizione, giacché tale ordinanza non comporta affatto un inversione dell'onere della prova e la sua inottemperanza non può neanche autorizzare questo giudice a desumere argomenti di prova a favore della tesi attorea ex art. 116 c.p.c., trattandosi di documentazione di gran lunga anteriore al decennio rispetto alla prima istanza formulata in tal senso da parte del correntista e documentata in atti.

Da tutto ciò consegue la necessità sia di assumere come esistente, ai fini della rideterminazione del saldo, il saldo a debito del correntista emergente dal primo estratto conto in atti sia, ancora, di ricostruire il saldo per cui è causa solo a partire da tale data (non essendo



per il periodo anteriore possibile alcuna concreta rideterminazione a fronte della mancata produzione degli estratti conto) sia, infine, di considerare esistente un unico movimento pari alla differenza tra il saldo iniziale e finale conosciuti in caso di c.d. "vuoto contabile" in costanza di rapporto (anche tenuto conto dell'assenza di specifiche contestazioni sul punto successivamente al deposito dell'elaborato peritale e della modesta entità dei periodi di "vuoto contabile" riscontrati dall'ausiliario dal 1994 al 2009).

In conclusione, dichiarata la nullità parziale del contratto in esame limitatamente alle clausole disciplinanti il rinvio agli usi su piazza per la determinazione degli interessi passivi e la capitalizzazione trimestrale dei soli interessi passivi sino al trimestre chiuso al 30.6.2000 ed accertata la non debenza – in assenza di idoneo titolo contrattuale – delle somme addebitate a titolo di c.m.s. e di spese, occorre rideterminare quindi i reciproci rapporti di credito/debito alla stregua dei suesposti criteri.

Quanto a tale rideterminazione, si ritiene che il consulente d'ufficio abbia correttamente formulato un'ipotesi di calcolo applicando i criteri sopra enunziati nell'esame della documentazione ritualmente acquisita (ipotesi "C" dell'elaborato depositato in data 6.4.2012, qui da intendersi richiamato e trascritto unitamente alle allegate tabelle di calcolo).

Pertanto, come correttamente calcolato dal consulente in applicazione dei criteri giuridici sopra diffusamente esposti, deve ritenersi che il c/c n. 3441 intestato a [REDACTED] presentasse, alla data del 30.6.2009, un saldo a credito del correntista di € 65.967,39.

Pertanto, in sostanziale accoglimento delle domande attoree, la banca convenuta dovrà essere condannata ex art. 2033 c.c. al pagamento in favore di [REDACTED] della somma di € 65.967,39, importo che dovrà poi essere evidentemente maggiorato degli interessi legali maturati dalla domanda al saldo, dovendosi qualificare come debito di valuta quello avente fonte nell'obbligazione restitutoria ex art. 2033 c.c. e non essendo stata nella specie neanche puntualmente allegata da parte attore la mala fede dell'accipiens.

Deve di contro essere respinta la domanda di risarcimento del danno articolata da parte attrice, atteso che, da un lato, pare arduo configurare il necessario elemento soggettivo a carico dell'istituto di credito convenuto alla luce dei molteplici e significativi mutamenti della giurisprudenza e della normativa di settore con specifico riguardo alle questioni giuridiche oggetto del presente giudizio e che, dall'altro, parte attrice si è sul punto genericamente limitata ad allegare un preteso danno "per non aver potuto disporre di maggiori risorse finanziarie da approfondire nell'esercizio dell'attività imprenditoriale".

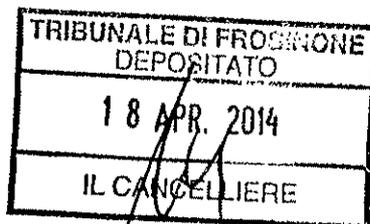
Infine, quanto alla regolamentazione delle spese di lite, si ritiene che il sostanziale accoglimento delle domande attoree giustifichi la condanna della convenuta al pagamento di tali spese, nonché renda opportuno porre a carico della convenuta medesima il compenso liquidato al C.T.U. con separato decreto.

P. Q. M.

Definitivamente decidendo sulle domande come sopra proposte, così provvede:

- ACCOGLIE parzialmente le domande proposte da [REDACTED] nei confronti di [REDACTED], e per l'effetto:
 - a) dichiara la nullità parziale del contratto di c/c bancario n. 3441 sottoscritto in data 31.1.1983 limitatamente alle clausole disciplinanti: i) la capitalizzazione anatocistica degli interessi per il periodo intercorrente tra la conclusione del contratto ed il trimestre chiuso al 30.6.2000; ii) il rinvio alle condizioni usualmente praticate su piazza per la determinazione del tasso degli interessi applicati;
 - b) dichiara non dovuti gli addebiti eseguiti da [REDACTED] in costanza del suindicato rapporto di c/c a titolo di c.m.s. e spese;
 - c) condanna [REDACTED] al pagamento di € 65.967,39 in favore di [REDACTED], oltre interessi al saggio legale dalla domanda al saldo.
- CONDANNA [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] delle spese di lite, che liquida in € 7.063,00 (di cui € 348,00 per spese), oltre spese generali ex D.M. n. 55/14, I.V.A. e cassa come per legge;
- PONE definitivamente a carico di [REDACTED] il compenso liquidato al C.T.U. con separato decreto.

Frosinone, 18.4.2014



Il giudice unico

Ilaria Pepe
Ilaria Pepe