



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Giudice della prima sezione civile del Tribunale di Udine, dott.ssa Ilaria Chiarelli, ha pronunciato, ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c., la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile di primo grado iscritta al n° 1291/09 del R.A.C.C. in data 03.03.09, iniziata con atto di citazione promosso

**da**

- **(A)**, con il procuratore e domiciliatario avvocato per mandato a margine dell'atto di citazione,

**attore**

**contro**

- **BANCA**, in persona del procuratore speciale, con il procuratore e domiciliatario avvocato per mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta,

**convenuta**

avente per oggetto: contratti bancari.

Letti gli atti di causa;

viste le conclusioni delle parti, come precisate a verbale all'odierna udienza e da aversi qui per integralmente riportate;

letto l'art. 281 *sexies* c.p.c.

**OSSERVATO CHE**

A ha convenuto in giudizio la Banca, esponendo di essere titolare del conto corrente n. 10156/39.

L'attore aggiungeva di aver sottoscritto, in data 26.11.08, una

richiesta diretta ad ottenere gli estratti conto a scalare relativi agli ultimi 10 anni e che la banca gli aveva chiesto la somma di €. 5.000,00 per evadere l'istanza.

La richiesta era stata, quindi, modificata in semplice domanda di accesso alla documentazione.

La banca non aveva dato riscontro a tale domanda e, con raccomandata 17.02.09, aveva costituito in mora l'attore, recedendo dal contratto di conto corrente e chiedendogli di rientrare dalla scopertura di €. 10.446,69 entro 5 giorni.

La difesa attorea, lamentava che, nel corso del rapporto, la banca aveva probabilmente addebitato all'attore interessi ultralegali, spese e commissioni non concordate, nonché la commissione di massimo scoperto, capitalizzata trimestralmente.

Chiedeva, quindi, che venisse rideterminato il debito dell'attore, applicando gli interessi legali, depurando il conto da eventuali interessi usurari, dalla commissione di massimo scoperto e dalle capitalizzazioni trimestrali.

La banca convenuta si costituiva in giudizio, replicando che il correntista non aveva mai contestato gli estratti conto inviati periodicamente, con ciò tacitamente approvando le appostazioni e le condizioni regolatrici in essi contenute.

In data 16.10.03 il correntista aveva, poi, provveduto a rinegoziare le condizioni economiche degli affidamenti ad esso concessi, senza nulla eccepire in relazione al pregresso andamento del rapporto.

La causa era istruita sia documentalmente, sia mediante CTU.

Reputa questo giudice che la domanda di ripetizione di indebito svolta dall'attore sia fondata nei termini e con i limiti che si andranno ad esporre.

Le questioni sottoposte all'esame del Giudice sono molteplici e

saranno esaminate singolarmente.

Va subito evidenziato come sia pacifico, oltre che documentalmente provato, che tra l'attore e la convenuta sia stato concluso in data 14.01.1991, un contratto di conto corrente n. 10156-39.

Il rapporto di conto corrente, che al momento dell'estinzione presentava un saldo passivo di €. 10.446,69, è stato definitivamente chiuso il 17.02.09, con recesso da parte della banca (doc. 7 attore).

Va subito precisato, in quanto rilevante ai fini della decisione, che nel contratto risulta chiaramente che le parti avevano convenuto che i loro rapporti sarebbero stati *“regolati dalle norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi registrate a Padova il 18.08.88 al n. 10140 atti privati e riportate nell'opuscolo che ci avete cortesemente consegnato”*.

Pertanto il primo contratto è stato concluso anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 154/1992 (entrata in vigore il 9.7.1992).

In ogni caso per il periodo qui in contestazione (ossia da febbraio 1999 in avanti, dieci anni anteriori alla prima messa in mora), dalla CTU risulta che la banca ha sempre comunicato al cliente sia i tassi applicati (v. rinvio ai fogli analitici disponibili presenti presso le dipendenze dell'istituto di credito), sia le variazioni apportate ai tassi stessi (la circostanza non è stata contestata nel corso del rapporto e, dunque, è da considerarsi provata in via presuntiva – Cass. Civ. 2262/1984) con gli estratti conto e con le ulteriori modalità di pubblicità previste dalla normativa sulla trasparenza bancaria (quali l'affissione nei locali della banca o la divulgazione a mezzo pubblicazione) e ciò rende pretestuosa ed infondata ogni contestazione sul punto.

Destituita di fondamento risulta, pertanto, la pretesa dell'attore di voler applicare il criterio sostitutivo di cui all'art. 5 L. 154/1992 a

fronte di interessi ultralegali convenuti espressamente in forma scritta dalle parti.

Si deve anche rimarcare poi, quanto ai tassi usurari, che il C.T.U. ha accertato – sulla base delle metodologie di calcolo indicate nelle proprie Circolari dalla Banca d'Italia - che solo per il trimestre al 31.03.05 è stato superato, nel periodo in contestazione, il tasso soglia indicato dalla normativa antiusura, con conseguente necessità di applicare per quel trimestre gli interessi al tasso legale.

Ai fini dell'accertamento in esame, non può non aversi riguardo alle Istruzioni della Banca D'Italia stabilite per la rilevazione dei tassi medi ai fini dell'applicazione della legge sull'usura.

Ogni diversa metodologia di calcolo non è, infatti, condivisibile per quanto di seguito esposto.

Infatti l'art. 2 L. n. 108/1996 demanda al Ministro del Tesoro (*“sentiti la Banca D'Italia e L'Ufficio Italiano Cambi”*) la rilevazione dei tassi di interesse medi praticati: il tasso usurario si determina, infatti, in base alla legge, aumentando della metà i tassi rilevati.

Il compito di procedere alla rilevazione è stato, quindi, attribuito alla Banca D'Italia ed all'Ufficio Italiano Cambi con D.M. 23.9.1996 (G.U. n. 226 del 26.9.1996).

Tutti i D.M. di rilevazione dei Taeg emessi trimestralmente ai sensi dell'art. 2 della L. n. 108/1996 stabiliscono che le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto dei limiti di cui all'art. 2 comma 4 L. n. 108/1996, si devono attenere ai criteri di calcolo delle *“Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia e dall'UIC”*.

La L. n.108/1996 comprende, dunque, non solo il dato di raffronto, ma anche il metodo per calcolare il TEGM, con la conseguenza che,

per accertare se sia stato in concreto violato il tasso usurario, non può prescindere da tali istruzioni.

Infatti il raffronto tra le singole concrete operazioni ed il Taeg medio può avvenire solo tra dati (cioè tassi) omogenei: ciò significa, nello specifico, che si debba trattare non soltanto di dati riguardanti la medesima categoria di operazioni, ma anche calcolati includendovi le medesime voci (cioè oltre agli interessi anche gli oneri e spese accessorie) secondo la medesima formula matematica.

L'art. 2 della L. cit. finisce, quindi, per demandare, sia pure implicitamente, all'autorità amministrativa il potere di effettuare anche tutte le precisazioni e scelte, in un certo senso preliminari e in qualche modo necessarie, per conseguire il risultato dell'individuazione dei tassi di raffronto.

Le rilevazioni vengono, quindi, effettuate sulla base delle istruzioni della Banca D'Italia in cui si indicano quali voci vadano escluse e quali incluse dal calcolo del tasso, operazione questa necessaria e legittima posto che, sulla base dell'art. 644 comma IV c.p., per la determinazione del tasso di interesse usurario, deve tenersi conto esclusivamente dei costi *“collegati all'erogazione del credito”*.

Tutti i D.M. trimestralmente emessi per la rilevazione del tasso sull'usura stabiliscono che *“I tassi non sono comprensivi della commissione di massimo scoperto eventualmente praticata. La percentuale media della commissione di massimo scoperto rilevata nel trimestre di riferimento è riportata separatamente in nota alla tabella”*.

Venendo allo specifico, la soluzione adottata di non far rientrare la voce C.M.S. nel calcolo del TEG e di computarla separatamente è coerente con la natura della C.M.S. che, nella tecnica bancaria, viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per

compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto.

Tale prestazione consiste nel dover tenere a disposizione del cliente una certa giacenza liquida per potergli permettere in qualsiasi momento l'utilizzo dell'intero fido e si traduce in maggiori costi di gestione della tesoreria, a compenso dei quali le banche chiedono appunto la corresponsione della C.M.S.

Alla costruzione della commissione di massimo scoperto come un interesse si oppone la circostanza che la stessa non si calcola in funzione del tempo, non cresce cioè in ragione del periodo di utilizzo delle somme; al contrario, gli interessi aumentano in modo direttamente proporzionale al tempo.

La somma percepita a titolo di C.M.S. è, infatti, determinata in funzione esclusiva del picco di utilizzo ed il tempo rileva esclusivamente per individuare il picco, restando invece ininfluente la quantità e la durata dell'utilizzo, che sono, invece, alla base del calcolo degli interessi.

La Cassazione ha definito la commissione di massimo scoperto come la remunerazione accordata alla Banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma.

La C.M.S. non viene, dunque, considerata né un interesse, né un accessorio dell'interesse, in quanto l'interesse compensativo è il corrispettivo del godimento del denaro altrui e, dunque, non può che far riferimento, giorno per giorno, al capitale effettivamente prestato dalla banca al cliente.

Conseguentemente - non costituendo detta voce un interesse in senso proprio, trovando titolo in una diversa causa ed essendo

sottoposta ad un metodologia di calcolo diversa da quella applicata per gli interessi, data la diversa funzione e natura - la Banca d'Italia ha ritenuto di non far rientrare tale voce nel calcolo del TEG e di pubblicarla a parte, espressa in termini percentuali, come dalle rilevazioni, pubblicate trimestralmente, che prevedono l'individuazione di un tasso di interesse "soglia" e di una "C.M.S. soglia".

Tuttavia la circostanza che la Commissione di Massimo scoperto sia soggetta a "*separato computo*" non comporta affatto che sia irrilevante ai fini dell'accertamento dell'usurarietà del rapporto, posto che al stessa si inserisce nell'ambito di quegli ulteriori vantaggi ed utilità cui fa riferimento l'art. 644 c.p..

Con propria nota n. 1166966 del 2.12.2005, la Banca D'Italia ha infatti evidenziato che l'usurarietà del rapporto va desunta dalla valutazione complessiva delle condizioni applicate, sicché scostamenti dalla percentuale media potrebbero avere rilevanza penale.

In particolare, l'impatto della C.M.S dovrà essere valutato secondo lo schema operativo contenuto nella suddetta nota: pertanto, nel caso in cui sia stata superato il tasso soglia C.M.S., va accertato se l'eccedente importo di C.M.S. applicata superi il margine di interessi disponibile, che è dato dalla differenza tra l'importo massimo che la banca avrebbe potuto percepire nel caso avesse applicato il tasso soglia (rimanendo nei limiti di legge) e l'importo effettivamente percepito (margine interessi disponibile entro legge, se di segno positivo; margine di interesse usurario, se di segno negativo).

Solo ove l'eccedente importo di C.M.S. applicata superi il margine di interessi disponibile si può sostenere che gli interessi, le commissioni e gli oneri, se considerati nella loro totalità,

sopravanzano il limite di cui all'art. 2 comma 4 L. 108/1996 e sono dunque da ritenere usurari ai sensi dell'art. 644 c.p..

Tale soluzione appare pienamente legittima, posto che risulta coerente con il dato normativo di riferimento, tenendo giustamente conto, entro limiti ben definiti e con criteri analiticamente determinati, della C.M.S. quale ulteriore vantaggio ed utilità percepito dalla banca distinto dunque dagli interessi, salvaguardando al contempo l'esigenza (che legittima il separato computo dalla C.M.S.) di evitare disparità nelle condizioni negoziali tra i contraenti.

Come si è detto le C.S.M. non hanno natura di interessi, ma hanno natura autonoma di corrispettivo, sicché, con riferimento a tale voce, non è applicabile, il principio della necessità di forma scritta ab substantiam di cui all'art. 1284 c.c..

Considerata l'epoca di conclusione, il primo contratto non è sottoposto alla normativa sulla trasparenza delle operazioni bancarie, che è intervenuta in epoca successiva, in quanto il principio della irretroattività della legge (art. 11 disp. prel. c.c.) *"preclude l'applicazione della nuova normativa non soltanto ai rapporti giuridici già esauriti ma anche a quelli sorti anteriormente ed ancora in vita qualora gli effetti sostanziali scaturenti da detta normativa siano eziologicamente collegati ad un fattore causale non previsto da quella precedente"* (Cass. Civ. 10436/2002; 8697/2002).

Pertanto nel contratto sottoscritto in data 16.10.03 era espressamente convenuta l'applicazione a favore della banca di commissioni di massimo scoperto su base annua pari a 0,625.

In mancanza di norme di natura imperativa - come quella in materia di interessi debitori di cui all'art. 1284 c.c. - che all'epoca della instaurazione del rapporto prevedessero, per la pattuizioni di

commissioni di massimo scoperto, la necessità di forma scritta ad substantiam, risulta inapplicabile il principio, valido invece in materia di interessi ultralegali non convenuti in forma scritta, delle inefficacia della ratifica *ex post*, essendo, invece, sempre possibile in questo campo anche un'approvazione successiva dei compensi che la banca si sia attribuita nel corso del rapporto a titolo di C.M.S.

Si osserva, pertanto, che - come si è già evidenziato in precedenza – risulta provato – anche in via presuntiva, stante l'assenza di contestazioni nel corso del rapporto - che il cliente ha ricevuto regolare comunicazione dalla banca delle variazioni delle C.M.S. avendo ricevuto gli estratti conto.

La mancata opposizione agli estratti conto implica, pertanto, accettazione (art. 32 lett. g) L. 141/1938; art. 8 L. 154/1992; art. 119 D.lgs. 385/1993); infatti l'applicazione al rapporto in esame di commissioni di massimo scoperto non costituisce - per quanto innanzi evidenziato e contrariamente a quanto vale con riguardo agli interessi ultralegali - causa di nullità invalidità od inefficacia del contratto.

Con riferimento allo *ius variandi* si osserva che non è nemmeno contestato che la banca, dopo l'entrata in vigore delle relative disposizioni, abbia disatteso gli obblighi di pubblicità nei propri locali o nelle altre forme di comunicazione stabilite dal CICR ai sensi degli artt. 118 e 119 D. lgs. 385/1993 (e prima prescritte dall'art. 4 L. 154/1992).

In una recente pronuncia la Corte di Cassazione ha statuito che, a prescindere dalla natura della C.M.S. – tanto cioè che si ritenga essere la stessa un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi, quanto che abbia funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente una determinata somma di denaro

per un determinato periodo di tempo - su tale voce non sia comunque dovuta la capitalizzazione trimestrale: infatti “se la natura della C.M.S. è assimilabile a quella degli interessi passivi le clausole anatocistiche pattuite nel regime anteriore all’entrata in vigore della L. 154/1992, sono nulle secondo la più recente giurisprudenza di legittimità ...; se invece è un corrispettivo autonomo dagli interessi, non è ad esso estensibile la disciplina dell’anatocismo prevista dall’art. 1283 c.c. espressamente per gli interessi scaduti” (Cass. Civ. 11772/2002).

Nella fattispecie concreta in esame, tuttavia, fra le parti era stata espressamente concordato nel 2003 (con efficacia sanante per il pregresso) che il tasso della commissione fosse computato su base annua, quindi alla chiusura annuale del conto la commissione dovuta relativamente a quell’anno entrava a far parte del capitale, sicchè appare corretto il conteggio effettuato dal CTU che, eliminando la capitalizzazione trimestrale della CMS ed effettuando la capitalizzazione annuale, ha accertato una differenza a favore del correntista pari ad €. 3.638,72.

Le ulteriori contestazioni dell’attore su altri diversi profili del rapporto contrattuale, per la loro assoluta genericità, difettano dei requisiti minimi per poter ritenere validamente introdotta la relativa domanda ed hanno reso impossibile qualsiasi verifica, anche a mezzo di C.T.U.

È il caso della applicazione di commissioni e spese “*non preventivamente concordate e comunque non dovute*”, di cui non sono state indicate la natura, né le ragioni della pretesa non debenza.

Parimenti non si è proceduto alla verifica della capitalizzazione trimestrale degli interessi, perchè nella citazione (v. pag. 3) la parte

attrice ha chiaramente sollevato solo tre ordini di doglianze: 1) l'applicazione di interessi passivi ultralegali ex art. 1284 c.c. (senza alcun riferimento all'anatocismo); 2) l'addebito di spese e commissioni non concordate; 3) il conteggio della commissione di massimo scoperto e della sua capitalizzazione.

L'attenzione dell'attore, dunque, si è concentrata sulla applicazione di interessi ad un tasso non concordato e/o usurario e nella CMS (oltre che di altre commissioni e spese non meglio precisate) con relativa capitalizzazione.

Va evidenziato che la mancanza di sufficiente documentazione non può comunque costituire elemento idoneo a riverberare effetti negativi sul piano della decisione per la convenuta, atteso che, trattandosi di azione di accertamento negativo, ricade interamente sull'attore l'onere di provare, oltre al fatto materiale del pagamento effettuato (cioè gli addebiti asseritamente illegittimamente effettuati dalla banca nel periodo controverso), l'inesistenza del vincolo giuridico idoneo a giustificarlo ovvero il successivo venir meno della causa debendi, nonché l'eccedenza fra quanto pagato e quanto effettivamente dovuto.

Tra l'altro, decorso il termine decennale, la banca non ha più alcun onere di conservazione della documentazione relativa al rapporto con il correntista e tale difetto di prova non può che riverberarsi a danno della parte sulla quale gravava il relativo onere, ossia sull'attore, il quale non può che imputare a sè stesso il difetto di conservazione delle scritture che avrebbero potuto provare la fondatezza delle pretese azionate.

Solo ad abundantiam, poi, si evidenzia che a partire dall'aprile 2000 la banca ha applicato uguale capitalizzazione periodica per gli interessi debitori e creditori, sicchè l'incidenza della capitalizzazione

trimestrale per un periodo di soli 10 mesi (da febbraio 1999 ad aprile 2000) appare talmente trascurabile da non giustificare un ulteriore approfondimento peritale.

Venendo alla quantificazione delle somme che l'attore avrebbe corrisposto in più alla banca, si osserva che dalla relazione del C.T.U. risulta che per il trimestre al 31.03.05 la banca ha applicato interessi passivi superiori ai tassi soglia e che per effetto dell'applicazione di tassi legali in luogo di quelli usurari deve essere restituita all'attore la somma di €. 221,75.

Per effetto della capitalizzazione annuale e non trimestrale della CMS all'attore è dovuta, inoltre, la restituzione dell'importo di €. 3.638,72.

Ne discende che si deve ritenere accertato che l'importo dovuto dall'attore alla convenuta alla chiusura del rapporto di conto corrente non era pari ad €. 10.783,17 (comprensivo delle competenze del trimestre al 30.06.09) come risulterebbe dall'estratto conto, bensì €. 6.922,70 oltre interessi legali dal 01.07.09.

Stante la complessità e la controvertibilità delle questione trattate e considerato, altresì, l'esito del giudizio, che ha visto l'attore parzialmente soccombente sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di causa

Le spese della C.T.U., già liquidate provvisoriamente in corso di causa, vanno definitivamente poste a carico delle parti in ragione di metà ciascuna.

#### **P. Q. M.**

Il Giudice, ogni diversa domanda ed eccezione reiette ed ogni ulteriore deduzione disattesa, definitivamente pronunciando,

- 1) accerta e dichiara che la parte convenuta ha illegittimamente applicato sul c/c 10156-39 la capitalizzazione trimestrale

anzichè annuale della commissione di massimo scoperto;

- 2) accerta e dichiara che la parte convenuta ha illegittimamente applicato sul c/c 10156-39 interessi ad un tasso superiore al tasso soglia legale per il trimestre al 31.03.05;
- 3) accerta e dichiara che il debito dell'attore nei confronti della convenuta con riferimento al c/c 10156-39 ammonta ad €. 6.922,70 oltre interessi legali dal 01.07.2009
- 4) compensa integralmente fra le parti le spese del presente giudizio;
- 5) pone in via definitiva a carico di entrambe le parti in ragione di metà ciascuna le spese di CTU, come già liquidate in corso di causa.

Così deciso in Udine, il 05.03.13.

Il Giudice

- Dott.ssa Ilaria Chiarelli -