

**FONDAZIONE
DELL'AVVOCATURA TORINESE
FULVIO CROCE**

**Il contenzioso bancario
alla luce delle recenti novità normative
e della sentenza
della Corte Costituzionale n. 78/2012**

**RELATORE:
Dott. Giovanni LIBERATI**

Torino, 13 settembre 2012

1. Premessa.

Desidero innanzitutto ringraziare la Fondazione dell'Avvocatura Torinese Fulvio Croce per l'invito a partecipare a questo convegno.

In verità sono qui soprattutto come sostituto dei miei colleghi della sesta sezione civile del nostro tribunale, che per evidenti ragioni di opportunità, occupandosi quotidianamente di queste materie, hanno ritenuto opportuno non esprimersi su questioni sulle quali debbono esprimersi quotidianamente nei provvedimenti che emettono.

Anche io, però, vorrei attenermi a questa regola, e quindi, ovviamente, non parlerò di processi in corso o di questioni che dobbiamo ancora risolvere, ma mi limiterò ad accennare ad alcune di quelle che sono già state affrontate e risolte dal nostro tribunale.

In particolare vorrei riferire, limitandomi, però, per ragioni di tempo, a quanto è stato ritenuto a proposito della nozione di commissione di massimo scoperto e delle nuove commissioni bancarie, del criterio di calcolo del cosiddetto tasso effettivo globale (TEG), dell'orientamento adottato dal tribunale a seguito della sentenza della corte costituzionale numero 78 del 2012 che dà il titolo a questo convegno, soprattutto per quello che riguarda la decorrenza della prescrizione.

2. La nozione di commissione di massimo scoperto fatta propria dal tribunale nella ordinanza 27 maggio 2010.

Ho dovuto, confesso con non troppo entusiasmo, avvicinarmi nuovamente alla materia delle commissioni bancarie avendo fatto parte del collegio che ha deciso la azione di classe proposta in relazione a commissioni applicate ad un correntista di Intesa SanPaolo

Mi pare di poter parlare di questo provvedimento perché, come è noto, è ultimamente divenuto con certezza definitivo, in quanto l'ordinanza del tribunale di Torino è stata confermata, sia pure con diverse motivazioni, dalla corte d'appello di Torino, ed il ricorso per cassazione che è stato proposto avverso tale ordinanza è stato di recente dichiarato inammissibile dalla corte di cassazione.

In quel giudizio, proposto da un consumatore in relazione alle nuove commissioni bancarie applicate dalla banca in luogo della commissione di massimo scoperto, modificando unilateralmente la disciplina contrattuale ai sensi dell'articolo 118 del testo unico bancario, il tribunale ha innanzitutto affrontato la questione della definizione della commissione di massimo scoperto.

Al riguardo il tribunale ha evidenziato come l'articolo 2 bis della legge 2/09 ha, in primo luogo, vietato la commissione di massimo scoperto, usualmente presente tra le condizioni generali di contratto adottate dalle banche nei confronti dei propri correntisti, colpendola con la sanzione di nullità, senza tuttavia definirne il contenuto, su cui esisteva in dottrina ed in giurisprudenza un ampio dibattito.

Come noto si discuteva soprattutto se tale commissione costituisse il corrispettivo della messa a disposizione del cliente affidato da parte della banca della provvista oggetto dell'apertura di credito (così cassazione 18 gennaio 2006 numero 870, in motivazione), o se invece essa dipendesse dell'effettivo utilizzo di tale provvista.

Il tribunale ha ritenuto di fare riferimento alla nozione accolta dalla Banca d'Italia nelle istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura, aggiornamento febbraio 2006, in Gazzetta Ufficiale, serie generale numero 74, secondo cui la commissione di massimo scoperto "nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione dell'utilizzo dello scoperto di conto. Tale compenso viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni e viene calcolato sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento".

Il tribunale ha inoltre evidenziato come, secondo tutti i commentatori, la commissione di massimo scoperto, quale che sia la sua natura, nella prassi bancaria presuppone che il saldo del conto corrente debba risultare a debito per un certo numero di giorni e viene applicata in misura percentuale secca sul massimo saldo debitore del periodo di riferimento, quale che sia stata la durata dell'utilizzo.

Muovendo da questa premessa, circa la natura della "vecchia" commissione di massimo scoperto, il tribunale ha poi esaminato le nuove commissioni o compensi introdotti dalla banca convenuta in sostituzione della commissione di massimo scoperto rilevando come le stesse non costituissero una modifica soltanto terminologica della disciplina contrattuale, sulla base del rilievo che tali commissioni non si applicavano sul saldo massimo debitore in misura percentuale secca.

La successiva indagine sulle nuove commissioni bancarie esula, però, dall'oggetto di questo incontro e mi asterrò dal commentarla, anche perché costituisce invece l'oggetto dell'azione di classe attualmente pendente innanzi a questo tribunale nei confronti della

Banca intesa San Paolo, che è stata dichiarata ammissibile e dovrà, con tutta probabilità, essere decisa nel merito.

Per concludere su questo punto evidenzio che la corte d'appello di Torino nel confermare tale decisione, sia pure con diversa motivazione su punto che qui non rileva, ha fatto propria tale interpretazione della nozione di commissione di massimo scoperto.

3. Ancora a proposito della commissione di massimo scoperto: le questioni di nullità della relativa clausola.

Sempre a proposito della commissione di massimo scoperto, tralasciando, come accennato, le questioni che riguardano le nuove commissioni bancarie, vorrei riferire l'orientamento adottato dal tribunale, proprio in una recente sentenza della sesta sezione civile del 20 aprile 2012, resa nella causa numero 14.404 del 2010, a proposito della nullità della clausola di massimo scoperto per indeterminatezza dell'oggetto ed assenza di fondamento causale.

Il tribunale ha ritenuto infondate entrambe tali eccezioni, ritenendo che le clausole aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto, quando consentono di determinare aritmeticamente la somma dovuta a titolo di commissione, siano valide, sulla base del rilievo che la difficoltà di calcolo non determina di per sé indeterminabilità dell'oggetto della clausola.

Quanto al rilievo secondo cui se la commissione in esame assolvere alla funzione di remunerare l'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un dato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, quanto pagato a tale titolo sarebbe comunque privo di giustificazione causale, il tribunale ha ritenuto che una conclusione di tal genere dovrebbe muovere da un presupposto erroneo e cioè da una valutazione frazionata - clausola per clausola - dell'assetto sinallagmatico del contratto.

Ha ritenuto, infatti il tribunale che la singola clausola di un rapporto articolato, avulsa dal contesto complessivo, può non trovare di per sé idoneo sostegno causale, mentre la causa, sia intesa come funzione economico-sociale del contratto, sia intesa come funzione economico-individuale dell'operazione, non può essere intesa ed esaminata che in relazione al negozio nel suo complesso, se non, addirittura nel collegamento funzionale di più contratti.

In tale prospettiva anche la commissione di massimo scoperto acquisisce una sua valenza causale, quale componente complessiva del costo del finanziamento, sotto il profilo dell'intensità di utilizzo della provvista disponibile.

4. I criteri di determinazione del TEG: in particolare l'inclusione della commissione di massimo scoperto.

Continuando ad affrontare, sempre in estrema sintesi e allo scopo di evidenziare solamente alcune delle questioni su cui è intervenuto il tribunale da segnalare quale oggetto di riflessione ed approfondimento, l'incidenza ed il rilievo della commissione di massimo scoperto, mi sembra importante evidenziare la posizione adottata (sia pure incidentalmente) dal tribunale a proposito della inclusione della commissione di massimo scoperto nel tasso effettivo globale (TEG).

Il tribunale ha, al riguardo, incidentalmente (essendo priva di rilievo pratico la questione nella controversia per altre ragioni), affermato, sulla base delle direttive della Banca d'Italia vigenti all'epoca della controversia, e cioè fino al 2009, che dovrebbe ritenersi corretta la condotta della banca conforme a tali direttive, secondo cui, come accennato, la commissione di massimo scoperto non dovrebbe essere inclusa nel tasso effettivo globale.

La eventuale ritenuta illegittimità delle prescrizioni dell'organo di vigilanza non potrebbe, poi, ex post essere addossata alla banca, dalla quale non si sarebbe potuto pretendere di disattendere quanto stabilito – a torto o a ragione ma, certamente, in modo non manifestamente illegittimo - dall'organo di vigilanza.

Deve, al riguardo, segnalarsi come in due sentenze penali la corte di cassazione abbia, invece, ritenuto che la commissione di massimo scoperto, sia pure allo scopo di determinare il tasso d'interesse usurario ai sensi dell'articolo 644 codice penale, debba essere considerata rilevante.

Si tratta della sentenza numero 12028 del 26 marzo 2010 della seconda sezione penale della corte di cassazione e della sentenza numero 46669 del 23 novembre 2011 della medesima sezione penale della corte di cassazione.

In particolare nella prima di tali sentenze la corte ha ritenuto che il chiaro tenore letterale del quarto comma dell'articolo 644 codice penale (secondo cui per la determinazione del tasso d'interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito) impone di considerare rilevanti, al fine della

determinazione della fattispecie di usura, tutti gli oneri che un utente supporti in connessione con il suo uso del credito.

Tra essi rientra indubbiamente la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo indiscutibilmente collegato all'erogazione del credito, giacché ricorre tutte le volte in cui il cliente utilizza concretamente lo scoperto di conto corrente, e funge da corrispettivo per l'onere, a cui l'intermediario finanziario si sottopone, di procurarsi la necessaria provvista di liquidità e tenerla a disposizione del cliente.

Con la conseguenza che, ad avviso della corte, nella determinazione del tasso effettivo globale praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto ove praticata.

A tale conclusione la corte è pervenuta ritenendo illegittimo il metodo di rilevazione adottato dalla Banca d'Italia fino al 2009, e ritenendo che tale interpretazione sia avvalorata dalla normativa successivamente intervenuta in materia di contratti bancari, recepita dalla Banca d'Italia nell'agosto del 2009, le cui nuove istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura indicano tra le voci da comprendere nel calcolo anche la commissione di massimo scoperto, laddove applicabile secondo le disposizioni di legge vigenti.

Sia pure incidentalmente, inoltre, la corte, oltre che nella fattispecie dell'usura ha anche statuito che la commissione di massimo scoperto rientra fra gli oneri che devono essere presi in considerazione per il calcolo del tasso effettivo globale (TEG).

Ancora più chiara, nel disattendere le indicazioni della Banca d'Italia, risulta la successiva sentenza del 23 novembre 2011, che, tra le altre cose, ha proprio affermato il principio secondo cui:

"anche la commissione di massimo scoperto deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario tutti gli oneri che l'utente supporti in relazione all'utilizzo del credito e ciò indipendentemente dalle istruzioni o dalle direttive della Banca d'Italia, nelle quali si prevede che la commissione di massimo scoperto non debba essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale, traducendosi questa interpretazione in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari".

In entrambe le sentenze penali si affronta poi l'incidenza, sia sotto il profilo oggettivo (della sussistenza del reato) sia sotto quello soggettivo (del relativo elemento

psicologico) delle istruzioni e delle circolari della Banca d'Italia, affermandosi che poiché le circolari e le istruzioni della Banca d'Italia non rappresentano una fonte di diritti e di obblighi, sotto il profilo dell'elemento oggettivo non può essere esclusa la sussistenza del reato di cui all'articolo 644 codice penale nell'ipotesi in cui gli istituti bancari si conformino ad una erronea interpretazione contenuta in una circolare della Banca d'Italia; tuttavia la prima delle sentenze che ho citato della corte di cassazione ha escluso la sussistenza dell'elemento psicologico del reato in capo ai funzionari di banca, escludendo la sussistenza della consapevolezza e della volontà di porre in essere una condotta usuraria.

Ora, l'approfondimento di questi temi esula un poco dall'oggetto di questo incontro e, soprattutto, non vi è il tempo per tentare una conciliazione tra quanto affermato dai giudici penali e quanto rileva nei giudizi civili.

Tuttavia mi sembra rilevante segnalare questo orientamento, che mi pare univoco, della cassazione penale, ed il diverso orientamento, sia pur abbozzato, del nostro tribunale, a proposito del criterio di calcolo del TEG e della inclusione nello stesso della commissione di massimo scoperto.

5. I criteri di determinazione del TEG: in particolare l'inclusione degli interessi capitalizzati.

Sempre a proposito del tasso effettivo globale (TEG) mi pare importante ricordare l'interpretazione adottata nella medesima che sentenza del 20 aprile 2012 della sesta sezione civile del nostro tribunale a proposito della inclusione nello stesso degli interessi capitalizzati.

Al riguardo il tribunale ha ritenuto che la capitalizzazione degli interessi passivi non possa essere considerata ai fini del computo del cosiddetto tasso soglia, e ciò perché mediante tale ricapitalizzazione (che com'è noto è legittima dopo la delibera CICR del 2000) il debito da interesse passivo viene inglobato nel capitale, così mutando di regime giuridico, da obbligazione accessoria di interessi ad obbligazione principale per sorte capitale.

In ragione di ciò l'interesse capitalizzato non può, a giudizio del tribunale, essere computato di per se nel tasso di interesse usurario, neppure nella dizione onnicomprensiva dell'articolo 644 del codice penale cui si è riferita la corte di cassazione nelle sentenze che ho citato prima, in quanto per effetto della

capitalizzazione una certa misura di interessi viene tramutata in sorte capitale, con la conseguente trasformazione di un'obbligazione accessoria in obbligazione principale.

Da ciò il tribunale fa discendere la conseguenza della esclusione della computabilità dell'interesse passivo capitalizzato fra le voci di costo periodico del finanziamento per il periodo successivo alla intervenuta capitalizzazione, sulla base del rilievo che una volta capitalizzato l'interesse, appunto non è più tale.

Il tribunale ha avvalorato tale considerazione sulla base della formula di computo del tasso effettivo globale (TEG), spiegando che così come in tale formula gli interessi sugli interessi maturati nei trimestri precedenti debbono essere ricompresi nel numeratore allo stesso modo gli interessi maturati e capitalizzati non possono essere espunti dal denominatore, dovendo essere aggiunti al capitale originario, giacché altrimenti si raffronterebbero dati non omogenei tra loro (il numeratore ricomprendente gli interessi sugli interessi e il denominatore che non li comprenderebbe).

A proposito, poi, della formula di calcolo del tasso effettivo globale e della sua interpretazione potrà, molto meglio di me, chiarire ogni dubbio il professor QUATTROCCHIO, che ci intratterrà tra poco credo anche su questi aspetti.

6. La decorrenza della prescrizione a seguito della sentenza 78 del 2012 della Corte Costituzionale.

Infine solo un breve accenno, per non invadere il campo degli altri relatori, alla sentenza della corte costituzionale numero 78 del 2012, che dà il titolo a questo convegno, e quindi anche introdurlo.

Come noto con questa sentenza la corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 61, del cosiddetto decreto milleproroghe.

Ha ritenuto in particolare la Corte che tale norma, con la sua efficacia retroattiva, fosse lesiva in primo luogo del canone generale di ragionevolezza delle norme (articolo 3 della costituzione) rilevando come tale norma sia intervenuta sull'articolo 2935 del codice civile in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, perché, in materia di decorrenza del termine di prescrizione relativo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, a parte un indirizzo del tutto minoritario della giurisprudenza di merito, si era ormai formato un orientamento maggioritario della giurisprudenza, che aveva trovato riscontro in sede di legittimità ed aveva condotto ad individuare nella chiusura del rapporto contrattuale o dal pagamento cosiddetto solutorio il dies a quo per il decorso del suddetto termine.

Inoltre la corte ha ritenuto violato anche il parametro costituito dall'articolo 117, primo comma, della costituzione, in relazione all'articolo 6 della convenzione europea, come interpretato dalla corte di Strasburgo, non essendo ravvisabili motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare l'effetto retroattivo della norma interpretativa.

La corte ha, dunque, come noto, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2 comma 61 del decreto-legge numero 225 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge numero 10 del 2011 (come introdotto dalla legge di conversione).

Dunque, a seguito di questo intervento della corte costituzionale, la questione della determinazione del dies a quo della decorrenza del termine di prescrizione è stata, sostanzialmente, rimessa all'interpretazione giurisprudenziale.

Non può, quindi, non farsi riferimento, e così ha fatto il tribunale di Torino nella sentenza del 20 aprile 2012 che ho già citato, alla sentenza delle sezioni unite, numero 24.418 del 2010, alla quale si era espressamente riferita anche la stessa corte costituzionale, che aveva risolto le questioni interpretative che si erano poste al riguardo.

Ora, in estrema sintesi, trattandosi di pronuncia assai nota, tale sentenza delle sezioni unite ha affermato la decorrenza del termine decennale di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato a far tempo dalla chiusura del rapporto di conto corrente, fatta eccezione per le rimesse aventi natura cosiddetta solutoria (e cioè relative allo scoperto o extrafido), che integrando sostanzialmente quanto agli effetti un pagamento determinano l'immediata decorrenza del termine di prescrizione.

L'adeguamento del tribunale a questa interpretazione appare del tutto condivisibile, fondandosi su decisione delle sezioni unite che aveva avuto proprio lo scopo e la funzione di risolvere i contrasti interpretativi che si erano determinati al riguardo, decisione alla quale ha fatto espresso riferimento anche la corte costituzionale proprio per escludere l'esistenza di un significativo e rilevante contrasto interpretativo che giustificasse e rendesse ragionevole l'intervento del legislatore.

Resta, dunque, il problema della distinzione tra le rimesse di carattere solutorio e non, ampiamente affrontato nella sentenza delle sezioni unite ed oggetto di ampio dibattito, e su cui credo interverrà anche l'avvocato Parigi, che, però rimane per me piuttosto difficoltoso, soprattutto allorquando vi siano, come nella prassi accade di frequente, affidamenti di fatto, a fronte dei quali si pone il problema della qualificazione delle rimesse.

Ma, al di là di questa difficoltà interpretativa, da risolvere sulla base delle indicazioni contenute nella sentenza delle sezioni unite, sempre difficili, però, da tradurre sul piano operativo, vi è poi l'ulteriore difficoltà della ripartizione dell'onere probatorio al riguardo.

A questo proposito il tribunale si è espresso nel senso di ritenere che l'onere di allegare la natura solutoria o meno della rimessa debba essere distinto a seconda che il conto sia aperto o chiuso.

Con riferimento al conto ancora aperto il tribunale ha, infatti, ritenuto che la deduzione della prova della natura solutoria debba gravare sull'attore, costituendo elemento conformativo della domanda e del relativo *thema probandum*.

Con riferimento al conto chiuso sarebbe, invece, onere del convenuto, e dunque della banca, dedurre e provare il contenuto solutorio della rimessa, sulla base del rilievo che la risalenza ultra-decennale della rimessa di cui sia stata provata la natura solutoria determina la prescrizione della relativa azione di ripetizione dell'indebitato.

In sostanza la natura della rimessa, con quanto ne dovrebbe conseguire in termini di intervenuta prescrizione del diritto, si atterrebbe, in tal caso, come fatto (parzialmente) estintivo del diritto, come tale oggetto di necessaria allegazione e prova da parte del convenuto.

Mi limito, come ho detto all'inizio, a riportare questo orientamento interpretativo adottato dal tribunale, che non ho né l'autorità né la competenza per commentare.

Vorrei soltanto dire, in termini generali, e sul piano processuale, che a me pare che la ripartizione dell'onere di allegazione e di prova debba discendere, come di consueto, dalle deduzioni ed allegazioni dell'attore e da quelle conseguenti del convenuto.

Se l'attore, limitandosi a prospettare la nullità della capitalizzazione degli interessi, ne richieda la restituzione senza distinzioni, ben potrà la banca convenuta limitarsi ad eccepire il decorso del termine di prescrizione decennale del diritto alla ripetizione dell'indebitato dalla data di ogni versamento eseguito dal correntista in pendenza del rapporto, con il conseguente onere dell'attore di allegare in replica e poi provare la natura non solutoria ma solo ripristinatoria della provvista delle singole rimesse (o di alcune di esse).

Qualora, invece, l'attore, sin dall'instaurazione del giudizio abbia indicato le rimesse ripristinatorie della provvista e quelle di carattere solutorio, con la diversa decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebitato e la (presumibile)

limitazione della domanda alle sole rimesse ripristinatorie, il cui termine di prescrizione decorre come accennato della chiusura del conto, sarà evidentemente onere della banca, nel resistere a tale domanda e nel contestare tale prospettazione, dedurre e dimostrare la diversa natura delle rimesse poste a fondamento della domanda di ripetizione dell'indebito.

Tutto ciò, naturalmente, solamente in termini generali, da tradurre nelle singole fattispecie oggetto di controversia.

Mi scuso per la approssimazione delle mie indicazioni, dovuta in parte a mia ignoranza ed in parte alla complessità della materia.

Vi ringrazio.