

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI ANCONA
1° SEZIONE PER LE CONTROVERSIE CIVILI**

Composta dai seguenti magistrati:
dr. Annalisa Gianfelice Presidente
dr. Paola De Nisco Consigliere rel.
dr. Vito Savino Consigliere
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa in grado di appello iscritta al n° xxx/2022 del ruolo generale e promossa

DA

BANCA S.p.A.;

CONTRO

OMISSIS S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore (c.f./p.i. omissis), **FIDEIUSSORE**, nato a OMISSIS il omissis e **FIDEIUSSORE**, nata a OMISSIS il omissis, elettivamente domiciliati in OMISSIS, presso lo studio dell'avv. omissis, che li rappresenta e difende, come da mandato a margine dell'atto di citazione in primo grado;

BANCA OMISSIS S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore (c.f./p.i. xxxxx), contumace;

- appellato-

OGGETTO

Appello avverso la sentenza n. xxx del 24/3-1/4/2022 pronunciata dal Tribunale di Macerata

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per l'appellante: *“Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello di Ancona, respinta ogni contraria domanda, deduzione ed eccezione, - accogliere, per tutti i motivi di impugnazione sopra proposti, ovvero con le statuizioni ritenute più opportune, l'appello proposto nei confronti della sentenza del Tribunale di Macerata n. xxx/2022, emessa dal Giudice on. dott.sa Silvia Mosconi, resa inter partes nel giudizio n. xxx/2016 R.G. rubricato al ruolo degli affari civili contenziosi del Tribunale di Macerata, depositata in data 1° aprile 2022. non notificata e, nel merito, in riforma parziale della stessa rideterminare il saldo attivo del rapporto di conto corrente n. xxxx intestato alla società attrice **omissis s.r.l.**, alla data del 4 novembre 2016, nella minor somma di €27.099,95 in luogo di quello contabile di €39,93 compensando parzialmente le spese di causa relative al giudizio di 1° grado; - con vittoria di spese e compensi di causa del 2° grado di giudizio. Il tutto, se del caso, anche previa rinnovazione, totale o parziale, della C.T.U. ovvero richiamò a chiarimenti dell'ausiliare”.*

Per gli appellati: *“Piaccia all'Ecc.ma Corte d'Appello adita, ogni eventuale contraria istanza disattesa, rigettare integralmente l'appello proposto dalla **BANCA S.p.A.** in relazione alla sentenza n. xxx/2022 emessa dal Tribunale di Macerata il 24 marzo 2022 e, per l'effetto, confermare integralmente la predetta sentenza, con ogni conseguenza di legge. Con vittoria di spese e competenze di giudizio”.*

RAGIONI IN FATTO E DIRITTO DELLA DECISIONE

OMISSIS S.r.l., quale società correntista, **FIDEIUSSORI**, quali fideiussori, convenivano innanzi al Tribunale di Macerata la **Banca S.p.a.**, cui è subentrata in corso di causa **BANCA S.p.a.**, quale società cessionaria di ramo di azienda bancaria da parte di **BANCA OMISSIS S.p.A.** (società a sua volta incorporante per fusione la **Banca S.p.a.**), per sentire accertare l'effettivo saldo del rapporto di c/c n. xxx, intrattenuto con l'originaria convenuta. In particolare, lamentavano l'indebita applicazione di interessi passivi ultralegali, commissioni di massimo scoperto, antergazione e postergazione delle valute in difetto di pattuizione scritta, nonché l'applicazione di interessi usurari e anatocistici. Assumevano altresì la nullità e/o l'inefficacia e/o la decadenza dalle fideiussioni prestate nella qualità di amministratori.

Costituitasi in giudizio, l'originaria convenuta, nel merito, chiedeva il rigetto delle domande attoree in quanto infondate e, in via preliminare, eccepiva l'inammissibilità delle azioni di condanna e/o ripetizione dei pagamenti, essendo il rapporto di conto corrente ancora in corso. Parti intervenute hanno aderito alle eccezioni e le difese svolte dalla convenuta.

Disposto l'espletamento di C.T.U. contabile, con la sentenza in epigrafe il Tribunale di Macerata, in parziale accoglimento della domanda svolta dagli attori, dichiarava che il saldo del conto corrente n. xxxx alla data del 04/11/2016 era pari a € 41.482,00, anziché € 39,93, e rigettava le altre domande, ponendo a carico della intervenuta **BANCA** le spese di lite e quelle di CTU.

Innanzitutto, il Giudice di prime cure dichiarava superate le questioni relative alla nullità del rapporto contrattuale per mancanza del contratto scritto di conto corrente, risultando lo stesso depositato dalla banca in uno alla memoria ex art. 183 co. 6 n.2 c.p.c., e alla domanda di ripetizione proposta dagli attori, essendo stata la stessa rinunciata.

Il Tribunale, poi, evidenziando che il rapporto bancario aveva avuto inizio nel 1979, riteneva di aderire alle valutazioni svolte dal CTU anche in punto di accertamento del rispetto delle condizioni contrattuali convenute tra le parti. Più precisamente, il Tribunale dava atto che il rapporto era stato ricostruito elaborando tre diverse ipotesi di rideterminazione del saldo del conto, a seconda della considerazione delle condizioni iniziali dello stesso, utilizzando le operazioni annotate negli estratti conto dei movimenti, nonché, in uno dei casi, per il periodo dall'01/01/1998 al 31/12/2005, utilizzando i saldi rinvenuti dagli estratti conto scalari, non essendo stati depositati in atti, per tale periodo, gli estratti conto dettagliati.

Il Giudice evidenziava, quindi, che:

- l'accertamento della sussistenza di interessi superiori al tasso soglia usura ai sensi della L. 108/1996 aveva dato esito negativo per il periodo preso in considerazione, fatta eccezione per tre dei trimestri oggetto di verifica;

- per quel che riguarda la commissione di massimo scoperto, sul rilievo del consulente per cui nei contratti oggetto di osservazione non risultava indicata né la misura, né la periodicità del calcolo, né la base di calcolo, ha ritenuto di dover escludere la C.M.S. dalla rielaborazione del saldo, ove addebitata;

- ha dato atto della mancata pattuizione dei tassi di interesse fino alla conclusione dei contratti di apertura di credito del 2015-2016, disponendo fino a tale data l'applicazione dei tassi sostitutivi di cui all'art. 117 T.U.B.;

- con riferimento all'anatocismo, rilevata l'assenza di pattuizione, ha disposto l'esclusione della capitalizzazione degli interessi passivi.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte operava, quindi, la rettifica del saldo del conto corrente, optando, tra le ipotesi di ricalcolo effettuate dal CTU, per quella che aveva preso in considerazione il periodo dal 1998 al 2016 (ipotesi 1a), utilizzando gli estratti scalari per tutto il periodo in cui gli estratti conto analitici non risultavano depositati.

Avverso la citata pronuncia ha proposto appello **Banca**, impugnando:

- per insufficienza motivazionale, e per violazione di legge, stante l'inosservanza della prescrizione di cui all'art. 2697 cod. civ., il capo di sentenza che ha ritenuto che "tra le ipotesi di calcolo vagliate dal consulente, quello sopra indicato [cioè la rideterminazione del saldo di cui alla terza ipotesi indicata dal CTU sub n. 2, per effetto della cancellazione di addebiti illegittimi per € 41.522,07] deve ritenersi il più rispondente alle verifiche richieste per l'intero periodo oggetto di indagine (dal 1998 al 2016), atteso che, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, appare ammissibile ed idoneo, in un giudizio volto alla rettifica del saldo contabile, il ricorso alla valutazione di altri elementi di prova come, nello specifico, degli estratti a scalare, quando la produzione degli estratti conto non sia stata effettuata per l'intero periodo oggetto di valutazione, purché si ricorra a criteri matematici per la rielaborazione dei dati risultanti nella documentazione contabile offerta (cfr anche Cass 9140/2020). Il ricalcolo sopra richiamato, relativo a quella tra le ipotesi vagliate dal ctu, sulla base anche degli estratti a scalare per il periodo in cui gli estratti conto dettagliati non risultano in atti, anche alla luce del citato orientamento giurisprudenziale appare correttamente operato rispetto alle ipotesi di nullità, riscontrate dall'ausiliare, tra quelle sostenute da parte attrice nei propri scritti difensivi". Nonché "l'erroneo apprezzamento del

fatto, per errore nella valutazione della CTU” nella parte in cui procede al ricalcolo senza tenere conto delle osservazioni svolte dal proprio CTP.

2) per vizio di legge, in relazione a quanto previsto dall’art. 92 c.p.c., il capo di sentenza che, pur comprese le spese di C.T.U., ponendole esclusivamente a carico di parte convenuta, odierna appellante. **omissis S.r.l., FIDEIUSSORI** hanno resistito al gravame chiedendone il rigetto. **Banca Omissis S.p.a.** è rimasta contumace.

Con il primo motivo di impugnazione, la Banca appellante assume la violazione dell’art. 2697 c.c. e censura, in particolare, l’adesione da parte del primo giudice ai conteggi svolti dal CTU, che, ai fini della valutazione delle contestazioni mosse in citazione, per il periodo dall’01/01/1998 al 31/12/2005 hanno tenuto in esclusiva considerazione i saldi per valuta degli estratti conto scalari non risultando acquisiti in giudizio gli estratti conto analitici relativi a detto periodo.

Ad avviso di questa Corte il rilievo appare fondato.

In punto di fatto occorre rilevare che a sostegno della propria domanda di ripetizione la società appellata ha depositato (cfr. anche CTU svolta in primo grado) in relazione al c/c n. xxxx:

- il contratto originario del 09/10/1979, gli estratti conto scalari dal I° trimestre del 1998 fino al IV° trimestre 2005 (nonostante il rapporto sia iniziato in data antecedente), gli estratti conto analitici dal I° trimestre del 2006 fino al 29/04/2016.

Gli appellati hanno quindi omesso di produrre non solo gli estratti conto dall’apertura del conto corrente al 1998, ma anche tutti gli estratti conto analitici per il periodo compreso tra il 1998 e il 2006.

Va peraltro segnalato che sul conto corrente per cui è causa veniva regolata un’apertura di credito, i cui relativi contratti sono stati prodotti dall’odierna appellante (docc. 3, 4, 5, 6, 7 allegati alla comparsa di costituzione e risposta in primo grado), la quale, in attuazione dell’ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. disposto dal Giudice di prime cure con ordinanza del 12/03/2018, ha provveduto al deposito degli estratti conto analitici a partire dal 31/10/2006.

Ciò posto, in punto di diritto occorre sottolineare che nel caso di azione per ripetizione di indebito proposta dal correntista che, lamentando l’applicazione di poste illegittime in conto, chieda la rideterminazione del saldo del rapporto, spetta certamente a questi provare l’esistenza e la misura degli addebiti che si assumono essere stati illegittimamente applicati dalla banca, dal momento che, a norma dell’art. 2697 c.c., è onere di chi vuol far valere un proprio diritto in giudizio provare i fatti che ne costituiscono fondamento. In materia di rapporti di conto corrente il giudice di legittimità ha infatti più volte affermato che il correntista che “agisca in giudizio per la ripetizione dell’indebito è tenuto alla prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida causa *debendi* essendo, altresì, onerato della ricostruzione dell’intero andamento del rapporto, con la conseguenza che non può essere accolta la domanda di restituzione se siano incompleti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione (cfr. Cass. ord. n. 31649 del 4/12/2019; e da ultimo ord. 7172 del 10/3/2023).

Nella specie in ragione della rilevata frammentaria, ma soprattutto inidonea produzione documentale deve ritenersi l’inutilità della CTU disposta in primo grado per il periodo preso in considerazione dal primo giudice, dovendosi escludere che il consulente possa essere giunto ad una ricostruzione contabile attendibile, poiché la ricostruzione effettuata dal perito non consente di individuare puntualmente quali siano le poste asseritamente applicate in modo indebito per il periodo in cui sono stati depositati in atti unicamente gli estratti conto scalari.

E infatti, se è vero che gli scalari danno contezza della sequenza dei saldi positivi e negativi, ottenuta raggruppando tutte le operazioni di eguale valuta, è però altrettanto certo che tali documenti non offrono l’indicazione degli importi capitali giornalieri né delle causali delle singole operazioni che invece risultano desumibili dagli estratti conto analitici, in grado di fornire un appropriato riscontro dell’identità e della consistenza delle operazioni poste in essere nel corso del rapporto. Invero, gli estratti conto scalari sono meri documenti riepilogativi del calcolo delle competenze che vengono contabilizzate sul conto corrente e da essi non è possibile desumere, differentemente dagli estratti

integrali, l’importo capitale per il giorno esatto di valuta. Così procedendo, il risultato degli interessi debitori applicati non è matematicamente corretto in quanto fondato sulla media dei tassi applicati in un dato periodo senza che sia possibile calcolare le singole rimesse effettuate e la loro imputazione, nonché individuare l’interesse in concreto applicato. Inoltre, la mancanza degli estratti conto non consente di

verificare se gli interessi del trimestre precedente siano stati effettivamente addebitati e capitalizzati nel successivo trimestre ovvero se siano stati per qualche ragione stornati, così come preclude di appurare se vi siano stati dei pagamenti da parte del cliente delle somme dovute a titolo di interessi, con la conseguenza che non avrebbero più prodotto a loro volta interessi. La produzione degli estratti scalari non consente nemmeno di accertare se nei periodi successivi ad ogni liquidazione trimestrale il saldo contabile sia ritornato attivo, magari anche per un solo giorno, sì da interrompere il flusso anatocistico. La ricostruzione contabile svolta in primo grado in parte qua è quindi fondata su presunzioni ed approssimazioni in contrasto con il principio di diritto consolidato nella giurisprudenza di legittimità a tenore della quale “Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso i relativi estratti a partire dalla data della sua apertura, così effettuandosi l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere, con applicazione del tasso legale, sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni ivi registrate, inutilizzabili, invece, rivelandosi, a tal fine, criteri presuntivi od approssimativi” (Cass. sent. n. 20693 del 13/10/2016; n. 21597 del 20/9/2013).

Le conclusioni raggiunte appaiono confermate oltre che da gran parte della giurisprudenza di merito (cfr. da ultimo CA Venezia sentenza n. 2057 del 22/7/21; CA Bologna sent. n. 396 del 17/2/2022; CA Torino sentenza n. 824 del 19/7/2022; CA Milano sent. n. 2578 del 29/7/2022) anche dalla Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto conforme ai principi di distribuzione dell'onere probatorio l'affermazione del giudice di merito di insufficienza della produzione degli estratti conto scalari effettuata dal correntista ai fini della ricostruzione della contabilità del rapporto relativo al conto intercorso con l'Istituto di credito rispetto al quale aveva proposto le richieste di accertamento della nullità (cfr. Cass. ord. n. 30162 del 13/10/2022).

Da ultimo occorre sottolineare, che se è vero che la giurisprudenza di legittimità ha più volte considerato la possibilità di ricostruire l'andamento del conto alla luce di altri strumenti rappresentativi delle intercorse movimentazioni (quali ad esempio “le contabili bancarie riferite alle singole operazioni o, a norma degli artt. 2709 e 2710 c.c., le risultanze delle scritture contabili -ma non l'estratto notarile delle stesse, da cui risulti il mero saldo del conto: Cass. 10 maggio 2007, n. 10692 e Cass. 25 novembre 2010, n. 23974”), se del caso rielaborati dall'attività di indagine del consulente tecnico d'ufficio, è anche vero che spetta comunque al correntista fornire quegli altri puntuali elementi di prova in grado di sopperire alla carenza della produzione documentale (cfr. Cass. ord. 37800 del 17/12/2022; ord. n. 36585 del 14/12/2022).

Si ribadisce, nessun documento utile al tal fine risulta prodotto dalla correntista, che si è limitata ad offrire le produzioni documentali sopra specificamente riportate.

Le conclusioni raggiunte non possono altresì essere superate dalla circostanza che la Banca convenuta all'esito dell'emissione dell'ordine di produzione ex art. 210 c.p.c., si è limitata a versare in atti i soli estratti conto analitici a partire dal 31/10/2006.

Ed infatti, in tema di rapporti bancari la limitazione entro il termine decennale dell'obbligo di conservazione della documentazione bancaria (TUB art. 119, co. 4) corrisponde ad un principio generale (v. art. 2220 c.c.) e l'espresso riferimento alla documentazione contabile non può implicare, per i contratti bancari conclusi, un obbligo di conservazione a tempo indefinito (o per un termine decorrente da un dies a quo indeterminato), non potendo tale obbligo fondarsi se non sulla disposizione in esame. D'altronde il cliente risulta tutelato sia dalla possibilità di pretendere la consegna di una copia del contratto al momento della stipula, che dalla possibilità di esercitare il diritto di ottenere il medesimo documento in un lasso di tempo notevolmente ampio (dieci anni) in funzione del quale è costruito essenzialmente l'obbligo di conservazione della banca, sicché al di fuori di questi limiti opera il generale onere di conservazione della documentazione rappresentativa dei fatti costitutivi dei propri diritti, che grava in modo identico e speculare su entrambe le parti, non godendo né la banca né il cliente, che omettano di conservare la documentazione contrattuale, di alcun privilegio probatorio in sede processuale (dovendo la banca produrre in giudizio il contratto soggetto a forma scritta *ad substantiam* ai fini del vittorioso esperimento dell'azione di adempimento, analogamente al cliente che agisca per la ripetizione

Sentenza, Corte di Appello di Ancona, Pres. Gianfelice – Rel. De Nisco, n. 1158 del 23.07.2024

dell'indebito). Nella specie la Banca ha provveduto a depositare integralmente gli estratti conto analitici antecedenti alla data di notifica dell'atto di citazione (28/10/2016).

Alla luce delle conclusioni raggiunte deve affermarsi la non utilizzabilità delle prime due ipotesi di ricostruzione del conto sviluppate dal CTU sub 1a) e 1b), in quanto fondate sui soli estratti conto scalari. Deve a questo punto essere esaminata l'ultima ipotesi di ricostruzione del rapporto dedotta in giudizio svolto dal CTU, che in conformità ai principi di diritto sopra esposti, procede al ricalcolo del saldo partendo dall'01/01/2006, data dalla quale risultano puntualmente acquisiti tutti gli estratti conto analitici.

Anche detto conteggio risulta contestato dall'appellante Banca mediante richiamo alle osservazioni già svolte dal proprio CTP in sede di consulenza tecnica di primo grado.

Preliminarmente occorre affermare la correttezza dell'operato del CTU che nel procedere al ricalco ha tenuto conto del saldo iniziale a credito desumibile dal primo estratto conto analitico rinvenuto in quanto conforme al principio di diritto ormai consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte, per cui "Nei rapporti di conto corrente bancario, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione di danaro, che afferma essere stato indebitamente corrisposto all'istituto di credito nel corso dell'intera durata del rapporto - sul presupposto di dedotte nullità di clausole del contratto di conto corrente o per addebiti non previsti in contratto - è onerato della prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida "causa debendi" mediante deposito degli estratti periodici di tale conto corrente, riferiti all'intera durata del rapporto, con la conseguenza che, qualora egli depositi solo alcuni di essi, da un lato non adempie a detto onere per la parte di rapporto non documentata e, dall'altro, tale omissione non costituisce fatto impediente il sollecitato accertamento giudiziale del dare e dell'avere fra le parti, a partire dal primo saldo dal cliente documentalmente riscontrato" (cfr. da ultimo Cass. ord. n. 35979 del 7/12/2022).

Ciò posto, assume in primo luogo la banca che, avendo il CTU tenuto conto degli estratti conto scalari, avrebbe dovuto rilevare che in quello in data 31/12/2003 erano riportate le condizioni economiche applicate al rapporto, con conseguente acquisizione di prova delle medesime.

La prospettazione non appare condivisibile.

L'originario contratto di c/c del 9/10/1979 (cfr. doc. 8 nel fascicolo della Banca) all'art. 7 prevede che "gli interessi dovuti dal Correntista alla Banca, salvo patto diverso, si intendono determinati alle condizioni praticate usualmente dalle Banche su piazza e producono a loro volta interessi nella stessa misura" e che "i conti che risultino, anche saltuariamente, debitori vengono chiusi contabilmente in via normale trimestralmente", mentre quelli in attivo "vengono chiusi, in via normale, a fine dicembre di ogni anno". Nessuna clausola disciplina né sotto il profilo giuridico né sotto quello economico la CMS ed il regime delle valute.

Il contratto di apertura di credito in data 12/9/2006 (sub docc. 3 e 4 nel fascicolo della Banca) si limita a ridurre la misura degli affidamenti senza tuttavia contenere alcuna previsione né normativa né economica in relazione ai profili di nullità eccepiti dalla correntista.

I contratti di apertura di credito in data 28/7/2015, 30/11/2015 e 16/3/2016 (sub docc. 5-7 ibidem) a loro volta si limitano a prevedere i soli tassi di interesse passivo applicabili a decorrere dalla loro sottoscrizione.

Stante la mancanza ovvero la nullità (per le ragioni che si andranno più avanti a precisare) delle richiamate clausole contrattuali, questa Corte ritiene che l'invocata comunicazione sia inidonea a costituire valida pattuizione delle condizioni economiche in esame in applicazione dell'art. 118 TUB.

A riguardo questa Corte, pur consapevole del dibattito ancora aperto nella giurisprudenza di merito, ritiene di aderire all'orientamento che ritiene che lo *ius variandi* possa essere esercitato al solo al fine di modificare clausole e condizioni, sia di carattere economico che di natura normativa, già presenti e contemplate nel contratto. Depongono in tal senso da un lato la formulazione letterale dell'art. 118 TUB che - per effetto delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 141/2010 - riconosce all'intermediario la prerogativa in esame, ma solo limitatamente ai tassi, ai prezzi e alle altre condizioni "previste dal contratto", dall'altro la considerazione che il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto all'intermediario dalla citata disposizione, in quanto eccezione alla regola generale della immutabilità del contratto senza il consenso di entrambe le parti, non può spingersi sino al punto di introdurre clausole e condizioni del tutto nuove, tali da incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio

contrattuale, modificandone addirittura parzialmente la natura. L'introduzione di un corrispettivo prima non espressamente previsto in contratto implicherebbe infatti una alterazione del rapporto, giacché la componente del servizio rappresentata già dalla messa a disposizione verrebbe a trasformarsi da sostanzialmente 'gratuita' in dichiaratamente 'onerosa'. Tali conclusioni sono state affermate in più occasioni dalle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario (cfr. per tutte Coll. Territoriale di Milano, n. 249/2010; n. 4529/2015; n. 3724/2015; n. 2670/2018). In particolare il Collegio di coordinamento, con decisione n. 26498 del 12 dicembre 2018, dopo aver affermato che "lo jus variandi, ai sensi dell'art. 118 T.U.B., rappresenta un'eccezione alla regola (generale) dell'immodificabilità del contratto in assenza del consenso di tutte le parti, soprattutto se configurato come un diritto potestativo, notoriamente eccezione legale al principio generale di intangibilità della sfera giuridica altrui", ha sottolineato che anche la Circolare del Ministero dello Sviluppo Economico del 21/2/2007, n. 5574, aveva chiarito che "le "modifiche" disciplinate dal nuovo art. 118 TUB, riguardando soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di clausole ex novo" e che parimenti la Banca d'Italia nel provvedimento del 29/07/2009 (Trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari) aveva ribadito che "Le condizioni e i limiti alla facoltà per l'intermediario di modificare unilateralmente le condizioni del contratto sono disciplinate dall'art. 118 del T.U.. Secondo il Ministero dello sviluppo economico le "modifiche" di cui all'art. 118 del T.U. riguardano soltanto le fattispecie di variazioni previste dal contratto, non possono comportare l'introduzione di nuove clausole. [...] (così la Sezione IV, Comunicazioni alla clientela - paragrafo 2, Variazioni contrattuali)". Il Collegio ha quindi concluso affermando "corretto ritenere che non sia semplice modifica l'introduzione ex novo di un onere, un obbligo, una controprestazione o qualsivoglia altro termine o condizione (economica o normativa) nel contratto, che non sia già previsto nell'assetto originario determinato dalle parti. Infatti, tali variazioni si traducono nell'aggiunta di nuovi costi, in quanto non si pongono come mera modifica di oneri già previsti nel contratto e realizzano, così, un'alterazione del sinallagma negoziale in senso sfavorevole al cliente. Dal complesso normativo e dal ricordato orientamento costante dell'ABF si ricava che lo *ius variandi* è finalizzato a garantire la permanenza dell'equilibrio sinallagmatico, per cui, devono considerarsi inammissibili le variazioni che non presentano correlazione tra le tipologie di contratti e le tariffe interessate dalle variazioni, da un lato, e l'incremento dei costi posto a base della modifica. Nello stesso senso, il Collegio di coordinamento, con decisione n. 1889/2016, ha rilevato che la finalità dello *ius variandi* è quella di "conservare l'equilibrio (sinallagmatico) tra le singole prestazioni contrattuali, passando attraverso il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico dell'intero complesso delle prestazioni contrattuali, tipologicamente simili, effettuate dall'imprenditore nei confronti di un numero indefinito di controparti" (cfr. ad es., Collegio di Roma, decisione n. 2202 del 23.04.2013)".

Devono quindi ritenersi corretti i criteri di calcolo applicati dal Ctu nominato in primo grado che ai fini della ricostruzione contabile con decorrenza dal 1/1/2006 ha tenuto conto delle date effettive delle operazioni di accredito/addebito, con esclusione del meccanismo dell'antergazione e postergazione applicazione dei tassi sostitutivi di cui all'art. 117 TUB fino a alla data di sottoscrizione dei contratti di apertura di credito del 2015 e del 2016.

A riguardo occorre solo precisare che costituisce ormai principio di diritto consolidato oltre che univoco quello per cui "In tema di contratti bancari, nel regime anteriore all'entrata in vigore della disciplina dettata dalla legge n. 154 del 1992 sulla trasparenza bancaria, poi trasfusa nel T.U. n. 385 del 1993, la clausola che, per la pattuizione di interessi dovuti dalla clientela in misura superiore a quella legale, si limiti a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, è priva del carattere della sufficiente univocità, per difetto di inequivoca determinabilità dell'ammontare del tasso sulla base del documento contrattuale, e non può quindi giustificare la pretesa della banca al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale quando faccia riferimento a parametri locali, mutevoli e non riscontrabili con criteri di certezza" (cfr. Cass. n. 24048 del 26/09/2019).

In punto di anatocismo, invece, appare opportuno ripercorrere brevemente la disciplina dell'istituto dell'anatocismo nel nostro ordinamento.

L'art. 1283 c.c. prevede espressamente che "In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla

loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi”. Fino alla pronuncia sentenza n. 2374/99 della Cassazione a Sezioni Unite in relazione alle condizioni contrattuali praticate dagli istituti bancari alla loro clientela si è sempre ritenuto che le norme bancarie uniformi integrassero il rango di uso contrario evocato dall’art. 1283 c.c., sicché i medesimi istituti bancari sono sempre stati considerati legittimati a praticare la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, anche in deroga all’art. 1283 c.c. attesa la periodicità inferiore ai sei mesi previsti quale termine minimo. La citata sentenza ha sancito che la normativa interna bancaria, disciplinante le condizioni contrattuali aventi ad oggetto anche gli interessi anatocistici trimestrali, sia da considerarsi esclusivamente alla stregua di uso meramente negoziale, in quanto carenti dei requisiti propri degli usi normativi. Il che ha comportato l’inevitabile declaratoria di nullità delle clausole aventi ad oggetto gli interessi anatocistici trimestrali siccome contrarie al precetto di cui all’art. 1283 c.c.. Principio questo ormai ritenuto pacifico ed univocamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito.

A seguito di tale pronuncia il legislatore ha delegato al C.I.C.R. (Comitato Interministeriale Credito e Risparmio) il compito di stabilire le regole per la produzione degli interessi anatocistici trimestrali nell’esercizio dell’attività bancaria e tale organo vi ha provveduto con delibera del 9 febbraio 2000.

Per quanto qui interessa, all’art. 7 la suddetta delibera ha regolamentato la procedura prevista, per ogni istituto bancario, per adeguare le condizioni contrattuali aventi ad oggetto gli interessi anatocistici trimestrali stipulate anteriormente all’entrata in vigore della delibera medesima. Il secondo comma dell’art. 118 TUB a sua volta ha previsto che “Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: “Proposta di modifica unilaterale del contratto”, con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente. Nei rapporti al portatore la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione. In tale caso, in sede di liquidazione del rapporto, il cliente ha diritto all’applicazione delle condizioni precedentemente praticate”.

E’, quindi, sorta la questione se la clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi a condizione di reciprocità avesse o meno valenza peggiorativa e quindi se, avendo essa banca provveduto a darne pubblicità nelle forme previste dalla delibera CICR 2/9/2000, detta clausola avrebbe potuto essere applicata non essendo necessaria la forma scritta imposta dal terzo comma dell’art. 118 TUB.

La Suprema Corte sul punto (cfr. Cass. ord. n. 7105 del 12/3/2020) ha ritenuto che “la sostituzione della reciproca capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi e passivi all’assenza di capitalizzazione per effetto della declaratoria di nullità della clausola contrattuale anatocistica, rende evidente che vi sia stato un peggioramento delle condizioni contrattuali precedentemente applicate al conto corrente per cui è causa, sicché, proprio in applicazione dell’art. 7, comma 3 della delibera CICR (per cui “nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela”) sarebbe stato necessario nella fattispecie in esame un nuovo accordo espresso tra le parti, non essendo ammissibile un adeguamento unilaterale.”

Ed ancora sempre la Corte di Cassazione con la pronuncia n. 267779/2019, ha affermato “che è inappropriato spacciare per miglioramento il passaggio al regime della trimestralizzazione per tutti gli interessi, giacché il raffronto deve essere effettuato tra l’assenza di capitalizzazione degli interessi debitori, quale conseguenza della nullità della clausola e la loro capitalizzazione trimestrale a seguito dell’intervento del CICR 2000”.

Sul punto specifico, anche codesta Corte, con orientamento consolidato formulato per la prima volta con sentenza 420/16, ha affermato che: “...l’art. 7 della delibera CICR 9.2.00, che ha dettato una regolamentazione dei rapporti bancari precedentemente costituiti, così dispone:

- 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

Sentenza, Corte di Appello di Ancona, Pres. Gianfelice – Rel. De Nisco, n. 1158 del 23.07.2024

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.

Orbene, escluso che per stabilire la natura migliorativa o meno delle condizioni del contratto si possa far riferimento alla pregressa situazione fattuale (il calcolo dell'anatocismo trimestrale), è evidente che il termine di raffronto è il regolamento contrattuale nei limiti della rispondenza alla legge, vale a dire il difetto di ogni anatocismo.

Ne consegue che la “nuova” previsione di un anatocismo (anche se con la condizione della reciprocità) costituisce un peggioramento delle condizioni contrattuali (stante la mancata previsione di un siffatto sistema di calcolo ed il rapporto negativo tra gli interessi passivi e quelli attivi) e dunque richiede l'intervento di un accordo tra le parti. che, nel caso, non risulta”.

A riguardo occorre inoltre rilevare che da ultimo è espressamente intervenuta anche la Corte di Cassazione con sentenza n. 17634 del 21/6/2021, statuendo che “nei contratti di conto corrente bancario stipulati in data anteriore all'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000 -come nel caso di specie, ndr-, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 25 del d.lgs. n. 342 del 1999, pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 425 del 2000, pur non avendo interessato il secondo comma di tale disposizione, che costituisce il fondamento del potere esercitato dal CICR mediante l'adozione della predetta delibera, ha inciso indirettamente sulla disciplina transitoria dettata dall'art. 7 di tale provvedimento, in quanto, avendo fatto venir meno, per il passato, la sanatoria delle clausole che prevedevano la capitalizzazione degli interessi, ha impedito di assumerle come termine di comparazione ai fini della valutazione dell'eventuale peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, in tal modo escludendo la possibilità di provvedere all'adeguamento delle predette clausole mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, come consentito dal comma secondo dell'art. 7, e rendendo invece necessaria una nuova pattuizione (cfr. Cass., Sez. I, 19/05/2020, n. 9140; 21/10/2019, nn. 26769 e 26779). A sostegno di tali conclusioni, si è osservato che a) la pronuncia di incostituzionalità ha investito il solo tema della validazione delle clausole anatocistiche fino al momento in cui è divenuta operante la delibera 9 febbraio 2000, ma non ha direttamente inciso sull'attribuzione al CICR del potere di regolamentare il transito dei vecchi contratti nel nuovo regime, b) la portata retroattiva della pronuncia d'incostituzionalità impone tuttavia di considerare nulle le clausole anatocistiche inserite in contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della delibera CICR, c) la circostanza che la delibera sia stata adottata anteriormente alla pronuncia d'incostituzionalità non comporta che, ai fini del giudizio di comparazione previsto dal comma secondo dell'art. 7 della delibera, possa conferirsi rilievo all'applicazione di fatto delle predette clausole, prescindendo dall'invalidità delle stesse, d) la comparazione non deve avere ad oggetto le condizioni contrattuali nel loro complesso, ma solo la clausola anatocistica, da valutarsi in relazione al principio della pari periodicità nel conteggio degli interessi, stabilito dall'art. 2, comma secondo, della delibera, e) in mancanza di una clausola valida che preveda, per almeno una delle due tipologie di interesse (attivo o passivo) una capitalizzazione da attuarsi con una data frequenza, è impossibile stabilire se il predetto criterio sia favorevole o sfavorevole per il correntista. Non merita pertanto censura la sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto che l'invio al correntista degli estratti conto recanti l'indicazione dello adeguamento alla delibera CICR, pubblicato anche sulla Gazzetta Ufficiale, non risultasse sufficiente ad assicurare, neppure per il periodo successivo alla entrata in vigore del provvedimento, la validità della clausola che prevedeva la capitalizzazione degli interessi, a tal fine occorrendo invece un'apposita convenzione scritta, al pari di quella richiesta per la stipulazione dei contratti soggetti alla nuova disciplina. In assenza di tale convenzione, deve escludersi l'applicabilità dell'art. 120 del d.lgs. n. 385 del 1993, come modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 342 del 1999, il quale non recava una compiuta regolamentazione delle clausole anatocistiche, ma ne demandava la fissazione al CICR, limitandosi a stabilire, quale principio ispiratore della disciplina da adottare, quello della pari periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori. Non può quindi operare, in riferimento a tale disposizione, il meccanismo di sostituzione automatica previsto dall'art. 1339 cod. civ., il quale non può trovare applicazione neppure in relazione alla disciplina introdotta dalla delibera CICR: l'impossibilità di procedere al giudizio comparativo richiesto dall'art. 7,

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Corte di Appello di Ancona, Pres. Gianfelice – Rel. De Nisco, n. 1158 del 23.07.2024

comma secondo, di quest'ultima, se per un verso impediva il ricorso alle modalità semplificate contemplate da tale disposizione, per altro verso non esonerava la banca dall'obbligo, imposto dal comma primo, di provvedere all'adeguamento delle condizioni contrattuali nelle forme previste dall'art. 6 della medesima delibera, la cui inosservanza comportava l'inefficacia della clausola anatocistica”.

Nessuna capitalizzazione può pertanto essere riconosciuta in relazione al conto corrente ordinario dedotto in giudizio.

Meritevole di accoglimento è invece la censura relativa all'esclusione degli interessi, in tutto in parte, rilevati dal CTU come superiori (in soli tre trimestri e per complessivi € 303,98) al tasso soglia e dallo stesso qualificati come usura sopravvenuta.

A riguardo infatti deve convenirsi con le osservazioni svolte dal CTP della Banca.

Il criterio di calcolo utilizzato dal CTU, che include la CMS in concreto applicata dalla Banca al fine della verifica del superamento del tasso soglia, non appare conforme alle Istruzioni della Banca d'Italia dettate al fine di verificare l'eventuale superamento del tasso soglia anti usura, difformità che stride con l'ineludibile esigenza logica e metodologica di avere a disposizione dati omogenei da raffrontare, atteso che un eventuale calcolo del TEG effettuato in modo difforme rispetto alle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi condurrebbe ad un risultato privo di attendibilità scientifica.

La necessità di disporre di dati omogenei ai fini del raffronto è stata ribadita anche dalla Suprema Corte. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 16303 del 20/06/2018 hanno infatti affermato “In tema di contratti bancari, l'art. 2 bis del d.l. n. 185 del 2008, inserito dalla legge di conversione n. 2 del 2009, in forza del quale, a partire dal 1 gennaio 2010, la commissione di massimo scoperto (CMS) entra nel calcolo del tasso effettivo globale medio (TEGM) rilevato dai decreti ministeriali emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della l. n. 108 del 1996, ai fini della verifica del superamento del tasso soglia dell'usura presunta, non è norma di interpretazione autentica dell'art. 644, comma 4, c.p., ma disposizione con portata innovativa dell'ordinamento, intervenuta a modificare - per il futuro - la complessa normativa, anche regolamentare, tesa a stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono presuntivamente sempre usurari, come si evince sia dall'espressa previsione, al comma 2 del detto art. 2 bis, di una disciplina transitoria da emanarsi in sede amministrativa (in attesa della quale i criteri di determinazione del tasso soglia restano regolati dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della ridetta disposizione), sia dalla norma contenuta nel comma 3 del ridetto art. 2 bis (poi abrogato dall'art. 27 del d.l. n. 1 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 27 del 2012), a tenore della quale “i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data””.

Analogo principio è stato di recente ribadito dalla Suprema Corte con ord. n. 16077 del 18/5/2022.

Quindi, in riferimento ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore al primo gennaio 2010, data di entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 2 bis del d.l. n. 185 del 2008, inserito dalla legge di conversione n. 2 del 2009, al fine di verificare se sia intervenuto il superamento del tasso soglia dell'usura presunta, come determinato in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, occorre effettuare la separata comparazione del tasso effettivo globale (TEG) dell'interesse praticato in concreto con il “tasso soglia”, nonché della commissione di massimo scoperto (CMS) applicata, con la “CMS soglia”, calcolata aumentando della metà la percentuale della CMS media indicata nei decreti ministeriali, emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della legge n. 108 del 1996, compensandosi, quindi, il valore della eventuale eccedenza della CMS praticata in concreto, rispetto a quello della CMS rientrante nella soglia, con il “margine” eventualmente residuo degli interessi, pari alla differenza tra l'importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati. Tale operazione deve essere effettuata con riferimento ad ogni trimestre, dovendosi verificare il superamento della soglia usuraria con riferimento ai diversi valori medi che sono oggetto della rilevazione eseguita con tale periodicità, giusta il disposto di cui all'art. 2, comma 1, della legge n. 108 del 1996.

In conclusione, in accoglimento del motivo di appello in esame il saldo del rapporto di conto corrente n. 1716 alla data del 04/11/2016 deve essere fissato in complessivi € 27.324,07, dovendo il saldo determinato dal CTU per l'ipotesi sub 2 essere maggiorato degli interessi, da lui esclusi in quanto ritenuti affetti da usura sopravvenuta, per complessivi € 303,98.

Sentenza, Corte di Appello di Ancona, Pres. Gianfelice – Rel. De Nisco, n. 1158 del 23.07.2024

Non meritevole di accoglimento è invece il secondo motivo di impugnazione, con il quale la Banca appellante lamenta la mancata compensazione, anche parziale delle spese di lite.

A riguardo questa Corte si limita a rilevare che le domande svolte dagli appellati, i quali si sono anche attivati in via stragiudiziale di reperire la documentazione mancante da porre a base delle medesime, sono state per la gran parte accolte, sicché correttamente il Tribunale ha fatto applicazione del principio della soccombenza sia con riferimento alle spese di lite che a quelle di CTU necessaria per l'accertamento del saldo del rapporto dedotto in giudizio.

Il parziale accoglimento dell'appello e l'esito complessivo del giudizio giustificano invece la integrale compensazione delle spese di lite del presente grado in applicazione del principio di diritto per cui “In caso di accoglimento parziale della domanda articolata in più capi il giudice può, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., compensare in tutto o in parte le spese sostenute dalla parte vittoriosa, ma questa non può essere condannata neppure parzialmente a rifondere le spese della controparte, nonostante l'esistenza di una soccombenza reciproca per la parte di domanda rigettata o per le altre domande respinte, poiché tale condanna è consentita dall'ordinamento solo per l'ipotesi eccezionale di accoglimento della domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa” (cfr. Cass. ord. n. 13212 del 15/05/2023).

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Ancona, definitivamente pronunciando sull'appello proposto avverso la sentenza n. xxx del 24/3-1/4/2022 pronunciata dal Tribunale di Macerata, così decide nel contraddittorio delle parti:

in parziale accoglimento dell'appello e in parziale modifica della sentenza impugnata, che per il resto conferma, accerta che il saldo del rapporto di conto corrente n. xxxx alla data del 04/11/2016 era pari a complessivi € 27.324,07;

dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio in data 17/7/2024

Il Presidente
dr. Annalisa Gianfelice
Il Consigliere Est.
dr. Paola De Nisco