

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

Estratto:

PAOLO BONTEMPI

*Quando il tempo cancella tutto
nel rapporto tra banca e cliente*

Altra dottrina, infine, non ha riguardo al titolo che giustifichi il versamento della somma (PUTTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2003, *sub* art. 1469-bis-sexies, comma 3°, n. 5, 319 ss.): in questi

termini è orientata la pronuncia in rassegna, ove si afferma che la somma versata può addirittura precedere il contratto.

GIOVANNI LIBERATI BUCCIANTI

► TRIB. RAVENNA, 6.6.2012

CONTO CORRENTE - CONTO CORRENTE BANCARIO - INTERESSI - CLAUSOLA DI CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE - NULLITÀ - INDEBITO - RIPETIZIONE - AZIONE - PRESCRIZIONE - DECORRENZA - CHIUSURA DEL CONTO - CONDIZIONI - FUNZIONE RIPRISTINATORIA E NON SOLUTORIA DELLE RIMESSE - PROVA - ONERE - RIPARTIZIONE (cod. civ., artt. 1283, 1852 ss., 2033, 2946, 2935, 2697; cod. proc. civ., art. 115) (a)

CONTO CORRENTE - CONTO CORRENTE BANCARIO - APPLICAZIONE DI INTERESSI ULTRALEGALI - CONTESTAZIONE - RINUNCIA - CONDIZIONI (cod. civ., artt. 1175, 1375) (b)

CONTO CORRENTE - CONTO CORRENTE BANCARIO - APPLICAZIONE DI INTERESSI ULTRALEGALI - PATTUIZIONE PER ISCRITTO - PROVA - ONERE - RIPARTIZIONE - MANCATA PRODUZIONE DEL CONTRATTO DI CONTO CORRENTE - CONSEGUENZE (cod. civ., artt. 1284, 2697; cod. proc. civ., 115, 210; d. legis. 1.9.1993, n. 385, art. 119) (c)

CONTO CORRENTE - CONTO CORRENTE BANCARIO - INTERESSI USURARI - SUPERAMENTO DEL TASSO SOGLIA - ECCEZIONE - PROVA - ONERE - CONTENUTO - RIPARTIZIONE (cod. civ., artt. 1815, 2697; cod. proc. civ., artt. 115; l. 7.3.1996, n. 108) (d)

CONTO CORRENTE - CONTO CORRENTE BANCARIO - L. 28.1.2009, n. 2 - RAPPORTI ANTECEDENTI ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE - COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO - CLAUSOLA - NULLITÀ (cod. civ., artt. 1418, 1346, 1284; l. 28.1.2009, n. 2, art. 2 *bis*) (e)

(a) È onere del cliente che agisce in giudizio per la ripetizione di interessi anatocistici illegittimamente addebitati dedurre e fornire la prova dell'esistenza di un formale contratto di apertura di credito che possa confortare la tesi secondo cui i singoli accrediti operati in corso di rapporto non costituiscono pagamenti, ma semplici rimesse ripristinatorie della disponibilità, al fine di sostenere la decorrenza del termine di prescrizione decennale dalla chiusura del rapporto, anziché dalla data di ciascuna rimessa, secondo l'orientamento precisato da Cass., sez. un., n. 24481/2010.

(b) L'omessa contestazione per anni, la chiusura del conto corrente mediante giroconto del saldo scoperto su un altro conto corrente bancario ed il lunghissimo tempo trascorso legittimano a ritenere che il cliente abbia sostanzialmente rinunciato a contestare l'applicazione di interessi ultralegali, potendo tale rinuncia desumersi da un comportamento concludente che, interpretato alla luce dei principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ., manifesti, in quanto incompatibile con l'intenzione di avvalersi del diritto, la volontà di rinunciare.

(c) La mancata produzione, ad opera delle parti, dell'originario contratto di conto corrente bancario (risalente al lontano 1977) non può di per sé costituire motivo sufficiente per concludere che sia mancata una preventiva pattuizione per iscritto di interessi ultralegali, considerato che la banca non era tenuta a conservare oltre i 10 anni tale documento, soprattutto dopo

che il predetto conto corrente era stato estinto (nel 2003) e non rivenendosi un principio in base al quale la banca sarebbe tenuta ad una conservazione illimitata delle scritture contabili contrattuali e degli estratti conto che non sono stati a suo tempo neppure oggetto di contestazione, con la conseguenza che il mancato assolvimento dell'onere della prova non può che ricadere su parte attrice.

(d) È onere della parte che eccepisce la violazione delle disposizioni dettate in tema di interessi usurari dimostrare la sussistenza, nel dettaglio, di detta condotta anti-giuridica e quindi ogni questione inerente il calcolo degli interessi, mediante produzione, ad esempio, degli estratti conto scalari e dei decreti relativi ai tassi soglia, la cui mancanza non può essere rimediata mediante il ricorso al principio *iura novit curia*.

(e) Prima dell'entrata in vigore dell'art. 2 bis del d.l. 29.11.2008, n. 185, convertito con modificazioni nella l. 28.1.2009, n. 2, la pattuizione riferita alla commissione di massimo scoperto deve ritenersi affetta da nullità o per mancanza di causa, considerato che essa va ad aggiungersi all'interesse passivo addebitato al cliente sull'esposizione debitoria o per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto ex art. 1346 cod. civ., considerata la mancanza di parametri certi con riferimento alla base di calcolo ed ai criteri di periodicità o, ancora, per superamento della soglia degli interessi legali prevista dall'art. 1284, comma 2°, cod. civ.

dal testo:

Il fatto. Con atto di citazione ritualmente notificato i fratelli X E Y, quali eredi di Z, deceduto in data 28.12.2001, e quali comproprietari dell'Azienda Agricola W s.s. convenivano in giudizio la BANCA S.p.A..

Esponevano che il de cuius Z era stato titolare del c/c n. 57/1547 (non prodotto da nessuna

delle parti) operativo dal 31.3.1977 al 22.1.2003, data in cui era stato estinto con giro conto del saldo di € 136,39 sul c/c n. 57/5586 intestato all'Azienda Agricola W s.s.

Aggiungevano che tale ultimo conto n. 57/5586 aperto il 15.1.2002 presentava un saldo passivo di € 23.688,67 che in data 19.1.2006 era stato girato a sofferenza.

Assumevano che nel corso di entrambi i rapporti la convenuta aveva:

- 1) addebitato interessi ultralegali mai validamente pattuiti;
- 2) spese e commissioni non concordate;
- 3) applicato interessi, su prelevamenti e versamenti, con valuta diversa da quella effettiva (producono CTP);

Chiedevano, pertanto, che dichiarata la nullità delle clausole contenute nei moduli standard dei contratti bancari antecedenti la l.154/92, trasfusa nel TU 385/93 fosse disposto A. il ricalcolo degli interessi ai sensi dell'art. 1284 cod.civ. per il rapporto n. 57/1547 costituito ante 1992 con la conseguente decurtazione di quanto indebitamente richiesto per:

- a) capitalizzazione periodica degli interessi
- b) interessi ultralegali sullo scoperto
- c) capitalizzazione trimestrale degli interessi
- d) spese non previste e CMS

e restituzione della somma di € 209.671,90 oltre interessi indebitamente percepita.

B. il ristorno della somma di € 21.211,57 con riferimento al c/c n.57/5586 così suddivisa:

- a) € 9,943,60 quale differenza tra interessi convenzionali addebitati (12.469,63) e gli interessi eccedenti quelli di cui all'art. 117 TUB (2.526,93);
- b) € 1.539,40 per interessi anatocistici con capitalizzazione annuale maturati dal I trimestre 2002 al I trimestre 2006;
- c) € 5.210,63 per CMS addebitate senza alcuna prestazione giustificata;
- d) 1.991,91 per spese non dovute contrattualmente;
- e) € 2.526,03 per azzeramento degli interessi legali per superamento del tasso soglia dal 2002 al 2006;

f) del rapporto di c/c ab initio chiedendone la condanna alla ripetizione in La convenuta, costituitasi, eccepiva l'infondatezza della pretesa attorea di cui chiedeva l'integrale rigetto.

Nel corso dell'istruttoria era esperita una

CTU contabile dopodiché la causa era trattata in decisione all'udienza del 15.2.2012.

I motivi. La domanda è infondata sotto i profili che seguono e richiede invece ulteriori approfondimenti istruttori per quanto riguarda gli aspetti che si evidenzieranno.

Parte attrice chiede di accertare l'illegittima applicazione, da parte della banca convenuta, delle seguenti voci per interessi e commissioni: interessi ultralegali per mancata pattuizione per iscritto, in violazione dell'art. 1284, comma 3 c.c. (non ritenendo idonea a soddisfare il requisito formale imposto dalla norma citata la cosiddetta clausola "uso piazza"); interessi anatocistici per violazione dell'art. 1283 c.c.; interessi usurari per violazione della legge 108/96; commissioni di massimo scoperto sia perché addebitate in difetto di valida pattuizione (inesistente o comunque mancante di valido oggetto o di causa), sia perché rientranti nel calcolo dei tassi usurari ai fini del superamento del tasso soglia.

In conseguenza di questa preliminare domanda di accertamento (che si risolve in una domanda di nullità delle pattuizioni riferite agli accessori di cui si è detto), parte attrice propone una collegata domanda di ripetizione di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., rispetto alla quale deve porsi un problema di prescrizione (oggetto di tempestiva eccezione da parte della difesa della banca convenuta), essendo quest'ultima azione pacificamente soggetta al termine di prescrizione decennale, decorrente dalla data di ciascun pagamento delle somme che si intendono ripetere.

A tale fine non può considerarsi l'art. 2, comma 61 del D.L. 29.12.2010, n. 225 (cosiddetto "decreto milleproroghe"), come modificato dalla legge di conversione 26.2.2011, n. 10 (entrata in vigore il 27.2.2011), il quale ha previsto che, nelle operazioni bancarie regolate in conto corrente, la prescrizione relativa "*ai diritti nascenti dall'annotazione in conto*" inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa.

Tale norma, a prescindere dall'incertezza applicativa che aveva generato, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale, con sentenza 78/2012 e quindi di essa non può tenersi conto ai fini della soluzione della controversia di cui è causa.

È allora sul concetto di pagamento che occorre concentrare l'attenzione al fine di verificare se quanto parte attrice chiede in restituzione fosse stato appunto "*pagato*" oltre 10 anni prima della proposizione della domanda introduttiva del presente giudizio (2007).

Ora, nei rapporti di conto corrente bancario, è ormai pacifico (a seguito della nota sentenza delle Sezioni Unite 24418/2010, ma anche richiamando l'ormai consolidata giurisprudenza in tema di revocatoria fallimentare delle rimesse bancarie) che possono considerarsi pagamenti solo gli accrediti confluiti su un conto corrente bancario "*scoperto*", ossia non assistito da apertura di credito e con saldo negativo (conto non affidato) o recante un saldo negativo oltre i limiti dell'affidamento (conto sconfinato).

Infatti la Corte di Cassazione, nella citata sentenza 24418/2010, stabilisce tre criteri generali per la soluzione di controversie analoghe a quella di cui è causa:

- a) in primo luogo si precisa che non è soggetto a prescrizione il diritto del correntista alla rettificazione delle annotazioni a debito di interessi derivanti da una clausola nulla del contratto di conto corrente bancario;
- b) in secondo luogo si chiarisce che è invece soggetto a prescrizione decennale il diritto alla ripetizione di quanto pagato a titolo di interessi passivi annotati a debito in forza di un titolo nullo e tale prescrizione decorre dalla data di ciascun versamento destinato a coprire, in tutto o in parte, il saldo negativo di un conto corrente bancario non assistito da apertura di credito o il saldo negativo di un conto corrente bancario assistito da apertura di credito, ma eccedente l'affidamento concesso e nei limiti dello scoperto;
- c) in terzo luogo si precisa che, una volta ritenuta la nullità di una clausola che prevede l'anatocismo degli interessi bancari con riferimento ad una data periodicità della capitalizzazione, non è consentita nessuna capitalizzazione alternativa.

Nello specifico, la regola generale è quella secondo cui ogni singola prestazione in denaro che si colloca nella fase esecutiva di un rapporto di durata assume giuridica rilevanza in sé e per sé e pertanto ben può formare oggetto di autonoma azione di ripetizione laddove sia derivata da un titolo giustificativo nullo.

Conseguentemente, la prescrizione decennale decorre dall'esecuzione di quella singola prestazione e non dalla chiusura del rapporto di durata all'interno del quale essa è inserita.

Ciò che assume decisiva rilevanza è però che si sia effettivamente in presenza di pagamenti i quali, soli, possono formare oggetto di una domanda *ex art. 2033 c.c.* (il cui 1° comma recita: "*Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato*").

È quindi onere della parte interessata (il *solvens*) promuovere la relativa azione entro il termine ordinario di prescrizione (decennale), decorrente appunto da quando quel diritto può essere fatto valere *ex art. 2935 c.c.*, vale a dire dal momento dell'esecuzione del pagamento stesso.

Nel caso di conto scoperto, il superamento del limite di disponibilità riconosciuto al cliente dalla banca fa sorgere in capo a quest'ultima un diritto di credito liquido ed esigibile alla restituzione delle somme corrispondenti allo sconfinamento e comporta che tutti i versamenti diretti a riportare il saldo entro i limiti del fido hanno natura di pagamenti.

Diversamente, il termine di prescrizione non decorre (se non dalla chiusura del rapporto come sostenuto da parte attrice) solo quando le rimesse confluiscono su un conto semplicemente passivo (cioè con saldo negativo entro il limite dell'affidamento), avendo esse in tal caso la funzione di ripristinare quella disponibilità di cui il cliente usufruisce nell'apertura di credito in conto corrente.

In quest'ultimo caso non si ravvisa alcun pagamento e quindi il versamento che va a ridurre l'esposizione del cliente non è idoneo a legittimare un'azione di ripetizione di indebito oggettivo.

L'azione sarà allora possibile solo una volta venuto meno il rapporto (o per iniziativa del cliente o per iniziativa della banca) e solo dopo che il cliente abbia provveduto a pagare il saldo del conto corrente.

Arrivando allora al punto, non c'è dubbio che, nel caso di specie, è la stessa parte attrice ad agire per la restituzione di somme che asserisce "*indebitamente percepite*" dalla banca in corso di rapporto e dunque pagate alla banca, con ciò presupponendo e riconoscendo che le singole rimesse che andavano a controbilanciar-

re i periodici addebiti di interessi confluissero su un conto corrente scoperto, cioè privo di formale apertura di credito e con saldo negativo.

L'esame della relazione peritale agli atti conferma del resto questo dato, evidenziando che sul c/c 1547 intestato a Z esistessero ogni anno numerose annotazioni in "AVERE" e dunque numerosi accrediti che hanno consentito al predetto rapporto di chiudere con un saldo negativo di - € 136,39 alla data del 22.1.2003 (quando è stato estinto, mediante giroconto di pari importo al c/c n. 5586, come precisato a pag. 9 della relazione ancorché dalla citazione potrebbe sembrare che il saldo fosse positivo), a fronte di addebiti di interessi per complessivi € 97.200,02 durante il corso del rapporto (pag. 102 della relazione).

Inoltre la c.t.u. rileva l'applicazione, nel corso di svolgimento del rapporto n. 1547, di ritenute su interessi attivi maturati, segno questo che il predetto conto è tornato in più occasioni in attivo, appunto in conseguenza di accrediti compensativi di precedenti addebiti di interessi.

Deve quindi concludersi che il saldo negativo derivante anche dall'applicazione di interessi passivi e commissioni veniva periodicamente ripianato mediante frequenti versamenti, come del resto risulta anche dall'analisi degli estratti conto agli atti.

Manca invece in atti la prova dell'esistenza di un formale contratto di apertura di credito che possa confortare la tesi secondo cui i singoli accrediti operati in corso di rapporto non costituissero pagamenti ma semplici rimesse ripristinatorie della disponibilità.

Sarebbe stato onere di parte attrice fornire tale prova, nel momento in cui sosteneva la tesi della decorrenza della prescrizione solo dalla chiusura del c/c 1547, considerata l'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca convenuta, alla quale avrebbe dovuto contrapporre l'allegazione di fatti idonei a neutralizzarla.

Né tale prova può essere surrogata dalle acquisizioni operate dal c.t.u., considerato che i contratti di apertura di credito acquisiti dal c.t.u. erano estranei al quesito n. 1 che lo autorizzava solo (e non avrebbe potuto essere diversamente, in presenza dei limiti di cui all'art. 195 c.p.c.) ad acquisire i contratti di conto cor-

rente bancario di cui è causa (che sono contratti pacificamente diversi dai contratti di apertura di credito) e le pattuizioni contenenti le condizioni economiche applicate ai medesimi rapporti.

Parte attrice non ha mai dedotto l'esistenza di una formale apertura di credito accessoria ai conti correnti bancari in esame, anzi ha dedotto la nullità dei contratti di apertura di credito richiamati ed acquisiti (irritualmente) dal c.t.u., rilevando (anche a pag. 7 della propria comparsa conclusionale) che gli stessi non sono mai stati sottoscritti dal cliente.

Ne consegue quindi e comunque la nullità dei medesimi per difetto di forma scritta, richiesta dalla legge fin dal 1992 (prima con la legge 154/1992 e poi con l'art. 117 del T.U. bancario approvato con D. Lgs.vo 385/93), ma ritenuta necessaria dalla giurisprudenza prevalente anche prima, non ammettendosi la configurabilità di un'apertura di credito per fatti concludenti (Cass. 5.12.1992, n. 12947; Cass. 21.3.1991, n. 3060; Trib. Milano, 15.10.1984, in Banca, borsa, tit. cred., 1986, II, 232).

Esclusa allora l'esistenza di contratti di apertura di credito che possano rendere meramente ripristinatorie e non solutorie le rimesse bancarie finalizzate a coprire le poste passive contestate nel presente giudizio, non vi è dubbio che il termine di prescrizione dell'azione di ripetizione proposta decorre dalla data contabile di ogni accredito sui rapporti di conto corrente di cui è causa.

Deve pertanto escludersi la ripetibilità di qualsiasi interesse (ultralegale, anatocistico o usurario) o di qualsiasi commissione addebitati fino al 1997 ove controbilanciate da accrediti annotati nel medesimo periodo.

Per il periodo successivo occorre considerare quanto segue.

Interessi ultralegali

Per quanto riguarda i tassi di interesse ultralegale applicati, va precisato che, ferma restando la prescrizione di quanto annotato e pagato prima del 1997, per quanto riguarda il c/c 1547 la mancata produzione ad opera delle parti del contratto originario, risalente al lontano 1977 non può di per sé costituire motivo sufficiente per concludere che sia mancata una preventiva pattuizione per iscritto di interessi ultralegali, considerato che la banca non era te-

nuta a conservare oltre i 10 anni tale documento, soprattutto dopo che il predetto conto corrente era stato estinto nel 2003.

La mancata contestazione degli estratti conto per anni, la chiusura del c/c 1547 il 22.1.2003 mediante giroconto del saldo scoperto sul c/c n. 5586, ed il lunghissimo tempo trascorso legittimano pertanto a ritenere che gli attori e, prima di loro, Z avessero sostanzialmente rinunciato a contestare l'applicazione di interessi ultralegali.

Vale infatti il principio secondo cui: *“La rinuncia ad un diritto, se pure non può essere presunta, può tuttavia desumersi da un comportamento concludente, che manifesti, in quanto incompatibile con l'intenzione di avvalersi del diritto, la volontà di rinunciare”* (Cass., 13.1.2009, n. 460).

Ancora più puntualmente la Suprema Corte ha precisato che *“Il comportamento – interpretato alla luce dei principi di buona fede e correttezza di cui agli art. 1175 e 1375 c.c. – del contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, che per lungo tempo trascuri di esercitarla e generi così un affidamento della controparte nell'abbandono della relativa pretesa, è idoneo come tale (essendo irrilevante qualificarlo come rinuncia tacita ovvero oggettivamente contrastante con gli anzidetti principi) a determinare la perdita della medesima situazione soggettiva”* (Cass., sez. lav., 28.4.2009, n. 9924).

Coerentemente col principio appena espresso, nella specifica materia bancaria un'attenta giurisprudenza di merito (Trib. Pescara, 20.1.2008, n. 78, Giudice Unico Dott. Angelo Bozza, leggibile sul sito www.studiomarcelli.it) ha precisato che: *“nel nostro sistema vige il principio generale di conservazione della documentazione contabile per la durata di dieci anni (art. 2220 c.c.) e l'art. 119, ultimo comma TUB consente di ottenere da parte del cliente-correntista copia di documentazione inerente a singole operazioni se poste in essere nell'ultimo decennio. Ora, siccome spetta a chi agisce in giudizio munirsi di tutta la documentazione necessaria per far valere le proprie ragioni, e non rivenendosi principio in base al quale l'istituto di credito sarebbe tenuto ad una conservazione illimitata delle scritture contabili contrattuali, nulla può pretendersi dalla parte convenuta in base alla*

normativa vigente nell'ambito di una domanda di restituzione di indebito e rispetto ad estratti contabili che non sono stati a suo tempo neppure oggetto di contestazione; il mancato assolvimento dell'onere della prova non può che ricadere su parte attrice”.

Si aggiunga che parte attrice deduce la nullità dei patti contrattuali che determinano gli interessi con rinvio agli usi su piazza, ma, quantomeno con riferimento al c/c 1547, il divieto di rinvio agli usi non può operare, trattandosi di rapporto acceso prima dell'entrata in vigore dell'art. 4 della legge 17 febbraio 1992 n. 154, poi trasfuso nell'art. 117 del D. Lgs. vo 1 settembre 1983, n. 385. Tali norme infatti “*non sono retroattive e, pertanto, in relazione ai contratti conclusi prima della loro entrata in vigore, non influiscono sulla validità delle clausole dei contratti stessi, ma possono soltanto implicarne l'inefficacia “ex nunc”, rilevabile solo su eccezione di parte”* (Cass. 25.2.2005, n. 4093; Cass. 25.2.2055, n. 4092).

Per quanto riguarda il c/c n. 5586, il relativo contratto contiene una previsione sufficientemente specifica in ordine alla pattuizione degli interessi ultralegali.

Interessi usurari.

Riguardo alla contestata (da parte attrice) applicazione di tassi usurari, va anzitutto precisato che la legge 7 marzo 1996, n.108 è stata recentemente modificata dal D.L. 13.5.2011, n. 70 (c.d. “decreto sviluppo”), convertito nella legge 12.7.2011, n. 106, il quale, all'art. 8, ha previsto che il tasso di interesse applicato si considera usurario se supera di $\frac{1}{4}$ e di ulteriori 4 punti percentuali il tasso effettivo globale medio o comunque se supera di 8 punti percentuali il predetto valore fissato amministrativamente.

In mancanza di disposizioni transitorie, si pone il problema se la nuova misura si applica fin dalla data di entrata in vigore della legge 108/96 o, per meglio dire, a partire dall'aprile 1997, essendo quest'ultimo il momento in cui la legge 108/96 ha avuto effettiva applicazione a seguito dell'entrata in vigore del primo decreto ministeriale di rilevazione dei tassi soglia.

La Cassazione Penale ha escluso che il nuovo criterio di calcolo del tasso soglia ai fini della verifica dell'usurarietà dei tassi di interesse applicati possa avere efficacia retroattiva ove

più favorevole alla banca, “*non essendo intervenuta, in tal modo, una modifica della norma incriminatrice del reato di usura bensì di norma extrapenale integratrice del precetto penale”* (Cass. pen., Sez. II, 23.11.2011, n. 46669, depositata il 19.12.2011, in *Diritto & Giustizia*, 2012 ed in *www.ilcaso.it*, Sez. I, giur., 6799/2012).

Le condizioni economiche applicate al c/c 1547 dopo l'aprile del 1997 e le condizioni economiche applicate al c/c 5586, acceso dopo l'entrata in vigore della legge 108/96, vanno quindi valutate alla luce del vecchio criterio di calcolo del tasso soglia.

Ora, sul punto la CTU rileva un sistematico sfioramento delle soglie d'usura per il conto 1547 ed uno sfioramento delle soglie d'usura a partire dalla data di apertura e dal 1.7.2003 per il conto 5586 (pag. 84 della relazione), senza tuttavia precisare in che misura ed in quali periodi ciò sia avvenuto.

Parte attrice ha eccepito il superamento dei tassi soglia in maniera del tutto generica, senza evidenziare né i parametri di riferimento (mediante produzione dei periodici decreti ministeriali di rilevazione dei tassi effettivi globali medi da cui calcolare il tasso soglia tempo per tempo esistente), né i periodi o l'entità di tale superamento.

Si ritiene allora, conformemente ad un condivisibile orientamento della giurisprudenza di merito, che “*è onere della parte che eccepisca la violazione delle disposizioni dettate in tema di interessi usurari dimostrare, nel caso in cui il rapporto sotteso si caratterizzi come continuativo e soggetto a periodiche rendicontazioni (come quello di conto corrente con contestuale apertura di credito), la sussistenza nel dettaglio, di detta condotta antiggiuridica”* e che “*risulta inammissibile, in quanto meramente esplorativa, la richiesta, pur rituale di consulenza tecnica di ufficio”* (Trib. Bassano Grappa, 8.2.2010, n. 102, in *Guida al diritto*, 2010, 23, 70).

Incombe quindi sulla parte che deduce l'applicazione di un tasso usurario l'onere di far valere ogni questione inerente il calcolo degli interessi e l'allegazione della produzione documentale, come ad esempio gli estratti scalari ed i decreti relativi ai tassi soglia (Trib. Napoli, 4/11/2010, in *Giur. merito*, 2011, 4, 981).

Peraltro l'omessa produzione dei decreti mi-

nisteriali attuativi della legge 7 marzo 1996, n. 108 che fissano la cd. soglia d'usura non può essere rimediata mediante il ricorso al principio "*iura novit curia*", di cui all'art. 113 c.p.c. in quanto i predetti decreti ministeriali hanno natura di atti meramente amministrativi (Trib. Mantova, 1.12.2009, in *www.ilcaso.it*, Sez. I-Giur., doc. n. 2272/2010).

Peraltro, nel caso in cui un contratto a tempo indeterminato (qual è il conto corrente bancario) preveda un tasso di interesse non usurario al momento della stipula – perché precedente all'entrata in vigore della legge n. 108/1996 (come nel caso del c/c 1547) o perché conforme alla normativa vigente in quel momento (il c/c 1547 è stato acceso quando ancora la legge 108/96 non era in vigore) – ma che pure fosse divenuto tale nel corso del rapporto, non trova applicazione la norma dell'art. 1815, comma 2, c.c., in ragione dell'espressa disposizione dell'art. 1 d.l. n. 394/2000, come convertito con legge n. 24/2001.

Tale articolo ha precisato che, sia ai fini della configurabilità del reato di usura (art. 644 c.p.) sia ai fini della configurabilità della nullità dei tassi usurari (art. 1815, comma 2 c.c.), il superamento del tasso soglia va considerato al momento in cui gli interessi sono promessi o comunque convenuti, indipendentemente dal momento del loro pagamento.

Poiché la stessa norma precisa che la regola vale per i tassi pattuiti «*a qualsiasi titolo*», deve ritenersi che non potrà applicarsi l'art. 1815, comma 2 c.c. (il quale prevede che, in caso di interessi usurari, nulla sia dovuto) a nessuna operazione finanziaria (non solo ai mutui) conclusa prima dell'entrata in vigore della legge 108/96, potendo quest'ultima disposizione trovare applicazione solo nel caso in cui l'interesse sia usurario nel momento in cui viene pattuito e non quando sia divenuto tale successivamente.

La disposizione, essendo contenuta in una legge di interpretazione autentica, ha efficacia retroattiva e dunque si applica fin dall'entrata in vigore della legge 108/96.

Parte attrice non ha fornito prove di pattuizioni di interessi usurari successivamente all'entrata in vigore della legge 108/96 (anche soltanto a mezzo della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali da parte della banca

ai sensi dell'art. 118 T.U. bancario) e pertanto il capo di domanda relativo alla ripetizione di interessi usurari deve essere rigettato.

Anatocismo

L'anatocismo bancario è divenuto legittimo dopo che è intervenuto il D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342, recante modifiche al T.U. bancario che, sostituendo l'art. 120, comma 2 T.U. bancario, ha previsto la generale ammissibilità dell'anatocismo bancario applicato ai contratti bancari stipulati dopo la pubblicazione del citato decreto legislativo, purché adeguato alle modalità ed ai criteri per la produzione di interessi sugli interessi indicati con apposita delibera del CICR e purché al cliente venga assicurata la stessa periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori.

Il CICR ha provveduto a determinare le modalità ed i criteri di maturazione degli interessi anatocistici con delibera del 9 febbraio 2000, entrata in vigore il 22.4.2000.

Pertanto, da quest'ultima data, la prassi bancaria di applicare interessi anatocistici è divenuta legittima, sempre che siano osservate le condizioni previste nella delibera CICR del 9.2.2000.

Per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della citata delibera le condizioni pattuite dovevano essere adeguate ai requisiti di legittimità dell'anatocismo previsti dalla citata delibera del CICR entro il 30 giugno 2000, nel caso in cui l'applicazione delle nuove condizioni avesse determinato un peggioramento per il cliente.

La c.t.u. agli atti non consente di verificare l'effettivo rispetto delle condizioni di cui alla delibera CICR del 9.2.2000 nell'applicazione di interessi anatocistici dopo il 22.4.2000, né quale sarebbe stato l'ammontare degli interessi addebitati dal 1997 al 22.4.2000 sul c/c 1547 in assenza di capitalizzazione (stante la pacifica illegittimità, durante quel periodo, della prassi di capitalizzare gli interessi convenzionali).

Occorre quindi procedersi ad un supplemento di attività istruttoria al fine di compiere dette verifiche.

Commissioni di massimo scoperto

Per quanto riguarda le commissioni di massimo scoperto applicate, l'orientamento dominante, formatosi prima dell'entrata in vigore

dell'art. 2-bis del D.L. 29 novembre 2008, n.185, convertito con modificazioni nella legge 28 gennaio 2009, n. 2, ritiene la pattuizione riferita alla commissione di massimo scoperto affetta da nullità o per mancanza di causa, considerato che essa va ad aggiungersi all'interesse passivo addebitato al cliente sull'esposizione debitoria (Trib. Milano, 4 luglio 2002, n.8896, in *Il Merito*, 2003, n. 2, 37; Trib. Busto Arsizio, Sez. Dist. Gallarate, 18.10.2010, in *I Contratti*, 2011, n. 12, 1706 ss.) o per indeterminazione o indeterminabilità dell'oggetto *ex art.* 1346 c.c., considerata la mancanza di parametri certi con riferimento alla base di calcolo ed ai criteri di periodicità (Trib. Piacenza, 12.4.2011, in *I contratti*, 2011, n. 12, 1133 ss.; analogamente Trib. Lecce, Sezione distaccata di Campi Salentina, 3 novembre 2005, in *I contratti*, 2006, 1, 71 e ss., secondo cui la nullità sussiste se il contratto non contiene elementi certi e predefiniti per la completa quantificazione di tale commissione) o ancora per superamento della soglia degli interessi legali prevista dall'art. 1284, comma 2 c.c. (Trib. Tortona, 19.5.2008, in *www.ilcaso.it*).

Anche in questo caso dovrà procedersi ad un supplemento di attività istruttoria al fine di accertare l'entità delle somme addebitate a titolo di commissioni di massimo scoperto dopo il 1997.

In conclusione come da parte dispositiva: deve ritenersi prescritto ogni diritto di ripetizione riferito ad accrediti anteriori ai 10 anni precedenti la data di notifica dell'atto di citazione; deve ritenersi legittima l'applicazione di interessi ultralegali sia con riferimento al c/c 1547 che con riferimento al c/c 5586 e preclusa ad oggi ogni contestazione sul punto; deve respingersi la doglianza relativa all'applicazione di interessi usurari per mancanza di sufficienti allegazioni sul punto; resta da accertare l'effettiva applicazione di interessi anatocistici illegittimi e di commissioni di massimo scoperto sul c/c 1547 dopo il 1997 e sul c/c 5586 dalla data di accensione. (*Omissis*).

[SERENI LUCARELLI – G. Un.]

Nota di commento: «Quando il tempo cancella tutto nel rapporto tra banca e cliente» [★]

I. Il caso

Nel 2007 gli eredi di un correntista agiscono in giudizio contro la banca del *de cuius* al fine di ottenere la restituzione di commissioni ed interessi addebitati su di un conto corrente bancario acceso nel lontano 1977 e chiuso nel 2003.

Il fondamento della domanda di ripetizione è la contestazione circa l'applicazione, da parte della banca, di tassi di interesse in misura eccedente il saggio legale, la loro capitalizzazione trimestrale e l'addebito di commissioni di massimo scoperto, di cui si lamenta anche l'omessa considerazione ai fini dell'usura.

La particolarità della fattispecie consiste nel fatto che, stante il lungo tempo trascorso dalla data di apertura del rapporto in discussione, nessuna delle due parti aveva prodotto l'originario contratto di conto corrente bancario, mentre gli estratti conto erano stati prodotti solo in parte, per cui non era stato possibile ricostruire con esattezza (nemmeno all'esito di una complessa c.t.u.) i criteri di calcolo e di contabilizzazione delle commissioni e degli interessi passivi applicati al cliente.

La sentenza che si annota fa trasparire l'intento di trovare un *equilibrio tra il principio della decorrenza della prescrizione solo dalla chiusura del rapporto di conto corrente bancario* (tuttora invocabile nei casi individuati dalle sez. un. nella sent. 2.12.2010, n. 24418, *infra*, sez. III) e *l'esigenza di arginare azioni giudiziarie per la ripetizione di interessi illegittimamente addebitati da oltre 10 anni*.

Nel compiere questo tentativo, la decisione presenta aspetti di novità ed interesse soprattutto sotto i seguenti profili:

a) *facendo applicazione del principio espresso dalle sez. un., precisa che grava su chi agisce in giudizio per la ripetizione di commissioni ed interessi addebitati allegare e dimostrare l'esistenza di un'apertura di credito accessoria ad un conto corrente bancario recante un saldo meramente passivo (e non scoperto) nel momento in cui si sono verificate rimesse bancarie che abbiano ridotto o azzerato quel saldo, al fine di evitare che la prescrizione decorra dalla data di ciascun accredito, anziché dalla chiusura del rapporto;*

b) *precisa che incombe sul cliente dimostrare l'applicazione di interessi illegittimi mediante la produzione in giudizio di tutti i contratti bancari e degli estratti conto riferiti al periodo interessato dalla do-*

[★] Contributo pubblicato in base a referee.

manda di ripetizione, non potendosi pretendere dalla banca l'esibizione di contratti o estratti conto risalenti ad oltre 10 anni prima della domanda, considerato che la banca non ha l'obbligo di conservare la documentazione contabile dopo tale periodo;

c) afferma che l'omessa contestazione, per lunghissimo tempo, degli estratti conto implica una rinuncia del cliente ad impugnare l'addebito di interessi ultralegali o comunque illegittimi, a prescindere dal problema della prescrizione.

II. Le questioni

1. PRESCRIZIONE DELL'AZIONE DI RIPETIZIONE DERIVANTE DA UN RAPPORTO DI CONTO CORRENTE BANCARIO E RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA. Come precisato dalle sez. un. della Supr. Corte, nella ricordata sent. 2.12.2010, n. 24418, cit., al fine di determinare il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di ripetizione di interessi illegittimamente addebitati su un conto corrente bancario ed effettivamente pagati, occorre distinguere tra versamenti confluiti su un rapporto con *saldo passivo* (cioè con saldo negativo, ma entro il limite dell'affidamento concesso dalla banca) e rimesse operate invece su conto corrente *scoperto* (cioè con saldo negativo eccedente il limite dell'affidamento o privo di affidamento).

Solo nel caso di *conto scoperto* il termine di prescrizione ordinario per l'esercizio dell'azione di ripetizione decorre dalla data di ciascuna rimessa (da ritenersi solutoria), mentre, qualora la singola rimessa confluisca su di un conto corrente bancario con saldo meramente passivo, essa non costituisce pagamento e quindi non è idonea a far decorrere il termine di prescrizione ordinario, che parte invece solo dalla chiusura del rapporto.

La distinzione operata dalle sez. un. assume una particolare rilevanza pratica quando la banca convenuta in giudizio solleva un'eccezione di prescrizione e risulta effettivamente decorso un lasso temporale superiore a dieci anni da ciascuna delle rimesse oggetto di una domanda di ripetizione *ex art. 2033 cod. civ.*

Si pone in questo caso il problema di stabilire su quale parte incomba l'onere di provare se il conto corrente, al momento di ciascuna rimessa, recasse un saldo scoperto (con conseguente decorrenza del termine di prescrizione dal singolo accredito) ovvero semplicemente passivo (con conseguente decorrenza del termine di prescrizione solo dalla chiusura del rapporto).

Il Tribunale di Ravenna, nella sentenza annotata, pone sul cliente che agisce in ripetizione di indebite rimesse bancarie l'onere di allegare e dimostrare che, al momento di ciascun accredito, il saldo del

conto corrente bancario recava un saldo passivo e non scoperto, laddove egli intenda sostenere la decorrenza del termine di prescrizione solo dall'estinzione del rapporto.

Ne consegue che, in mancanza di una formale apertura di credito allegata e provata, ogni rimessa costituisce, per definizione, un pagamento e quindi il termine di prescrizione dell'azione di ripetizione comincia a decorrere dalla singola annotazione in conto dell'accredito destinato a ridurre o azzerare il saldo negativo.

In altre parole, spetta a chi agisce in giudizio per la ripetizione delle somme oggetto di rimesse bancarie – se vuole superare l'eccezione di intervenuta prescrizione dell'azione – fornire la prova contraria alla presunzione secondo cui ogni accredito che pervenga su di un conto corrente bancario con un saldo in «dare» ha natura solutoria.

Questa prova contraria non potrà che consistere appunto nel dimostrare l'esistenza di un'apertura di credito e di un saldo meramente passivo nel momento in cui viene contabilizzata ogni rimessa oggetto dell'azione di ripetizione.

Ciò equivale appunto a dimostrare l'inesistenza di veri e propri pagamenti in costanza di rapporto bancario, per concludere che la prescrizione decorre solo dalla chiusura del rapporto o, per meglio dire, da quando – dopo la chiusura del conto – il cliente abbia saldato alla banca il suo credito residuo.

Una simile ricostruzione fa corretta applicazione dell'art. 2697 cod. civ., da cui si ricava il criterio della vicinanza della prova alla parte che ne è onerata, vale a dire il principio secondo cui l'onere della prova di un determinato fatto va posto a carico della parte a cui quel fatto si riferisce e con la quale esiste uno stretto collegamento.

È certamente in stretto collegamento col cliente che agisce in giudizio per la ripetizione di indebiti pagamenti eseguiti mediante rimesse bancarie provare l'esistenza dell'attribuzione patrimoniale di cui chiede la restituzione, il momento in cui essa si è verificata e l'inesistenza di un'idonea *causa debendi*.

E laddove il cliente abbia interesse a paralizzare gli effetti di un'eccezione di prescrizione fondata sull'intervenuto decorso di oltre dieci anni dalle singole rimesse oggetto della richiesta di restituzione, avrà l'onere di dimostrare i fatti impeditivi di tale eccezione (o, se si vuole, di fornire la prova di una «contro-eccezione»), vale a dire l'esistenza di un'apertura di credito che renda quelle rimesse non ancora ripetibili in quanto non aventi natura solutoria.

La vicinanza al cliente di una simile prova si desume dal fatto che il correntista ha diritto di avere copia della documentazione contrattuale che lo riguarda (*ex art. 117 d. legis. 1°9.1993, n. 385, Testo unico*

delle leggi in materia bancaria e creditizia, di seguito t.u.b., ovvero ex art. 118 t.u.b. per quanto riguarda le modifiche delle condizioni contrattuali ovvero, ancora, ex artt. 119, comma 2°, t.u.b., e 1832 cod. civ. con riferimento al periodico invio degli estratti conto) ed ha comunque sempre diritto di chiedere copia della documentazione contabile attestante i propri versamenti ex art. 119, comma 4°, t.u.b.

Se allora il cliente omettesse di conservare tale documentazione o di richiederne copia per tutto il periodo (di dieci anni) in cui la banca è obbligata a tenerla a sua disposizione (art. 119, comma 4°, t.u.b.), non potrebbe poi pretendere di ribaltare sull'azienda di credito l'onere di provare la natura solutoria delle singole rimesse bancarie (a sostegno della sollevata eccezione di prescrizione), asserendo che, in mancanza di tale prova, il pagamento dovrebbe presumersi non avvenuto fino alla chiusura del rapporto (con conseguente decorrenza della prescrizione solo da quel momento).

Quindi, il cliente che voglia agire in giudizio per ripetere interessi illegittimamente addebitati in corso di rapporto bancario o dimostra che i singoli addebiti non ebbero funzione solutoria per la presenza di un'apertura di credito e di un saldo meramente passivo del conto oppure deve agire in giudizio entro dieci anni da ogni singolo versamento che intenda chiedere in restituzione, a pena di prescrizione dell'azione, una volta che la relativa eccezione venga sollevata dalla banca convenuta.

La stessa soluzione vale nel caso in cui il cliente non copra il saldo negativo esistente dopo la chiusura del conto corrente, ma egualmente intenda chiedere la restituzione di versamenti che, in costanza di rapporto, avevano ridotto il saldo passivo generato, almeno in parte, dalla contabilizzazione di interessi o commissioni illegittimamente addebitati.

In questa eventualità infatti, l'azione di ripetizione pare esperibile a decorrere dalla chiusura del conto corrente in quanto, prima di quel momento, il cliente può esperire un'azione di rettifica del saldo negativo in qualsiasi momento, ma non l'azione di ripetizione di somme che non costituiscono ancora pagamenti, poiché non restano definitivamente acquisiti al patrimonio della banca.

Solo dopo la chiusura del rapporto quei versamenti restano definitivamente acquisiti al patrimonio della banca e pertanto, entro i limiti in cui siano andati a coprire oneri illecitamente addebitati, potranno essere chiesti in restituzione.

Resta inteso che la prescrizione dell'azione di ripetizione in questo caso decorrerà dalla chiusura del rapporto.

La ripartizione dell'onere della prova compiuta dal Tribunale di Ravenna appare coerente con quella imposta dalla pacifica giurisprudenza nel regime

antecedente la riforma dell'azione revocatoria fallimentare introdotta col d.l. 14.3.2005, n. 35 convertito nella l. 14.5.2005, n. 80 (*Conversione in legge, con modificazioni, del d. l. 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*), nel caso in cui il curatore avesse agito in giudizio per la revocatoria fallimentare di rimesse bancarie confluite su di un conto corrente bancario con saldo negativo.

Infatti, nei giudizi in tema di azioni revocatorie fallimentari *ante* riforma, la ripartizione dell'onere della prova andava nel senso che alla curatela incombeva l'onere di provare l'esistenza di rimesse oggettivamente revocabili e la conoscenza dello stato di insolvenza in capo alla banca convenuta, mentre incombeva sulla banca l'onere di allegare e di provare l'esistenza di aperture di credito che rendessero le rimesse oggetto di revocatoria prive della natura di pagamenti.

L'attore poteva infatti limitarsi a sostenere che i versamenti oggetto di revocatoria avessero avuto natura solutoria (il che ovviamente implicava l'allegazione dell'esistenza di un saldo scoperto – cioè privo di apertura di credito – del conto corrente su cui risultavano confluite le rimesse), mentre costituiva «onere della banca provare la sussistenza dell'apertura di credito e del suo limite» (CASS., 5.12.1996, n. 10848, *infra*, sez. III).

La correttezza della soluzione trova conferma nella considerazione, ben messa a fuoco dal Tribunale di Ravenna, che il cliente non aveva né dedotto né tantomeno dimostrato l'esistenza di una formale apertura di credito che rendesse meramente ripristinatorie le rimesse effettuate in costanza di rapporto, ma, anzi, aveva dedotto la nullità di qualsiasi contratto di apertura di credito per la mancanza di sottoscrizione da parte sua.

In assenza di qualsiasi affidamento, il termine di prescrizione è stato fatto quindi correttamente decorrere dalla data di ciascuna rimessa.

2. LA PROVA DEL CREDITO RESTITUTORIO DEL CLIENTE CHE AGISCE PER LA RIPETIZIONE DI INDEBITO. Chiarito il problema della prescrizione dell'azione di ripetizione svolta dal cliente nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario, la sentenza annotata si sofferma sul contenuto dell'onere della prova gravante sulle parti in un giudizio per la ripetizione di indebite rimesse bancarie.

Il Tribunale di Ravenna precisa che è onere del cliente produrre la documentazione contrattuale e contabile da cui risultano gli addebiti contestati ed il

loro fondamento, senza poter pretendere dalla banca l'esibizione di tale documentazione, una volta decorso il periodo di dieci anni durante il quale sussiste l'obbligo di conservazione.

Sul punto la sentenza annotata equipara la documentazione contrattuale (in particolare l'originario contratto di conto corrente bancario recante l'indicazione del tasso di interesse convenzionale applicato) alla documentazione contabile (gli estratti conto periodicamente inviati al cliente).

La sentenza conclude nel senso che la banca non è tenuta a mantenere il possesso di nessuna delle due tipologie di documenti, una volta decorso il termine decennale in cui perdura l'obbligo di conservazione *ex art.* 119, comma 4°, t.u.b.

Per quanto riguarda gli estratti conto, è certamente pacifica la regola secondo cui l'onere della loro produzione in giudizio incombe sul soggetto che intende far valere un proprio diritto di credito desumibile da tale documentazione contabile.

Così, se è la banca ad agire in giudizio per far valere un proprio credito, non è sufficiente la produzione di un semplice saldaconto, ma è onere della banca stessa produrre gli estratti conto fin dall'inizio del rapporto, anche se risalente a più di dieci anni prima della domanda proposta in giudizio.

In mancanza degli estratti conto iniziali, si applica il cosiddetto «principio del saldo zero», vale a dire che il credito della banca si considera pari a zero nel momento da cui partono gli estratti conto effettivamente prodotti, essendo la banca venuta meno all'onere di esibizione e di prova di un saldo iniziale differente dallo zero.

Se è invece il correntista ad agire in giudizio per la restituzione di interessi (anatocistici, usurari o comunque illegittimamente addebitati) o di commissioni o di spese, ricade per intero a suo carico documentare l'addebito ed il conseguente pagamento, senza che egli possa pretendere di ottenere dalla banca l'esibizione di estratti conto risalenti ad oltre dieci anni prima, in mancanza di un obbligo di conservazione.

Il discorso si complica quando a mancare nel fascicolo di causa non sono gli estratti conto, ma la documentazione contrattuale che dovrebbe giustificare gli addebiti contestati dal cliente (in particolare gli addebiti di interessi ultralegali ritenuti illegittimi per la mancanza di un'ideale pattuizione per iscritto *ex art.* 1284, ult. comma, cod. civ.).

Il Tribunale di Ravenna, anche in questo caso, adossa sul cliente l'onere di produrre la documentazione contrattuale in contestazione, una volta decorso il termine di dieci anni di cui all'art. 119, comma 4°, t.u.b., ritenuto applicabile non solo alla documentazione contabile, ma anche a quella negoziale.

Su questo punto la giurisprudenza non è unanime.

Una recente sentenza (APP. MILANO, 22.5.2012, *infra*, sez. III) precisa che la mancata produzione in giudizio del contratto di conto corrente bancario non può essere addebitata al cliente, in quanto la banca sarebbe tenuta alla sua conservazione, anche oltre il limite dei dieci anni, tenuto conto che:

a) il limite temporale di cui all'art. 119, comma 4°, t.u.b. si applicherebbe solo al rilascio di copia della documentazione contabile che, anche secondo il disposto dell'art. 2230 cod. civ., deve essere conservata per dieci anni dalla data dell'ultima registrazione; *b)* il contratto di conto corrente bancario non costituisce documentazione contabile, bensì, ai sensi dell'art. 117, commi 1° e 3°, t.u.b., prova scritta richiesta *ad substantiam* ed a pena di nullità dell'esistenza del rapporto di conto corrente bancario e deve indicare il tasso di interesse ed ogni altro prezzo o condizioni applicate.

Secondo la giurisprudenza appena citata, in difetto di prova scritta in ordine all'esistenza del contratto di conto corrente bancario e, quindi, delle pattuizioni intercorse tra le parti, la banca non avrebbe alcun titolo per addebitare al correntista alcuna somma per interessi, spese o commissioni.

Infatti, il contratto di conto corrente bancario, per sua stessa natura, costituisce la fonte della disciplina dei rapporti obbligatori fra le parti e, come tale, non può essere distrutto decorso il termine di dieci anni dalla sua sottoscrizione, qualora i diritti da esso nascenti non si siano prescritti.

La conclusione appena enunciata pare in effetti condivisibile e, in termini astratti, meno lo è l'affermazione del Tribunale di Ravenna, secondo cui la banca non sarebbe tenuta ad esibire il contratto da cui derivano le proprie pretese laddove queste siano contestate dal cliente (sempre che non si tratti, ovviamente, di contestazioni prescritte).

Effettivamente la documentazione contrattuale legittimante l'addebito di quanto contestato dal cliente costituisce un fatto impeditivo, che la banca ha l'onere di allegare e provare, che fonderebbe un'eccezione di infondatezza nel merito dell'azione di ripetizione di indebito oggettivo svolta dal correntista.

Infatti il cliente, nel lamentare l'addebito di interessi in misura ultralegale assumendoli nulli per la mancanza di una pattuizione scritta, ha il solo onere di dimostrare l'addebito, limitandosi a negare la sussistenza di un titolo idoneo.

L'esistenza di una pattuizione scritta sul tasso di interesse ultralegale applicato diventa allora fatto costitutivo del diritto di credito della banca ed al contempo fatto impeditivo dell'accoglimento della domanda del cliente; è quindi onere della banca

provarlo documentalmente, stante il principio della forma scritta *ad substantiam* che domina la materia dei contratti bancari.

Anche a voler ravvisare nell'azione di nullità della pattuizione riferita al pagamento di interessi ultralegali un'azione di accertamento negativo costituente il presupposto dell'azione di ripetizione svolta dal cliente, la deduzione circa la nullità di una pattuizione, quando dipende dalla mancanza di uno dei requisiti del contratto *ex art. 1325 cod. civ.* (quale la mancanza di forma), costituisce già di per sé la prova dell'assenza di *causa debendi* che l'attore è tenuto a dare.

Ciò anche senza considerare che, recentemente, la giurisprudenza va sempre più affermando il principio secondo cui, nelle azioni di accertamento negativo, l'onere di provare i fatti costitutivi del credito incombe sul convenuto, mentre l'attore assolverebbe ogni suo onere limitandosi a contestare i fatti stessi, salvo dimostrare eventuali fatti impeditivi, modificativi o estintivi del credito stesso.

Quindi appare naturale onerare la banca della prova dell'oggettiva esistenza della fonte contrattuale degli interessi convenzionali addebitati e tale onere deve ritenersi perdurare fino a quando non sia prescritta l'azione di ripetizione fondata sul contratto.

Nel concreto però la soluzione offerta dalla sentenza annotata pare corretta, considerato che gli eredi del correntista avevano agito in giudizio quando il diritto alla ripetizione era ormai prescritto e comunque non avevano affatto dimostrato l'entità delle loro pretese restitutorie, non essendo stati in grado di produrre integralmente gli estratti conto che, soli, avrebbero consentito di ricostruire i reciproci rapporti di dare e avere, laddove – come già detto – la banca non era più tenuta ad avere ed esibire gli estratti conto non prodotti dal cliente, una volta decorso il termine decennale previsto dall'art. 119, comma 4°, t.u.b.

3. LA RILEVANZA DELL'OMESSA CONTESTAZIONE PER ANNI DEGLI ESTRATTI CONTO DA PARTE DEL CLIENTE. È noto il meccanismo di periodico invio al cliente degli estratti conto bancari e le conseguenze connesse alla loro mancata specifica contestazione (a cui dottrina e giurisprudenza attribuiscono natura di *confessione stragiudiziale*).

Una volta approvato (anche tacitamente), l'estratto conto fa piena prova tra le parti (anche in giudizio) dei reciproci rapporti di dare e avere ai sensi dell'art. 1832 cod. civ. È quindi precluso l'accertamento, sotto il profilo contabile, della non conformità delle operazioni annotate ai rapporti obbligatori sottostanti, dovendosi ritenere ammessa la veridicità sia dell'esistenza del rapporto da cui deriva ogni

singolo addebito annotato in conto sia della consistenza pecuniaria di ciascuno di essi.

L'approvazione dell'estratto conto consente in ogni caso al cliente le seguenti contestazioni:

– l'impugnazione ai sensi dell'art. 1832 cod. civ. (esplicitamente richiamato dall'art. 1857 cod. civ., che regola i rapporti bancari in conto corrente) dell'estratto conto per errori materiali e vizi formali (individuati in errori di scritturazione e di calcolo, omissioni o duplicazioni) entro sei mesi dalla ricezione dello stesso;

– l'impugnazione della validità ed efficacia dei contratti e dei rapporti da cui derivano le singole annotazioni, ammessa dall'art. 1827 cod. civ. (norma dettata in tema di conto corrente ordinario, ma ritenuta applicabile anche al rapporto di conto corrente bancario, nonostante il mancato richiamo ad opera dell'art. 1857 cod. civ.).

Restano ovviamente i limiti della prescrizione dell'azione di ripetizione o dell'azione contrattuale di risoluzione del contratto che costituisce il presupposto di ogni annotazione in conto.

La sentenza in esame chiarisce che il principio di buona fede oggettiva può essere utilizzato per impedire contestazioni circa le risultanze degli estratti conto, anche in mancanza di una decadenza o di una prescrizione già maturata.

Essa precisa infatti che è contrario al dovere di correttezza gravante sul cliente eccipire la nullità di clausole in forza delle quali la banca abbia per anni (nel caso esaminato, per decenni) provveduto ad addebitare interessi passivi o altri oneri a carico del correntista, senza che quest'ultimo abbia mai sollevato alcuna contestazione.

L'affermazione muove dal chiaro intento di arginare azioni giudiziali esercitate a molti anni di distanza dalla regolamentazione contabile del rapporto, azioni teoricamente possibili per il solo fatto che la giurisprudenza ritenga in alcuni casi che il termine di prescrizione ordinario decennale dell'azione di ripetizione decorra solo dalla chiusura del rapporto, anziché dal compimento di ogni singola operazione.

Tale esigenza si fa particolarmente sentire dopo che la Corte costituzionale, con la sent. 5.4.2012, n. 78 (*infra*, sez. III), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61°, d.l. 29.12.2010, n. 225, convertito nella l. 26.2.2011, n. 10, (*Conversione in legge, con modificazioni, del d. l. 29 dicembre 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*), il quale faceva decorrere il termine di prescrizione dei diritti nascenti dall'annotazione di operazioni bancarie regolate in conto corrente dal giorno dell'annotazione stessa.

È evidente che il consolidamento del principio se-

condo cui la prescrizione dell'azione di ripetizione di indebito oggettivo decorre solo dalla chiusura del rapporto di conto corrente bancario (non smentita, ma solo precisata anche dalle sez. un. nella più volte ricordata sent. n. 24418/2010, cit.) può portare a dilatare enormemente le possibilità di contestazioni riferite ad operazioni di addebito.

Questo contribuisce certamente a compromettere la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici.

Un temperamento ad una simile incertezza viene individuato dalla sentenza annotata nell'applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, mediante il richiamo alla regola secondo cui il contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, il quale, per lungo tempo, trascuri di esercitarla, generando così in capo alla controparte l'affidamento nell'abbandono della relativa pretesa, è idonea a determinare la perdita della medesima situazione soggettiva.

In senso analogo potrebbe invocarsi il principio del divieto di *venire contra factum proprium* che è stato più volte applicato dalla giurisprudenza per ritenere inammissibili o infondate azioni svolte da chi proponeva domande incompatibili ed in contraddizione con la condotta tenuta in precedenza.

In questa prospettiva il principio è condivisibile, anche se dovrà essere applicato temperando equamente l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici con le regole di impugnazione dei rapporti bancari che si sono sopra riassunte e, soprattutto, con l'inderogabilità delle norme che prevedono nullità di protezione a favore del cliente (inderogabilità rafforzata dopo che l'art. 4 d. legis. 13.8.2010, n. 141, *Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (d. legis. n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*, ne ha previsto la rilevabilità d'ufficio, modificando l'art. 127, comma 2°, t.u.b.).

Certamente la soluzione adottata dalla sentenza in esame potrà condurre a situazioni in cui un cliente si trovi ad essere titolare di un'azione di ripetizione di indebito ancora esperibile perché non ancora prescritta, ma a non poter più contestare gli addebiti (o meglio gli obblighi di pagamento insiti in essi) che costituiscono l'antecedente logico della domanda di restituzione. In tali casi il correntista potrebbe vedere respinta la domanda di ripetizione nel merito, per carenza di uno dei fatti costitutivi dell'azione (l'inesistenza della *causa solvendi*, non più contestabile).

Non pare che una simile situazione possa comportare una qualche violazione del divieto, espresso dall'art. 2936 cod. civ., di derogare convenzionalmente al regime della prescrizione, considerato che

l'art. 2965 cod. civ. consente alle parti di stabilire convenzionalmente termini di decadenza all'esercizio del diritto alla contestazione di rapporti contrattuali, a condizione che non si prevedano termini eccessivamente stringenti, tali da rendere troppo difficile l'esercizio dei diritti ed a condizione che l'accordo non riguardi materia sottratta alla disponibilità delle parti (art. 2968 cod. civ.).

È chiaro che impedire la tardiva contestazione delle risultanze di un rapporto bancario perché contraria al principio di buona fede significa concludere implicitamente per la congruità del periodo di decadenza conseguente alla prolungata inerzia del cliente (ritenendo il principio di buona fede fonte di integrazione del contratto *ex art. 1374 cod. civ.*).

È altrettanto evidente però che, se la prolungata mancanza di contestazioni si riferisce ad addebiti derivanti da clausole nulle per violazione di norme imperative, ad essa non potrà collegarsi alcuna decadenza, ma solo l'eventuale prescrizione dell'azione di ripetizione di indebito se ed in quanto maturata ed excepta dalla banca.

III. I precedenti

1. PRESCRIZIONE DELL'AZIONE DI RIPETIZIONE DERIVANTE DA UN RAPPORTO DI CONTO CORRENTE BANCARIO E RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA. Sulla ripartizione dell'onere della prova nelle azioni di ripetizione di indebito oggettivo si vedano: Cass., 25.1.2011, n. 1734, in *Guida al dir.*, n. 18, 43; Cass., 17.3.2006, n. 5896, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; Cass., 12.7.2005, n. 14597, *ivi*, 2005; Cass., 24.8.1983, n. 5472, in *Mass. Foro it.*, 1983.

Sulla prescrizione dell'azione di ripetizione riferita a versamenti in conti correnti ultradecennali in mancanza della prova, da parte del cliente, dell'esistenza di una formale apertura di credito si vedano: TRIB. MILANO, 15.2.2011, e TRIB. NAPOLI, 20.2.2012, n. 2026, *citt. da TAVORMINA, Sull'applicazione delle Sez. un. n. 14418/2010 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 472, nt. 20.

Sulla decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione di indebito oggettivo nell'ambito dei rapporti di conto corrente bancario si veda Cass., sez. un., 2.12.2010, n. 24418, in questa *Rivista*, 2011, I, 291 ss., con nota del sottoscritto; in *Contratti*, 2011, 221 ss., ed in *Corr. giur.*, 2011, 817 ss.

In senso conforme alla sentenza che si annota TRIB. PESCARA, 20.1.2008, leggibile sul sito *www.studiomarcelli.it*.

Sulla ripartizione dell'onere della prova in tema

di azione revocatoria fallimentare: CASS., 5.12.1996, n. 10848, in *Fall.*, 1997, 805 ss.; CASS., 1° 10.2002, n. 14087, in *Dir. e prat. soc.*, 2003, n. 12, 83 ss.; CASS., 26.2.1999, n. 1672, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 264 ss.

2. LA PROVA DEL CREDITO RESTITUTORIO DEL CLIENTE CHE AGISCE PER LA RIPETIZIONE DI INDEBITO. Precisano che la banca che agisce in giudizio per la riscossione di un proprio credito deve produrre tutti gli estratti conto dall'inizio del rapporto, anche se antecedente il decennio: CASS., 25.11.2010, n. 23974, in *Mass. Giust. civ.*, 2010; TRIB. NAPOLI, 8.1.2009, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 628 ss.; TRIB. CATANIA, 23.5.2008, in *Dir. e giust.*, 2008; TRIB. NUORO, 11.7.2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 708 ss.

Sul principio del «saldo zero» in caso di mancata produzione da parte della banca degli estratti conto iniziali si vedano: TRIB. PESCARA, 18.11.2005, in *Giur. merito*, 2006, 1874; TRIB. GENOVA, 3.6.1996, in *Fall.*, 1997, 208 ss.

Afferma che ricade sul cliente che agisca in giudizio per la ripetizione di interessi produrre gli estratti conto che comprovano l'addebito o il pagamento: TRIB. MANTOVA, 2.2.2009, in *www.ilcaso.it*, sez. I – giur., doc. n. 1776/2009.

Affermano l'ammissibilità dell'ordine di esibizione degli estratti conto ex art. 210 cod. proc. civ.: TRIB. PADOVA, 9.3.2009, in *www.ilcaso.it*, sez. I – giur., doc. n. 1878/2009; TRIB. NAPOLI, 16.10.2007, *ivi*, sez. I – giur., doc. n. 1020/2007; TRIB. LATINA, 19.7.2007, *ivi*, sez. I – giur., doc. n. 987/2007.

Negano invece l'acquisibilità ex art. 210 cod. proc. civ. degli estratti conto: CASS., 24.6.2008, n. 17149, in *Mass. Giust. civ.*, 2008; CASS., 25.5.2004, n. 10043, *ivi*, 2004.

Sulla possibilità di ottenere la consegna di copia della documentazione bancaria ex art. 119 t.u.b. mediante il ricorso ad un provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ.: TRIB. VERONA, 20.10.1988, in *Fall.*, 1989, 834; TRIB. PARMA, 7.4.1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 180 ss.

Sull'ammissibilità del procedimento sommario ex art. 702 bis cod. proc. civ. per ottenere la consegna di documentazione bancaria si veda TRIB. TORINO, 12.4.2010, in *www.ilcaso.it*, sez. I – giur., doc. 2150/2010.

Sull'affermazione secondo cui la mancata produzione in giudizio del contratto di conto corrente bancario non può essere addebitata al cliente che abbia contestato l'illegittimità di addebiti che dovrebbero trovare causa in detto contratto si veda APP. MILANO, 22.5.2012, *ivi*, sez. I – giur., doc. 7591/2012.

Affermano che, nelle azioni di accertamento ne-

gativo, l'onere di provare i fatti costitutivi del credito incombe sul convenuto, mentre l'attore assolverebbe ogni suo onere limitandosi a contestare i fatti stessi: CASS., sez. lav., 18.5.2010, n. 12108, in *Guida al dir.*, 2010, n. 27, 57; CASS., sez. lav., 10.9.2010, n. 19354, in *Mass. Giust. civ.*, 2010; CASS., 10.11.2010, n. 22862, *ibidem*.

Nel senso invece che è onere dell'attore provare l'inesistenza dei fatti costitutivi del credito contestato: CASS., 15.2.2007, n. 3374, in *ivi*, 2007; CASS., 12.9.2005, n. 12963, in *Giust. civ.*, 2006, 365; CASS., 6.8.1997, n. 7282, in *Mass. Giust. civ.*, 1997.

3. LA RILEVANZA DELL'OMESSA CONTESTAZIONE PER ANNI DEGLI ESTRATTI CONTO DA PARTE DEL CLIENTE. Precisa che la rinuncia ad un diritto può presentarsi come tacita e desumersi dal suo prolungato non esercizio (nel caso di specie mancato uso di un marchio) per molti anni da parte del suo titolare (nonché dalla tolleranza consapevole dello stesso titolare del diritto): CASS., 4.5.2009, n. 10218, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 577; CASS., sez. lav., 12.11.1997, n. 11209, in *Mass. Giust. civ.*, 1997.

Richiama i principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. per desumere la perdita di una situazione creditoria o potestativa da un comportamento di prolungata trascuratezza nell'esercizio di quella situazione soggettiva, a prescindere dal fatto che possa configurarsi una rinuncia tacita: CASS., sez. lav., 28.4.2009, n. 9924, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 593; nello stesso senso COLL. ARBITRALE, 9.1.2009, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 31.

In senso contrario: CASS., 2.5.2005, n. 10127, *ivi*, 2005, 163.

Sul divieto di *venire contra factum proprium* si vedano: CASS., 16.3.1999, n. 2315, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 1058 ss., in tema di disconoscimento di paternità: CASS., 11.12.2000, n. 15592, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 198, in tema di impugnazione di bilancio; CASS., 4.9.2004, n. 17888, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2383, sul divieto di comportamenti contraddittori da parte del commissario liquidatore di una liquidazione coatta amministrativa; TRIB. ROMA, 13.7.2004, in *Giust. civ.*, 2004, 1937, il quale ha escluso che potesse sollevare l'eccezione di nullità per difetto di forma un soggetto che, pur inserito nell'intestazione, non aveva sottoscritto un contratto di locazione, ma era rimasto nella detenzione dell'immobile dopo che gli altri conduttori avevano restituito le chiavi.

Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61°, d.l. n. 225/2010, convertito nella l. n. 10/2011, v. CORTE COST., 5.4.2012, n. 78, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 423 ss.

IV. La dottrina

1. PRESCRIZIONE DELL'AZIONE DI RIPETIZIONE DERIVANTE DA UN RAPPORTO DI CONTO CORRENTE BANCARIO E RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA. Sui presupposti dell'azione di ripetizione di indebito oggettivo si vedano: BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, 1994, 793 ss.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, 1993, II, 373 ss.; BIGLIAZZI GERI-BUSNELLI-BRECCIA-NATOLI, *Diritto civile*, III, Utet, 1992, 812 ss.; MOSCATI, voce «Indebito (pagamento dell'»)», in *Enc. del dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, 83 ss.

Afferma che è onere del cliente allegare e provare l'esistenza, alla data del versamento, di un'apertura di credito tale da escludere che il versamento abbia natura solutoria TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sez. un. n. 14418/2010 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 472.

Per un'ampia disamina delle problematiche in tema di prescrizione nei rapporti bancari di conto corrente si vedano: D'AMICO, *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione*, in *Contratti*, 2012, 454 ss.; DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamenti in c/c e diritto vivente dell'anatocismo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 431 ss., spec. ntt. 4 e 9.

Sia consentito il richiamo anche a BONTEMPI, *L'anatocismo torna di attualità*, in questa *Rivista*, 2011, I, 297 ss., e ID., *L'anatocismo bancario alla prova del decreto "mille proroghe"*, *ibidem*, I, 945 ss.

2. LA PROVA DEL CREDITO RESTITUTIVO DEL CLIENTE CHE AGISCE PER LA RIPETIZIONE DI INDEBITO. Sulla ripartizione dell'onere della prova tra cliente e banca e sulle conseguenze della mancata produzione degli estratti conto si veda l'ampia casistica di SERRAO D'AQUINO, *Questioni attuali in ma-*

teria di anatocismo bancario, commissioni di massimo scoperto ed usura, in *Giur. merito*, 2011, 1172 ss.

Precisa che non può essere disposta alcuna acquisizione documentale per la documentazione contabile ultra-decennio, in carenza di violazione di uno specifico obbligo di conservazione posto a carico della banca TRAPUZZANO, *Anatocismo bancario*, in *Giur. merito*, 2010, 561 ss.

Sul problema dell'acquisibilità da parte del cliente degli estratti conto si vedano URBANI, in *Commentario al t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, Cedam, 2012, sub art. 119, 1737 ss.; MATERA, *Diritto sostanziale del cliente alla consegna ed alla comunicazione della documentazione inerente le operazioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, 275 ss.; TARZIA, *Le azioni del curatore fallimentare per acquisire documenti bancari*, *ivi*, 1997, I, 567 ss.; D'ANGELO, *L'ordine di esibizione degli estratti conto, il "diritto alla documentazione" del curatore fallimentare e la sua azione*, in *Giur. comm.*, 1995, 496 ss.

3. LA RILEVANZA DELL'OMESSA CONTESTAZIONE PER ANNI DEGLI ESTRATTI CONTO DA PARTE DEL CLIENTE. Ritiene preclusa l'azione di nullità relativa promossa dal correntista nel caso di tardivo esercizio (anche prima della prescrizione) che abbia ingenerato nella controparte affidamento sul non esercizio di un diritto TAVORMINA, *op. cit.*, 470.

Per un approfondimento del principio del venire *contra factum proprium* si vedano: FESTI, *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»*, Giuffrè, 2007; ASTONNE, *Venire contra factum proprium*, Jovene, 2006.

Sul principio di non contraddizione si vedano: GALLO, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Utet, 2009, 786 ss.; SCARSO, *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 513; ASTONNE, *passim*; FESTI, *passim*.

PAOLO BONTEMPI