

Proc. Nr 3233/2017 RG



IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI PRATO

in persona del giudice istruttore, dott. Michele Sirgiovanni, in funzione di giudice unico, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile iscritta a ruolo in data 19 ottobre 2017 con il n. 3233/2017 del ruolo Generale, avente per oggetto: azione di nullità totale o parziale di contratti, ripetizione somme, riunita a quella iscritta a ruolo in data 18 dicembre 2017 con il n. 3971/2017 del ruolo Generale opposizione a decreto ingiuntivo, vertente tra

██████████ in liquidazione, con sede in ██████████ c/o lo studio de dr. ██████████ in persona delle liquidatrici, ██████████ e ██████████ anche in proprio, rappresentate e difese, giusta mandato in calce agli atti introduttivi, dall'Avv. ██████████ del foro di ██████████ ed elettivamente domiciliato a Prato, alla ██████████ ██████████ presso lo Studio dell'Avv. ██████████

Fax: ██████████

Pec: ██████████

Attrici - Opponent

contro

JULIET SPA con sede in Siena, Via Aldo Moro 13/15, iscritta al Registro Imprese di Siena n. iscrizione e codice fiscale n.01461980524, in nome e per conto della **BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA** giusta procura notarile in data 22.05.2018 ai rogiti Dott. ██████████ notaio in Siena (Rep.195382 Racc.12890), e quest'ultima in proprio, rappresentata e difesa dall'Avv. ██████████ di ██████████ ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in ██████████ A. come da procure allegate alle comparse di risposta, ai sensi dell'art. 83 3° comma cpc;

Fax: ██████████

PEC: ██████████

Convenuta- Opposta

avente ad oggetto: azione di nullità del contratto, accertamento credito e ripetizione somme

All'udienza del 13 luglio 2023 la causa è stata posta in decisione sulle seguenti conclusioni.

Per gli attori e opposenti " ...si riporta ai propri scritti difensivi, ai verbali di causa e alla documentazione prodotta, impugna e contesta, ancora una volta, tutto



quando ex adverso dedotto, prodotto, richiesto ed eccepito chiedendone il rigetto, siccome infondato in fatto ed in diritto. Conclude come da atti e verbali di causa e chiede che la causa venga trattenuta in decisione con l'assegnazione dei termini di cui all'art. 190 cpc per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.."

Per MPS: *"... ribadisce nuovamente che le risposte fornite da CTU non rispondono alle richieste del G.I. come già ampiamente esposto nelle proprie note di trattazione del 20.01.2023 e insiste affinché il GI voglia chiamare il Ctu a chiarimenti per poter adeguatamente rispondere al quesito proposto.*

L'avv Tommaso Nidiaci, nel riportarsi ai propri scritti difensivi, dichiarando di non accettare il contraddittorio relativamente a domande o eccezioni nuove, che comportino l'ampliamento del thema decidendum, conclude come da comparsa di costituzione risposta.."

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ex art. 702 bis cpc depositato in data 19 ottobre 2017, la [REDACTED] [REDACTED] esponeva:

- di avere intrattenuto con la Banca Monte di Siena Spa i seguenti rapporti di conto corrente:

a) n. [REDACTED] già in essere alla data del 1.1.1990 ed estinto il 31.5.2017, assistito da apertura di credito, con revoca del fido alla data del 28.2.2013 (cfr. racc. a/r della banca del 28.2.2013);

b) c. ant. [REDACTED] già in essere alla data del 1.1.1990 ed estinto il 31.12.2014;

c) c. ant. [REDACTED] dal 6.12.1993 al 31.12.2014;

d) c/c. [REDACTED] già in essere alla data del 31.12.1989 ed estinto il 26.7.2010;

e) c. ant. [REDACTED] acceso il 4.5.2000 ed estinto il 8.7.2010

f) c. ant. [REDACTED] acceso il 31.3.1990 ed estinto il 30.9.1996;

- che a norma dell'art 1284 c.c. e 117 TUB i contratti erano soggetti alla forma scritta ed erano pertanto nulli;
- che peraltro, su tali rapporti erano stati applicate illegittimamente interessi anatocistici, e costi e spese non pattuiti formalmente, quali commissione massimo scoperto, valute fittizie, in evidente violazione della normativa di settore e, comunque, delle pattuizioni *inter partes* e e) praticato spese non concordate.

Sulla scorta di tali presupposti conveniva innanzi al Tribunale di Prato, la Banca MONTE DEI PASCHI DI SIENA Spa per sentire accertare e dichiarare l'inesistenza e/o l'invalidità e la nullità dei contratti di conto



corrente, in particolare delle clausole riguardanti le condizioni economiche, relativi al rapporto bancario n. [REDACTED] e ai correlato c/c anticipi n. [REDACTED] e n. [REDACTED] intercorsi tra le parti, perché privi dei requisiti di sostanza e di forma richiesti dalla legge a pena di nullità, e, per l'effetto, previa ricostruzione secondo legge del reale saldo di dare/avere tra le parti, ottenere la condanna della convenuta Banca alla restituzione, in suo favore, della somma di €. 524.249,01 o di quella diversa che sarebbe emersa dall'istruttoria, versata e non dovuta per interessi ultra legali, cms, spese, anatocismo, valute fittizie, girocontazione e quant'altro evidenziato in atti, il tutto oltre interessi e rivalutazione monetaria, anche sugli interessi attivi, da determinarsi mediante CTU contabile di cui faceva espressa richiesta.

La BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA Spa, si costituiva in giudizio eccependo la nullità della domanda per omessa indicazione delle rimesse oggetto della ripetizione e l'improcedibilità della domanda per omessa o inesistente notifica del ricorso e omessa indicazione dell'organo o ufficio munito dei poteri rappresentativi della società convenuta. Eccepiva altresì la prescrizione della pretesa restitutoria e, nel merito, contestava i presupposti di fatto e di diritto delle domande avversarie, evidenziando la carenza di prova in aggiunta alla prescrizione dei diritti antecedenti la decorrenza del termine decennale.

All'udienza del 21 marzo 2019, veniva disposto il mutamento del rito.

Con atto del 6 dicembre.2017, la [REDACTED] [REDACTED] proponevano altresì opposizione avverso il DI. n. 1294/17 del Tribunale di Prato col quale era stato loro ingiunto il pagamento alla banca MPS di €. 68.349,63 quale "*minore importo rispetto al credito vantato per saldo debitore del c/c n. [REDACTED] esposto di €. 215.414,66*", ovvero del saldo dello stesso conto oggetto, tra gli altri, del ridetto ricorso ex art. 702 cpc.



Gli opposenti, con l'opposizione al DI., limitatamente al conto corrente n [REDACTED] ribadivano le medesime argomentazioni poste a base del ricorso ex art. 702 bis cpc, e le contestazioni in ordine a differenti ragioni di credito derivanti dall'evoluzione degli altri rapporti oggetto del ricorso ex art 702 bis e e degli addebiti illegittimamente operati su tali conti.

Instaurato il contraddittorio, si costituiva la banca opposta, impugnando e contestando i rilievi degli opposenti e concludeva per l'integrale rigetto della opposizione proposta ed il procedimento era iscritto sub n 3971/2017 RG.

Con ordinanza dell'8.10.2019, il Tribunale, ritenuta la sussistenza di motivi di connessione oggettiva e soggettiva tra i predetti giudizi disponeva la riunione tra i due giudizio e precisate le conclusioni, con ordinanza depositata in data 27 aprile 2021 disponeva CTU per verificare i dati contabili oggetto di contestazione.

Espletati gli accertamenti attraverso CTU, all'udienza del 13 luglio 2023 la causa era nuovamente riservata in decisione sulle conclusioni in epigrafe trascritte, previa concessione dei termini di cui all'art 190 cpc.

MOTIVI DELLA DECISIONE

I.

ECCEZIONI PREGIUDIZIALI

Anzitutto devono essere disattese le eccezioni di carattere processuali sollevate dalla Banca in relazione al contenuto del ricorso introduttivo ed alla omessa notifica del medesimo nel primo termine concesso dal G.I. con decreto emesso il 9.11.2017.

Secondo quanto evidenziato dalla parte, le censure integrano motivi di nullità dell'atto introduttivo che devono essere scrutinate facendo analogica applicazione, anche al ricorso, del disposto di cui all'art 164 , comma 3 e 4 , CPC (cfr *Cass., 25.2.2009, 4557; Cass, sez un., 17.6.2004, n 11353, per il rito lavoro; con specifico riferimento al ricorso ex art 700 cpc,*



cfr Trib. Salerno, 30 marzo 2009, in Giur. It. 2009, 2489 e ss ; Tribunale di Palmi, 28 marzo 2007; trib. Macerata –Civitanova Marche 10 giugno 2003, in Rep Foro it 2005, voce proc. Cautelari,. Trib. Trani, 16.1.1997, in Foro it. 1998, I, 201 ss).

Sotto il primo aspetto, della mancata specificazione delle rimesse indebite e l'omissione dei fatti che integrano le ragioni della domanda di cui al n. 4 dell'art 163 cpc e l'incertezza del requisito stabilito nel numero 3 dell'art 163 cpc, determina la nullità dell'atto introduttivo, ai sensi dell'art 164 cpc, che giustificherebbe- in ipotesi – la concessione di un termine per integrare la domanda. Tuttavia, sia negli atti depositati a seguito del mutamento del rito, parte attrice sia attraverso la consulenza di parte integrata, che in riferimento alla documentazione prodotta, ha ampiamente integrato il contenuto delle pretese restitutorie, attraverso il richiamo agli specifici rapporti analiticamente indicati ed agli estratti conti, tanto che in ordine a tali pretese si è svolto ampio contraddittorio nel merito sia sulla legittimità delle pretese, che sull'entità degli importi effettivamente dovuti, così che l'eccezione deve ritenersi infondata. Parimenti, la costituzione della Banca attraverso società procuratrice, deve ritenersi abbia determinato effetti sananti in ordine agli ulteriori vizi di rito afferenti al contenuto del ricorso, quanto alla omessa indicazione del legale rappresentante della società, sia al mancato rispetto del termine assegnato per la notifica dell'atto introduttivo ed ai riflessi incidenti sulla corretta instaurazione del contraddittorio.

Infatti, il termine della notifica dell'atto di citazione (analogicamente applicabile) è termine perentorio, inderogabile ed assoluto e rende l'atto inidoneo a costituire un valido rapporto processuale, ciò soltanto qualora il convenuto non si sia costituito, comportando la necessità che il Giudice, anche d'ufficio, ne ordini la rinnovazione. La costituzione del convenuto, salva la possibilità di termine a difesa in caso di sollevata eccezione e differire l'udienza di prima comparizione.



Nel merito, le domande della società attrice sono in parte fondate e meritano accoglimento nei limiti delle argomentazioni che seguono.

Invero, le pretese della [REDACTED] hanno ad oggetto l'accertamento della nullità delle clausole negoziali relative al contratto di Conto Corrente di Corrispondenza identificato come n. [REDACTED], concluso nel gennaio 1990, correlato ai conti anticipi n. [REDACTED] e n. [REDACTED] ed al conto corrente n. [REDACTED] concluso in epoca antecedente al 31 dicembre 1989 e correlato ai conti anticipi n. [REDACTED], correlato ai conti anticipi [REDACTED] e n. [REDACTED]. Il contratto è stato concluso con Monte dei Paschi di Siena SPA. Pur dolendosi anche per la mancata consegna dei documenti relativi al contratto le con relative condizioni, i profili di invalidità attengono alle condizioni praticate con riferimento alle clausole relative alla previsione di tassi di interessi ultra-legali, anche in contrasto con la legge n. 108/1996 e s.m., nonché alla capitalizzazione anatocistica, alla commissione di massimo scoperto e a voci di costo non concordate. E, con riferimento alle questioni poste, deve in primo luogo essere disattesa la eccezione di decadenza sollevata dalla banca con riferimento alla omessa contestazione delle voci inserite negli estratti conto approvati in corso di rapporto. Invero, costituisce oramai principio ripetutamente affermato dalla S.C. quello secondo cui la mancata contestazione degli estratti conto, ai sensi dell'art 1832 c.c., rende incontestabili soltanto *“le registrazioni a debito e credito nella loro realtà contabile, ma non anche l'efficacia e la validità dei rapporti sostanziali”*, così che non è precluso – in ipotesi – procedere ad un nuovo computo dei saldi, ferma l'entità delle singole voci contabilizzate (Cass, sez. VI, 20 Novembre 2018, n. 30000; Cass. 22945/2010; Cass., 10692/2007).

II.

NULLITA' DELLE CLAUSOLE NEGOZIALI E TASSO APPLICABILE

1.FORMA SCRITTA



Dalla ricostruzione operata nella CTU l'analisi è stata condotta sugli estratti conto e sui documenti ritualmente acquisiti, risulta l'assenza di pattuizione scritta con riferimento sia al contratto di conto corrente ordinario, che al conto anticipi al medesimo correlato. Ora, come è noto, la forma scritta per la conclusione dei contratti relativi alle operazioni ed ai servizi bancari è stata imposta dall'art. 3 della legge 17 febbraio 1992, n. 154 – disciplina poi confluita nel d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (t.u.b.) e, segnatamente, nel relativo art. 117 –, con decorrenza, quindi, dall'entrata in vigore di detta norma. Le Sezioni Unite della Cassazione (*Cassazione Civile, SS.UU., sentenza 16/01/2018 n° 898*) hanno avuto modo di chiarire con specifico riferimento all'art. 23 T.U.F (che a pena di nullità prevede che "*i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti...*"), stabilendo che trattasi di nullità per difetto di forma posta nell'interesse esclusivo del cliente, intesa ad assicurare a quest'ultimo, da parte dell'Intermediario, la piena indicazione degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione ed altro come specificamente indicato, considerato che è l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto. Il principio espresso dalle Sezioni Unite, seppur riferentesi a caso di contratto di intermediazione finanziaria, deve ritenersi applicabile anche ai contratti bancari, attesa la sostanziale identità di disciplina e di *ratio* di protezione del cliente degli artt. 23 T.U.F. e 117 T.U.B. a mente del quale "*i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti*", ponendo in tal modo in giusta evidenza, quale ulteriore requisito formale previsto dalla norma a pena di nullità, l'obbligo della banca di



consegnare al cliente una copia del contratto sottoscritto. È evidente, infatti, che le finalità di protezione del cliente sopracitate verrebbero frustrate se si ritenesse sufficiente per la banca raccogliere la sottoscrizione del cliente e dare esecuzione al contratto, senza fornire a quest'ultimo copia dello stesso. Nel caso in esame, la dedotta carenza dei requisiti di forma afferisce esclusivamente il contenuto delle clausole negoziali e non la circostanza della omessa consegna della documentazione, che non è individuabile quale *causa petendi* dell'azione di nullità, ma è affermazione posta solo incidentale, peraltro contestata da controparte, e, comunque, non oggetto di alcuna richiesta istruttoria. Di conseguenza, al fine della valutazione delle domande, non può attribuirsi alcuna rilevanza all'eventuale, non provato, mancato assolvimento da parte della banca dell'obbligo di consegna del documento contrattuale al cliente normativamente previsto, peraltro solo in epoca successiva al perfezionamento del contratto.

Con riferimento agli ulteriori profili di nullità formale, per la determinazione dei tassi di interessi è richiesta la forma scritta (art. 117, comma 4, t.u.b.), essendo sanzionate con la nullità quelle clausole che, ai fini anzidetti, rinviano agli usi (art. 117, comma 5, t.u.b.).

La mancata individuazione per iscritto dei tassi di interessi o il non consentito rinvio agli usi comporta l'applicazione delle condizioni sostitutive di cui all'art. 117, comma 7, lett. a), t.u.b. (già stabilite dall'art. 5 della legge n. 154 del 1992) e, segnatamente, del «*tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive*».

Nel caso in esame, tuttavia, i contratti individuati come origine dei rapporti risultano entrambi conclusi in data antecedente all'entrata in



vigore della normativa richiamata, con la conseguenza della sua non applicabilità per quanto concerne la nullità dell'intero contratto.

All'epoca del perfezionamento dei due contratti di conto corrente, l'onere della forma scritta non era previsto, né "*ad probationem*" né "*ad substantiam*", prima dell'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992 sulla trasparenza bancaria, che conteneva, in materia di forma dei contratti, una disposizione analoga a quella poi prevista dall'art. 117 del d.lgs. n. 385 del 1993 (*Cass. 9.4.2019, n 9896*). E, per quanto risulta agli atti, per il conto corrente n 2641.07 il contratto concluso il 29.12.1988, che tuttavia quanto alla misura del tasso di interessi fa riferimento generico agli "*usi su piazza*", non prevede la CMS né clausola di anatocismo valida rispetto ai criteri di legge. Invece, quanto al conto corrente n [REDACTED] concluso in epoca prossima ed antecedente al dicembre 1989, mancherebbe in radice il regolamento negoziale in forma scritta.

Ora, in via generale, rileva il nodo problematico che si pone in relazione ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge n 154/1992 (9.7.1992), incentrato sia sull'assenza di pattuizione scritta per il tasso ultralegale, ex art. 1284 cod. civ., sia sull'individuazione di esso tramite il rinvio all'art. 7 delle Norme uniformi bancarie (n.u.b.) - ed ora, in sostanza, alle condizioni generali di contratto raccomandate dall'ABI - e, dunque, alle «*condizioni abitualmente praticate sulla piazza*».

La Cass. n. 12276 del 2010 ha ribadito che la convenzione relativa agli interessi è validamente stipulata, ai sensi della norma imperativa di cui all'art. 1284 c.c., comma 3, cod. civ., soltanto se il suo contenuto sia assolutamente univoco e di puntuale specificazione del tasso di interesse, che, dunque, deve essere "*determinabile e controllabile in base a criteri oggettivamente indicati*". E, coerentemente, già nella vigenza del regime anteriore era stata ritenuta nulla la pattuizione di interessi in misura superiore a quella legale nel caso di riferimento a parametri locali, mutevoli e non riscontrabili con criteri di certezza (*Cass., 26.9.2019, n*



24048). La disciplina della nullità delle clausole dei contratti bancari contenuta nell'art. 117, comma 7, del d.lgs. n. 385 del 1993, non è retroattiva si applica esclusivamente ai casi espressamente richiamati dalla norma, di cui ai commi 4 e 6 dello stesso art. 117 (*Cass.*, 18/06/2020, n. 11876), tra i quali – in ogni caso- non rientra quello in esame. Secondo l'orientamento ermeneutico oramai consolidato (*Cass.*, Sez. 3, 11/02/2014, n. 3017), ai sensi dell'art. 1284, terzo comma, cod. civ., la costituzione dell'obbligo di pagare interessi in misura superiore a quella legale richiede la forma scritta "*ad substantiam*", sicché, nel caso di mancata sottoscrizione della clausola relativa alla determinazione del tasso di interessi in misura ultra legale da parte di entrambi i contraenti, non può ritenersi che un accordo siffatto si sia concluso "*per facta concludentia*".

In tale ipotesi, come precisato, affermata la nullità formale della determinazione di interessi in misura ultra legale, anche se non può essere fatta applicazione del tasso sostitutivo di cui all'art 117 TUB, sia pure con riferimento al solo periodo posteriore la sua entrata in vigore.

Come le norme che prevedono la nullità dei patti contrattuali che determinano gli interessi con rinvio agli usi, introdotte con l'art.4 della legge 17 febbraio 1992 nr.154 poi trasfuso nell'art. 117 del d.lgs 1 settembre 1993 nr.385, anche quelle che hanno introdotto la previsione della sostituzione della clausola nulla con la diversa disciplina legale di cui all'art 117, comma 7, TUB, non possono trovare applicazione retroattiva, al pari della disciplina in materia di usura (*Cass.* 31.12.2019, nr 34740) e trova applicazione esclusivamente nei casi espressamente richiamati dalla norma, di cui ai commi 4 e 6 dello stesso art. 117 (*Cass.*, 18/06/2020, n. 11876), tra i quali non rientra quello in esame.

D'altra parte, nel rapporto di conto corrente bancario la pattuizione di interessi ultra-legali può avvenire soltanto mediante un atto sottoscritto o separatamente accettato per iscritto da entrambe le parti, a nulla rilevando che il contratto di conto corrente sia a forma libera: pertanto



l'approvazione, ancorché ripetuta, di estratti conto nei quali siano conteggiati interessi superiori al tasso legale, non può supplire alla mancanza dello scritto, perché, non essendo espressione diretta di un tale accordo, non documenta la stipulazione del patto, e, pur potendo valere, per la sua natura "*lato sensu*" confessoria, come dichiarazione ricognitiva di una manifestazione negoziale precedente, non può essere utilizzata quale elemento presuntivo dell'esistenza di un patto stipulato nell'osservanza dei requisiti formali richiesti "*ad substantiam*" e non può supplire al difetto originario di valido accordo scritto in deroga alle condizioni di legge, richiesto dall'art. 1284 cod. civ. (*Cass., 29/07/2009 n 17679; Cass 06/11/1993, n 11020*).

Per entrambi i conti, tuttavia, perfezionatisi in epoca antecedente l'entrata in vigore della disciplina sopra richiamata in materia di forma scritta, non può essere affermata la invalidità totale, mentre trova spazio la nullità parziale delle specifiche clausole, quali quella di determinazione degli interessi in misura ultra-legale e di anatocismo, ai sensi dell'art 1283 e 1284 c.c.. Coerentemente, la convenzione relativa alla pattuizione degli interessi in misura superiore a quella legale, in difetto della forma scritta richiesta "*ad substantiam*", è colpita da nullità solo per la parte corrispondente alla differenza tra il tasso legale e quello convenuto, con riferimento alla quale l'ordinamento interviene non per espungerla dal regolamento pattizio senza riconnettervi alcun effetto, bensì per sostituirla con disciplina legale (*Cass., sez. 2, 14/01/1997, n 280*), sì da ritenere anche assorbita ogni questione inerente l'affermata violazione della disciplina in materia antiusura di cui alla legge 108/1996. Di conseguenza, l'accertata nullità delle clausole che prevedono, relativamente agli interessi dovuti dal correntista, tassi superiori a quelli legali nonché la loro capitalizzazione trimestrale, avrebbe imposto la rideterminazione del saldo finale facendo applicazione del solo tasso legale e operando la ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, sulla base degli estratti conto a partire dalla sua



apertura, secondo la ripartizione dell'onere della prova (*Cass.*, 11.6.2018, n. 15148). Onere che deve essere posto a carico di chi si afferma creditore e, quindi, a carico del correntista qualora dal rapporto assuma scaturire un credito a suo favore.

Tale prova deve essere fornita, di regola, mediante la produzione degli estratti conto (giurisprudenza, anche questa, consolidata: da ult. *Cass.* 11543/2019, 24948/2017) e, nel caso di produzione incompleta, il calcolo del credito del correntista attore deve essere effettuato, in mancanza di prova contraria, partendo dal primo saldo debitore documentato (*Cass.* 11543/19 cit.) quale che sia la parte che l'ha prodotto in giudizio (principio di acquisizione probatoria).

Parte attrice ha prodotto gli estratti per i due conti correnti ordinari rispettivamente dal gennaio 1990 e dal dicembre 1989, talché gli interessi a debito sono stati applicati solo nel periodo posteriore, oggetto di documentazione. Inoltre, mentre la ricostruzione contabile è avvenuta facendo ricorso al tasso legale, per quanto concerne il conto corrente n. [REDACTED] il tasso legale è stato utilizzato dalla consulente esclusivamente fino all'entrata in vigore del TUB, assumendo per il periodo successivo il tasso sostitutivo di cui all'art 117, comma t. Si tratta, all'evidenza, di una soluzione più favorevole all'istituto, sulla quale tuttavia gli attori nulla hanno dedotto, neanche attraverso il proprio CTP, in tal modo implicitamente rinunciando all'applicazione del criterio più favorevole.

2.AFFIDAMENTI e MODIFICHE UNILATERALI

Relativamente al contratto, risulta altresì che la banca nel corso del tempo ha concesso affidamenti. Secondo l'orientamento della S.C. (*Cass.*, 22.11.2017, n. 27836; *Cass.*, 9.7.2005, n. 14470), già in forza dell'art 3 della legge 154/1992 e del decreto 24.4.1992 del Ministero del Tesoro, oltre che della circolare del maggio 1992 della Banca d'Italia, la forma scritta non era obbligatoria per le operazioni e servizi che fossero già previsti in contratti



redatti per iscritto. Dopo l'entrata in vigore del t.u. bancario, tali norme sono rimaste in vigore ai sensi dell'art 161 TUB, e successivamente la Banca d'Italia ha emanato le nuove disposizioni che nel ribadire la regola generale secondo la quale " *i contratti relativi alle operazioni e ai servizi sono redatti per iscritto ed un loro esemplare deve essere consegnato ai clienti*" prevedevano che " *la forma scritta non è tuttavia obbligatoria : - b) per operazioni e servizi già previsti per iscritto* (agosto 1996). La delibera 4.3.2003 del C.I.C.R. nel dettare la nuova disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, abrogando ai sensi dell'art 161, comma 5, del t.u.b., il decreto del Ministro del Tesoro del 24.4.1992, ha quindi previsto per quanto attiene la forma dei contratti , che " *La Banca d'Italia può individuare forme diverse da quella scritta per le operazioni e i servizi effettuati sulla base di contratti redatti per iscritto, nonché per le operazioni e i servizi , oggetto di pubblicità ai sensi della presente delibera, che hanno carattere occasionale ovvero comportano oneri di importo contenuto per il cliente*". In virtù di tale disciplina le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, nel testo attualmente in vigore (risalente al luglio 2003) al titolo X, capo 1, n 2, stabiliscono quanto alla forma dei contratti che " *..La forma scritta non è obbligatoria: Per le operazioni e i servizi effettuati in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto....*" Le norme emanate dal CICR e dalla Banca d'Italia completano ed integrano la norma di legge ed il precetto legislativo, in virtù di una facoltà espressamente prevista dalla legge stessa. L'art 117, comma 2, tub ha infine previsto che il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. Secondo quanto rilevato dalla S.C., quindi, dal 1992 a tutt'oggi le disposizioni della Banca d'Italia , a tanto autorizzata dal CICR hanno sempre previsto, pur nel variare dei testi normativi, che non fosse richiesta la forma scritta per i contratti relativi ad operazioni e servizi già previsti in contratti redatti per iscritto, tra cui il contratto di conto corrente, in base



alla considerazione che costituisce e sufficiente garanzia per il cliente che il contenuto normativo del contratto sia redatto per iscritto, mentre poi la sua concreta stipulazione, alle condizioni riportate nel contratto scritto, potrà avvenire in altra forma nel rispetto delle esigenze di celerità ed operatività che taluni tipi di contatti esigono. Secondo una più rigorosa interpretazione dell'art. 117 TUB, le linee di credito (o, se si preferisce, "gli affidamenti") concessi nel tempo da una banca ad un cliente necessitano di una precisa e dettagliata regolamentazione contrattuale, dell'indicazione dell'importo delle stesse e dell'ulteriore precisazione se sono "a scadenza" o "a revoca" sicché, in mancanza di tali elementi essenziali il contratto bancario risulterebbe indeterminato, oltre che privo del contenuto minimo previsto dall'art. 117 TUB e dagli artt. 1325 e 1346 c.c. In senso contrario, tuttavia, si è fatto notare che l'allegazione secondo cui il contratto di conto corrente di cui all'art. 1852 c.c. "è una mera modalità regolazione di operazioni bancarie", sicché la prova di esso non basta a dimostrare l'esistenza d'un affidamento o di una apertura di credito tra banca e correntista, trascura di considerare che il contratto comunemente di "conto corrente bancario" non ha nulla a che vedere con l'istituto di cui all'art 1852 c.c. e costituisce un contratto atipico la cui causa è composta dalla fusione della causa del deposito, del mandato e del conto corrente (Cass., 17.10.2016, n 20205). Secondo l'interpretazione dei giudici di legittimità, l'art. 3, comma 3, della l. n. 154 del 1992 e successivamente l'art. 117, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, abilitano la Banca d'Italia, su conforma delibera del C.I.C.R. a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta, va inteso nel senso che l'intento di agevolare particolari modalità della contrattazione non comporta una radicale soppressione della forma scritta ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi l'indicazione nel "contratto madre" delle condizioni economiche cui andrà assoggettato il "contratto figlio". (Cass, 22/11/2017, n 27836; sull'onere di



provarne la conclusione per facta concludentia: Cass, sez. 1, 15/09/2006, n 19941; Cass., sez. 1, 09/07/2005, n 14470). Nella fattispecie in esame, nessuno dei conti anticipi richiamati nell'atto introduttivo risulta essere stato concluso per iscritto e, in ogni caso, difettano le condizioni essenziali praticate dall'istituto di credito. Il difetto di forma, come detto, non può trovare disciplina nel rapporto principale di conto corrente al quale i contratti sono correlati, in quanto, come precisato, anche tali conti non prevedono un tasso di interessi determinato in misura ultra legale in forma scritta.

In particolare, il saldo contabile del conto [REDACTED], per quanto prospettato e accertato anche dalla CTU, risulta essere stato totalmente azzerato e, quindi, chiuso al 30 settembre 1996, così che -anche qualora l'eventuale saldo negativo sia stato addebitato su differente rapporto - non vi sono altre indicazioni per qualificare il rapporto come unitario e per attribuire, in ogni caso, natura ripristinatoria a siffatto addebito, dovendosi fare carico alla parte attrice - sul piano della ripartizione dell'onere della prova - della eventuale simulazione della costituzione di un rapporto differente.

D'altra parte il mero addebito, non giustificherebbe una differente conclusione, tenuto anche conto che ai sensi dell'art 1853 c.c. (a mente della quale, se tra la banca ed il correntista esistono più rapporti o più conti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente salvo patto contrario), dettata allo scopo di garantire la banca contro ogni scoperto non specificamente pattuito che risulti a debito del cliente quale effetto di un qualsiasi rapporto o conto corrente fra le due parti) prevede che la compensazione tra saldi attivi e passivi anche a favore del correntista, sia attuata mediante annotazioni in conto, e, in particolare (alla luce del principio dell'unità dei conto, attraverso la immissione del saldo di un conto, come posto passiva, in un altro conto ancora aperto (con le modalità proprie di tale tipo di operazione), salva manifestazione di volontà di segno



contrario da parte del cliente (Cass, 23.1.2020, n 1445; Cass., n 12953/2016; Cass., 4735/1998).

Dall'applicazione di tali principi, deriva pertanto la conseguenza della nullità dei conti anticipi n [REDACTED], n [REDACTED] e [REDACTED] e della inapplicabilità, anche su tali conto, di interessi corrispettivi o moratori superiori al tasso legale di cui all'art 1284 c.c..

Parimenti, si deve dare atto che l'intero saldo negativo del conto n [REDACTED] chiuso il 30 settembre 1996, è verosimilmente confluito su altro conto corrente ordinario, come confermato dagli estratti conto, e che non risulta alcuna movimentazione documentata nel periodo successivo. Di conseguenza, dovendosi darsi atto della sostanziale chiusura del conto anticipi al 1996, come si preciserà di seguito, occorre trarne le conseguenze in ordine alla prescrizione del diritto alla ripetizione delle somme illegittimamente addebitate in riferimento alla data di decorrenza del relativo termine.

Parte attrice ha ulteriormente lamentato che le variazioni introdotte unilateralmente non siano state validamente effettuate in assenza di un giustificato motivo. A tal riguardo, se è vero che l'art. 10 del d.l. n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, nella legge n. 248 del 2006, ha modificato l'art 118 T.U.B. subordinando per il futuro la facoltà dello *jus variandi* alla sussistenza di un giustificato motivo e al rispetto dell'art. 1341, secondo comma, cod. civ, in riferimento a tutti i contratti bancari, siano essi stipulati con consumatori o non. E tuttavia, il comma tre del medesimo articolo prevede la inefficacia delle variazioni introdotte in assenza delle prescrizioni del medesimo articolo, se sfavorevoli per il cliente, mentre nel caso in esame non è emersa la sussistenza di modiche formali in senso peggiorativo.

3.ANATOCISMO E COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO



Con riferimento alle condizioni praticate, la società attrice ha posto la questione della invalidità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi applicati. A riguardo, si rammenta che la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale è principio giurisprudenziale che si è affermato soltanto nel 1999 – con le sentenze n. 2374 e n. 3096, rispettivamente, della prima e terza sezione civile della Corte di cassazione - in un consolidato contesto di segno contrario. Contrariamente all’orientamento sino allora seguito, si è ritenuto che la previsione contenuta nei contratti di conto corrente bancario, avente ad oggetto la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente (più breve rispetto a quella annuale applicata a favore dei clienti sui saldi di conto corrente per lui attivi alla fine di ciascun anno solare), fosse affetta da nullità, in quanto fondata su di un mero uso negoziale (per la prima volta adottato su iniziativa dell’ABI nel 1952) e non su di una vera e propria norma consuetudinaria, come tale connotata da una condotta reiterata ed assistita dalla *opinio juris ac necessitatis*, a maggior ragione in relazione a contratti stipulati dopo l’entrata in vigore della disposizione di cui all’art. 4 della legge n. 154 del 1992, che vieta le clausole contrattuali di rinvio agli usi. Il tempestivo intervento del legislatore si è determinato attraverso l’art. 25 del d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, che ha novellato l’art. 120 del t.u.b., disciplinando la sorte dei contratti bancari conclusi prima e dopo il 22 aprile 2000, data coincidente con la entrata in vigore della delibera del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR), al quale la norma suddetta (comma 2 dell’art. 25) aveva, per l’appunto, demandato la fissazione di “*modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell’esercizio della attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori*” . La norma - in base alla quale, con provvedimento del CICR, sono stabiliti modalità e criteri per la produzione



di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria - è stata ritenuta conforme al dettato costituzionale (*Corte Cost., ord. n. 254 del 2008*) in quanto introduce una deroga al regime ordinario di cui all'art. 1283 cod. civ., che trova la sua giustificazione nell'esigenza di uniformare questo aspetto della legislazione interna a quella vigente nei principali Stati che allora costituivano la UE, per i quali la disciplina prevista in materia di anatocismo per il sistema bancario era diversa da quella prevista per i rapporti di diritto civile. E ciò a differenza dell'art 25, comma 3, che - per i contratti conclusi prima della entrata in vigore della delibera CICR- consentiva la deroga per i contatti stipulata in data antecedente alla data di entrata in vigore della delibera CICR del 9.2.2000(*Cass., n 9695 , 3 maggio 2011, Cass., sez.un., n 21095/2004*).

Ne consegue che la capitalizzazione degli interessi, in base alla citata delibera del CICR (e salvo quanto detto più sotto), può ritenersi consentita per i contratti stipulati a far data dal 22.4.2000, secondo quanto concretamente pattuito dalle parti (sempre che, comunque, pena la nullità della pattuizione, vi siano alcune precise condizioni rappresentate da:

- 1) medesima periodicità di capitalizzazione per gli interessi debitori e creditori;
- 2) l'indicazione di dei tassi attivi e passivi in duplice veste di TAN e TAE, ecc.).

Per i contratti già in essere è prevista la possibilità di adeguamento contrattuale, ma senza effetti retroattivi. Tali concetti sono stati in ultimo completamente ribaditi dalle più recenti sentenze della S.C. (*Cass sez. VI, ord., 7 maggio 2015, n. 9169; Cass., sez. I, sent, 6 maggio 2015, n. 9127* . Significative modifiche sono poi state introdotte dalla Legge di **Errore. Il segnalibro non è definito**.il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati.

Peraltro, la specifica convenzione scritta posteriore alla scadenza degli interessi, che gli artt. 1283 e 1284 cod. civ. richiedono perché essi



producano a loro volta interessi (cioè il cosiddetto anatocismo), deve essere esplicita nel senso che dalla stessa deve risultare la piena consapevolezza del debitore in ordine alla assunzione del relativo obbligo.

In applicazione dei principi esposti alla presente fattispecie, si deve dare atto che per tutti i contratti difetta clausola di anatocismo conforme alle prescrizioni di forma entrate in vigore (dovendo la previsione di reciprocità comunque essere redatta per iscritto), così che la capitalizzazione applicata non è in alcun modo giustificata e la pretesa di ripetizione di quanto corrisposto a tale titolo deve essere accolta in ordine a tutti i rapporti conseguenti.

Le medesime considerazioni possono essere svolte riguardo alla C.M.S. in quanto, almeno da quanto si evince dai dati acquisiti, non vi era alcuna clausola conforme alla disciplina in vigore al momento della conclusione dei contratti e la sua applicazione si pone in contrasto rispetto a quanto previsto dalla legge 2/2009 (conversione del Dl 185/2008).

Dai conteggi operati dalla CTU, è risultato che sono state addebitate somme per CMS non giustificate dalle condizioni contrattuali, che pertanto dovrebbero essere restituite dalla Banca al momento della introduzione della controversia.

4. USURA

In tema di usura, e con riferimento a fattispecie anteriore all'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n. 108, la pattuizione di interessi ultra legali non è di per sé viziata da nullità, essendo consentito alle parti di determinare un tasso d'interesse diverso e superiore a quello legale, purché ciò avvenga in forma scritta e sussistendo l'illiceità del negozio soltanto nel caso in cui si ravvisino gli estremi del reato di usura. Conseguentemente, può ritenersi l'illiceità del contratto solo se ricorrano un vantaggio usurario, lo stato di bisogno del mutuatario e l'approfittamento di tale stato da parte del mutuante (*Cass., 13.12.2010, n*



25182). In assenza di tali elementi, nel caso in esame ogni questione rimane assorbita dalla riconosciuta nullità della clausola determinativa degli interessi, mentre quanto alla c.d. *usura ab origine*, non v'è spazio alcuno per richiamare la sanzione di cui all'art 1815, comma 2, c.c. ed escludere ogni forma di interessi, potendosi ritenere assorbito tale profilo- come già sopra evidenziato-dalla nullità formale delle clausole negoziali.

III.

ECCEZIONE di PRESCRIZIONE

La difesa della banca convenuta, costituitasi tempestivamente, ha tuttavia sollevato, nel merito, eccezione di prescrizione in ordine alla domanda di ripetizione delle somme corrisposte a titolo di interessi in misura ultra-legale ed alle ulteriori voci e competenze prive di giustificazione contrattuale. La società attrice, invero, ha allegato a sostegno delle domande ex art 2033 c.c., per la ripetizione dell'indebito corrisposto alla banca i fatti costitutivi della pretesa rappresentati dalla annotazione delle poste passive sui diversi conti, quali interessi in misura superiore al tasso legale, indebita capitalizzazione e di costi, in assenza di valida pattuizione (*Cass., 25.1.2011, n 1734; 17.3.2006, n 5896; 13.11.2003, n 17146*). La banca convenuta ha eccepito la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dalle annotazioni passive nei conti, allegando il protrarsi dell'inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene (*Cass., 22.2.2018, n 4372; Cass. 26.7.2017, n 18581, Cass. 29.7.2016, n 15790; Cass., 20.1.2014, n 1064*). Ora, mentre l'azione di nullità del contratto o delle singole clausole contrattuali non è soggetta a prescrizione, l'azione di ripetizione di indebito è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale. Come è noto, nel rapporto di conto corrente il termine decorre non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati



registrati nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista. In tale seconda ipotesi, si è detto, i versamenti non configurano pagamenti dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del *solvens* con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'*accipiens* (Cass., sez. un. n. 24418 del 2.12.2010; Cass. n. 6857 del 24 marzo 2014). Secondo l'orientamento costantemente espresso dalla giurisprudenza di legittimità, infatti, i versamenti possono essere considerati "*alla stregua di pagamenti*", tali da potere formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. E questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo cui non accede alcuna apertura di credito a favore e del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento (Cass., sez. un. 2.12.2010, n. 24418).

In tale prospettiva, quindi, occorre necessariamente distinguere a seconda che il contratto risulti affidato o meno: in caso di conto "*non affidato*" tutte le rimesse devono automaticamente reputarsi solutorie (Cass., 24.5.2018, n. 12977; Cass. 22.2.2018, n. 4372). Qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo, cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista - o anche quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento - allora i versamenti potranno essere qualificati pagamenti. Diversamente quando i versamenti nei conti, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, consistano in meri atti ripristinatori della provvista, pur sempre nella disponibilità del cliente, poiché in tal caso non saranno qualificabili come pagamenti. In relazione alle singole rimesse operate deve essere poi essere fatta corretta applicazione del principio in tema di



ripartizione di onere di allegazione e della prova dei fatti allegati. Su tale punto, invero, la stessa S.C. (Cass., 30 ottobre 2018, n. 27680) ha rilevato l'esistenza di un contrasto interpretativo, in ordine alle modalità con le quali deve essere formulata l'eccezione di prescrizione del diritto alla restituzione delle somme indebitamente versate alla banca, nel corso di un rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito.

Precisato che l'azione di ripetizione è soggetta alla prescrizione decennale che, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano funzione ripristinatoria della provvista, tale prescrizione decorre, non dalla data del pagamento, come avviene per i versamenti aventi funzione solutoria, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto. (*Sez. U, n. 24418 del 2 dicembre 2010, Rv. 615489-01*), si era posta la questione se, nel formulare l'eccezione di prescrizione, la banca dovesse indicare i singoli versamenti solutori, in relazione ai quali ritiene prescritta l'azione restitutoria (*Cass., Sez. 1, n. 4518 del 26 febbraio 2014, non massimata; Sez. 6-1, n. 20933 del 7 settembre 2017, non massimata; Sez. 1, n. 28819 del 30 novembre 2017, massimata con riferimento ad altro principio; Sez. 1, n. 17998 del 9 luglio 2018, non massimata; Sez. 1, n. 18479 del 12 luglio 2018, non massimata; Sez. 1, n. 33320 del 21 dicembre 2018, non massimata*), ovvero limitarsi ad opporre la protratta inerzia del titolare del diritto alla ripetizione, lasciando poi al giudice effettuare le dovute verifiche in ordine alla natura dei versamenti e alla fondatezza dell'eccezione (*Cass., Sez. 6-1, n. 2308 del 30 gennaio 2017, non massimata; Sez. 1, n. 18581 del 26 luglio 2017, non massimata; Sez. 6-1, n. 4372 del 22 febbraio 2018, non massimata; Sez. 1, n. 5571 dell'8 marzo 2018, non massimata; Sez. 1, n. 18144 del 10 luglio 2018, Rv. 649902-01; Sez. 1, n. 30885 del 29 novembre 2018, non massimata; Sez. 1, n. 2660 del 30 gennaio 2019*). Ovvero, quanto meno, l'avvenuto superamento, ad opera del cliente, del limite dell'affidamento, essendo sufficiente che le allegazioni abbiano un grado di specificità tale da consentire alla



controparte un adeguato esercizio del diritto di difesa (*Cass, Sez. I, n. 12977 del 24 maggio 2018, non massimata*).

Con la sentenza n 15895 del 13.6.2019 , le S.U. della Cassazione nel richiamare un importante precedente (*Cass, Sez. U, n. 10955 del 25 luglio 2002*), hanno affermato che l'elemento costitutivo della prescrizione estintiva è rappresentato dall'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio, mentre la determinazione della durata di detta inerzia, necessaria per il verificarsi dell'effetto estintivo, si configura come una *quaestio iuris* concernente l'identificazione del diritto e della relativa disciplina.

In tale ottica, elemento qualificante dell'eccezione di prescrizione è l'allegazione dell'inerzia del titolare del diritto, che costituisce, appunto, il fatto principale (nei sensi di cui si è detto), al quale la legge riconnette l'invocato effetto estintivo. Di conseguenza, in base alla soluzione interpretativa adottata, deve essere disciplinata la ripartizione degli oneri gravanti sulle parti, ai fini della validità della domanda di ripetizione e dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione:

il correntista, che agisce in ripetizione, può limitarsi ad indicare, in riferimento ad un dato conto e ad un arco di tempo determinato, l'esistenza di versamenti indebiti, chiedendone la restituzione, e la banca, che eccepisce la prescrizione, può limitarsi ad allegare l'inerzia dell'attore in ripetizione, dimostrando di volerne profittare.

Sul punto, si deve considerare: a) non è sufficiente riscontrare sul conto corrente l'affidamento di fatto per concludere per la natura ripristinatoria di tutte le rimesse operate dal cliente, dovendosi accertare in concreto il limite dell'affidamento tollerato stabilmente dalla banca e, in ogni caso, verificare eventuali sconfinamenti in modo analitico; b) anche sugli altri conti per anticipazioni, deve essere effettuata la medesima operazione di verifica del superamento o meno dell'affidamento, onde qualificare le rimesse secondo i criteri sopra specificati.



Facendo applicazione dei superiori principi alla fattispecie concreta, deve darsi atto che la banca convenuta, sin dal primo atto costitutivo ha eccepito la prescrizione con specifico riferimento alle singole rimesse elencate. Richiamato tale approdo ermeneutico, secondo cui è a carico del cliente l'onere di dimostrare la natura delle rimesse effettuate e la presenza di un fido di fatto, nella pronuncia intervenuta è stato puntualizzato che tale principio non conduce inevitabilmente ad affermare la natura ripristinatoria delle rimesse, in quanto ciò può essere sostenuto solo qualora siano contenuto entro i limiti dell'affidamento concesso. Sul piano dell'onere della prova, infatti, la valutazione degli "sconfinamenti" rispetto alla esistenza di aperture di credito può essere desunta dai dati documentali prodotti dalle parti, con l'ausilio delle indicazioni fornite a riguardo dal CTU. Nel caso concreto, la CTU, in punto di analisi dei rapporti, ha tuttavia rilevato la presenza di affidamenti di fatto dall'origine del rapporto, individuandone il preciso ammontare ricavato dall'analisi dell'estratto conto e peraltro, coerente con le indicazioni desumibili dalle indicazioni di tassi differenziati e dal contenuto degli affidamenti successivamente formalizzati. Ai fini della qualificazione della natura delle rimesse, da una parte, non è richiesta la dimostrazione di conclusione in forma scritta dei contratti di affidamento; dall'altra, che non può ritenersi sufficiente la presenza di sconfinamenti, ancorché stabile e perdurante nel tempo. Poiché si tratta di questione di natura probatoria, in base ai principi espressi, non può che considerarsi che trattasi di elementi presuntivi che, in assenza di contratti formali sulle effettive linee di affidamento, devono presentare carattere di concordanza e precisione sufficienti secondo il parametro generale imposto dall'art 2929 c.c.

La stabile tolleranza nelle scoperture, unitamente all'applicazione di tassi di interesse differenziati con riferimento espressi a tassi "oltre fido" e, particolarmente, le risultanze delle segnalazioni alla Centrale Rischi, sottolineate dalla consulente e reiterate a fronte delle contestazioni della



CTP (pag. 52 prima relazione), possono, consentire di superare l'iniziale grado di incertezza, tenuto conto della piena convergenza e coerenza circa l'entità dell'affidamento di fatto concesso.

Tali aspetti, infatti, sono stati oggetto di ulteriore intervento chiarificatorio da parte della CTU, nel secondo elaborato depositato il 4 gennaio 2023, incentrato particolarmente sulla individuazione dell'entità degli affidamenti sostanzialmente concessi dalla banca, in rapporto ai singoli rapporti.

Attraverso indagine più approfondita sono stati esplicitati i criteri identificativi della presenza dell'affidamento di fatto e dei limiti relativi.

Esclusa la rilevanza di affidamenti relativamente al conto anticipi n [REDACTED] quanto al conto corrente ordinario n [REDACTED] e al conto anticipi n [REDACTED] al conto corrente ordinario n [REDACTED] ed al conto anticipi n [REDACTED] vengono riportati i dati desunti dagli estratti conto trimestrali e dalle segnalazioni alla Centrale Rischi, precisando i periodi di assenze totali di rimesse solutorie e quelli in cui sono state effettuate oltre il limite di affidamento.

Come si è avuto modo di rilevare, le considerazioni svolte dal CTU in ordine al c.d. metodo indiretto utilizzato per l'accertamento dell'affidamento di fatto si presentano conformi ai criteri richiamati dalla giurisprudenza sopra richiamata e, in linea generale, bene argomentate, giungendo alla conclusione di escludere in modo deciso una differente conclusione.

L'eccezione di prescrizione dovrà quindi ritenersi infondata, in presenza della dimostrazione della natura ripristinatoria dei pagamenti effettuati in data antecedente al marzo 2007, relativamente alle poste contabilizzate nel periodo che ha preceduto i dieci anni dal primo atto interruttivo, ravvisabile nella notifica dell'atto di costituzione in mora. Individuate le rimesse da ritenere prescritte, ai fini della determinazione del credito residuo il criterio richiamato è quello in forza del quale solo a seguito della



ricostruzione contabile conseguente alle riconosciute nullità che la prestazione effettuata può essere qualificata indebita e dar luogo al diritto alla ripetizione, con conseguente possibilità di esercizio da parte del correntista. Tanto – si è detto- in conformità all'assunto ermeneutico espresso dalla S.C. secondo cui " *per verificare se un versamento effettuato dal correntista nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente abbia avuto natura solutoria o solo ripristinatoria, occorre, all'esito della declaratoria di nullità da parte dei giudici di merito delle clausole anatocistiche, previamente eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente determinare il reale passivo del correntista e ciò anche al fine di verificare se quest'ultimo ecceda o meno i limiti del concesso affidamento. L'eventuale prescrizione del diritto alla ripetizione di quanto indebitamente pagato non influisce sulla individuazione delle rimesse solutorie , ma solo sulla possibilità di ottenere la restituzione di quei pagamenti coperti da prescrizione.*" (Cass. civ., Sez. I, Ord., 19 maggio 2020, n. 9141; Cass. 15 febbraio 2021, n 3858).

Con riferimento ai conti correnti ordinari, invece, deve essere escluso che possa accedersi alla prospettazione del CTP di parte convenuta, che a più riprese ha evidenziato che la ricostruzione sarebbe dovuta avvenire sul c.d. saldo banca in luogo del saldo ricostruito.

In realtà, in virtù della opzione sottesa al diverso criterio contabile affermato dalla S.C. (Cass 22 giugno 2023, n 17997 e 16 marzo 2023, n 7721; Cass. civ., Sez. I, Ord., 19 maggio 2020, n. 9141; Cass. 15 febbraio 2021, n 3858) - al quale per quanto sopra esposto si è ritenuto di aderire - la qualificazione delle rimesse deve operare sul saldo ricostruito e non su quello risultante dagli estratti conto (c.d. saldo banca). Come evidenziato, i profili di ripetibilità attengono al pagamento di importi a titolo di interessi ultra legali, CMS, di interessi anatocistici e di spese effettuati oltre il termine decennale anteriore al primo atto interruttivo ed alla domanda giudiziale, così che l'eccezione di prescrizione risulta fondata solo in tali



limiti, ed il computo dovrà essere operato sul saldo ricostruito e non sul c.d. saldo banca, in linea con l'opzione ermeneutica indicata nella pronunce della S.C. da ultimo richiamate.

IV.

CONCLUSIONI

In definitiva, sulla scorta del complesso delle argomentazioni sopra esposte, i rapporti di credito -debito andranno determinati sulla scorta delle risultanze della relazione depositata il 14 gennaio 2022 dalla CTU, [REDACTED] integrata dai chiarimenti forniti in data 4 gennaio 2023, per quanto concerne la determinazione degli interessi ai sensi dell'art 1284 c.c. (ovvero ai sensi dell'art 117, comma 7, TUB, quanto al primo conto corrente e limitatamente al periodo successivo all'entrata in vigore di tale disposizione) e l'esclusione delle voci addebitate in assenza di valida pattuizione. A corollario dei principi esposti, l'analisi degli estratti conto depositati ha consentito di rielaborare contabilmente i saldi, espungendo tutte le competenze addebitate in violazione delle disposizioni di legge e, successivamente, operando il ricalcolo delle competenze effettivamente dovute in linea con i principi sopra formulati, senza anatocismo, ed applicazione del tasso legale solo sino all'entrata in vigore dell'art 117, comma 7, TUB, e per il periodo successivo in base al tasso sostitutivo, senza contestazioni da parte degli attori (essendo le uniche osservazioni mosse dalla CT di parte convenuta).

In definitiva, **per il conto corrente n. [REDACTED]** si è pervenuti ad un saldo positivo di € 261.496,08, secondo la tabella riportata a pag 32 della relazione:

saldo bancario	- 215.141,66 €
saldo bancario ricalcolato (solo capitale)	194.672,80 €
interessi ricalc.	66.823,28 €
saldo bancario ricalcolato	261.496,08 €
differenza	476.637,74 €



Sul conto non è stata riscontrata presenza di usura originaria – questione assorbita dall'applicazione del tasso di legge- né in ogni caso il superamento della soglia di usura nei vari trimestri nel corso del rapporto.

Quanto al conto anticipi n. [REDACTED] dato atto che su tale rapporto non è presente anatocismo in quanto gli interessi passivi erano girocontati sul rapporto principale, contribuendo ad acuire tale effetto sul medesimo, la consulente ha provveduto ad applicare il tasso legale, dopo avere eliminato dai saldi le voci non concordate. Attesa la prescrizione riconosciuta delle rimesse solutorie, il computo finale ha portato ad un saldo passivo di € - 112.605,64, riassuntivamente riportato nella tabella inserita a pag. 36 della relazione.

saldo bancario	- €
interessi ricalc.	- 112.605,64 €
saldo ricalc.	- 112.605,64 €
differenza	- 112.605,64 €

Anche per tale conto non è stata riscontrata usura originaria, in assenza di contratto, mentre il superamento dei c.d. tassi soglia si è verificato in due trimestri (III del 2009 e I del 2010), con effetti limitati a complessivi € 1257,57.

Quanto al conto anticipi n. [REDACTED] dato atto che su tale rapporto non è presente anatocismo in quanto gli interessi passivi erano girocontati sul rapporto principale, contribuendo ad acuire tale effetto sul medesimo, e dell'assenza di rimesse solutorie in considerazione degli effetti della riclassificazione per data contabile, la consulente ha provveduto ad applicare il tasso legale, dopo avere eliminato dai saldi le voci non concordate.

I risultati dalla rielaborazione contabile hanno portato ad un saldo attivo di € 76.278,39, giusta tabella riportata a pag. 38 della relazione.



saldo bancario	- €
interessi ricalc.	76.278,39 €
saldo ricalc.	76.278,39 €
differenza	76.278,39 €

La verifica dell'usura ha consentito di acclarare il mancato superamento dei tassi soglia sia alla data di conclusione del contratto (non presente in forma scritta), sia nel corso del rapporto.

Per il conto corrente n [REDACTED] operando con i medesimi criteri, ad espungere le voci non dovute e l'anatocismo, e procedendo a ricomputare gli interessi al tasso sostitutivo, depurato dalle rimesse solutorie prescritte, anche originate dai conti accessori, la consulente ha determinato un saldo positivo di € 307.557,50 a credito della cliente. secondo la tabella riportata a pag 42 della relazione.

saldo bancario	- 1.786,35 €
saldo bancario ricalcolato (solo capitale)	311.529,07 €
interessi ricalc.	78.948,74 €
competenze c/ant. 68901.15	- 81.133,96 €
saldo bancario ricalcolato	307.557,50 €
differenza	309.343,85 €

Anche in tal caso, non è stata ravvisata usura originaria in assenza di contratto di apertura del conto corrente, mentre in corso di rapporto gli sconfinamenti hanno riguardato esclusivamente il IV trimestre 2009, per € 14,55,

Infine, **quanto al conto anticipi n** [REDACTED] dato atto che su tale rapporto non è presente anatocismo in quanto gli interessi passivi erano girocontati sul rapporto principale, contribuendo ad acuire tale effetto sul medesimo, e dell'assenza di rimesse solutorie in considerazione degli effetti della riclassificazione per data contabile, la consulente ha provveduto ad applicare il tasso legale, dopo avere eliminato dai saldi le



voci non concordate.

I risultati dalla rielaborazione contabile hanno portato ad un saldo negativo di € - 83.935,07, giusta tabella riportata a pag. 45 della relazione.

saldo bancario	- 0,00 €
interessi ricalc.	-83.935,07 €
saldo ricalc.	-83.935,07 €
differenza	- 83.935,07 €

Dalle verifiche, in assenza di contratto è stata esclusa ipotesi di usura del tasso di interessi originario, mentre nessuno superamento dei tassi soglia sono stati accertati in corso di rapporto.

In base alla rideterminazione dei singoli conti in base ai criteri esposti, la ricostruzione complessiva dei rapporti porta al riconoscimento di un credito della società attrice di complessivi € 448.791,27, come da tabella riportata alla pag. 47 della prima relazione di CTU.

rapporto	saldo ricalcolato
c/c 2641.07	261.496,08 €
c/ant. 3849.87	76.278,39 €
c/ant. 8693.32	- 112.605,64 €
c/c 4430.02	307.557,50 €
c/ant. 62577.52	- 83.935,07 €
totale aggregato	448.791,27 €

Più in generale, per tutti i conti anticipi il diritto alla ripetizione non può essere escluso in base alla precisazione del meccanismo operativo di tali conti, così che non può essere fatto proprio in differente computo di € 497.687,52, conseguente alle osservazioni sollevate dal consulente degli attori. Infatti, con riferimento a tutti i conti anticipi, il CTP di parte attrice ha segnalato che si tratterebbe in ogni caso di conti autoliquidanti, poiché qualificabili come conti meramente tecnici e i corrispondenti accrediti sono movimenti di giro dai conti ordinari, avendo solo funzione di liquidazione degli interessi maturati nel periodo di scopertura tra corresponsione



dell'anticipo e l'addebito operato sul conto. Secondo tale differente impostazione contabile, i saldi dei rapporti dei conti correnti n [REDACTED] e n [REDACTED] nonché del conto anticipi n [REDACTED] rimarrebbero invariati, mentre i conti anticipi n [REDACTED] e n [REDACTED] presenterebbero saldi a debito di minore entità in quanto tutte le rimesse sarebbero di natura ripristinatoria.

Tuttavia, tale considerazione non esclude che per gli addebiti a titolo di voci accessorie e competenze, valgano i medesimi principi per valutarne il carattere indebito nonché – quanto agli accrediti- il carattere solutorio o ripristinatorio, tenendo conto coerentemente che anche in ordine ai conti anticipi- di fatto- la società correntista ha operato oltre i limiti di affidamento. Su tale punto, i rilievi svolti dalla CTU nel primo elaborato (pag. 49), si presentano convincenti e ampiamente condivisibili, con conseguente adesione da parte del Tribunale alla prima ipotesi ricostruttiva, peraltro confermata in sede di conclusioni finali.

Il primo atto interruttivo della prescrizione è individuabile in concreto nella lettera notificata il 6 marzo 2017, avendo il contenuto idoneo a costituire in mora la banca in ordine all'asserito credito derivante dai rapporti richiamati, così che correttamente il CTU ha considerato prescritte le rimesse di natura solutoria antecedenti il decennio da tale data e non dalla data del 19 ottobre successiva. Accedendo alla ricostruzione dei saldi, pienamente conforme ai principi affermatasi in giurisprudenza, si avrà che il credito da riconoscere alla società attrice va determinato in € 448.791,27, secondo il seguente prospetto riepilogativo.



rapporto	saldo ricalcolato
c/c [REDACTED]	261.496,08 €
c/ant [REDACTED]	76.278,39 €
c/ant [REDACTED]	- 112.605,64 €
c/c [REDACTED]	307.557,50 €
c/ant [REDACTED]	- 83.935,07 €
totale aggregato	448.791,27 €

Saldo conto corrente n. [REDACTED]: € 261.496,08

Saldo conto anticipi n. [REDACTED]: € 76.278,39

Saldo conto anticipi n. [REDACTED]: € - 112.605,64

Saldo conto corrente n. [REDACTED]: € 307.557,50

Saldo conto anticipi n. [REDACTED]: € - 83.935,07

Saldo aggregato dei rapporti: € 448.791,27 (a credito per la parte attrice)

Su tale importo sono dovuti gli interessi di mora dalla data della domanda a norma del combinato disposto degli art. 1283 c.c. e 2033 c.c., non essendo stati provati e dedotti specifici elementi per ritenere la mala fede dell'*accipiens*.

V.

SULLA POSIZIONE DEI GARANTI

Nell'ambito del procedimento iscritto sub n. 3971/2017 RG, successivamente riunito, la Banca Monte dei Paschi ha eccepito la preclusione per le garanti di proporre relative al rapporto principale, richiamando la clausola del contratto di garanzia di pagamento a prima richiesta, in deroga ai termini prescritti dall'art. 1957 e indipendentemente dalle condizioni di cui all'art. 1948 c.c.

Sia in riferimento agli altri rapporti che ai profili di illegittimità sollevati in ordine al rapporto principale, sulla scorta delle clausole sottoscritte, i garanti non sarebbero comunque legittimati a sollevare le relative eccezioni in quanto i rapporti di garanzia troverebbero titolo in negozi che contenendo l'impegno al pagamento immediato ed in qualsiasi momento, clausola di pagamento c.d. "*a prima richiesta*", andrebbero qualificati come contratti autonomi di garanzia e comunque sarebbero del tutto slegati dalle obbligazioni nascenti dal contratto principale.



Vero è che le espressioni richiamate nei relativi negozi, infatti, possono essere riferite sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome), sia a garanzie, come quelle del fideiussore, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia, infine, a clausole il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune dei contraenti, ad una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art 1957 c.c. (*Cass., 9.8.2016, n 16825*).

La pretesa oggetto del decreto ingiuntivo, nel caso di specie trova titolo nel maggior credito derivante dal saldo del conto corrente ordinario n 2641-07 contestualmente fatto valere nei confronti della debitrice principale. In base alla prospettazione della banca, emergerebbe in modo chiaro la volontà delle parti di disancorare tutte le garanzie dal rapporto obbligatorio principale, inibendo al garante di poter muovere eccezioni afferenti tale rapporto per evitare l'adempimento dell'obbligazione assunta. Il pagamento immediato del debito potrebbe essere evitato soltanto qualora ricorrano le condizioni per l'esperimento dell' *exceptio doli generalis seu praesentis*, e cioè quando il rapporto garantito sia nullo per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa. Secondo l'interpretazione della S.C., la "*exceptio doli generalis seu praesentis*" ha fondamento storico romanistico nella circostanza che l'attore, nell'avvalersi di un diritto di cui chiede tutela giudiziale, si renda colpevole di frode, in quanto sottace, nella prospettazione della fattispecie controversa, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto fatto valere ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto stesso (*Cass., 1.10.1999, n 10864*). Nel caso di specie, già nella prima memoria depositata nel termine assegnato ai sensi dell'art 183, VI comma, n 1, cpc, dopo la riunione dei procedimenti, le fideiubenti hanno sollevato profili di invalidità della garanzia prestata sotto ulteriori profili, tra i quali anche quelli inerenti la disciplina a tutela della concorrenza.



Sotto il primo aspetto, essendo preclusa al fideiussore, in deroga all'art. 1945, l'opponibilità delle eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale, la richiesta di pagamento immediato deve risultare *prima facie* fraudolenta o abusiva sì da apparire all'evidenza contraria a norme imperative (Cass., 17.3.2006, n 5997; Cass., sez. III, 6.4.1998, n 3552; Cass., sez. I, 19.3.1993, n 3291) o per illiceità della causa, dovendo ritenersi che in quest'ultimo caso l'invalidità del contratto "*presupposto*" si comunichi al contratto di garanzia, rendendo la sua causa illecita (Cass. 7.3.2002, n 3326). In tale prospettiva, ai fini dell'accoglimento dell'"*exceptio doli*" è peraltro sufficiente che risulti "*prima facie*" o comunque da una prova c.d. liquida, cioè di pronta soluzione l'insussistenza della pretesa (Cass., 22.11.2019, n 30509).

Nell'ambito del dovere di protezione del garantito da possibili abusi del beneficiario e pena la perdita del diritto di rivalsa, l'eccezione è legittima in quanto sussistano prove sicure della malafede del beneficiario, desumibile da una chiaramente pretestuosa escussione di una garanzia bancaria "*a prima richiesta*", resa evidente dal certo ed incontestabile venir meno del debito garantito, atteso che solo tale evenienza si colloca al di fuori della portata e della funzione della clausola medesima, la quale, se la comprendesse, travalicherebbe i limiti della garanzia e si tradurrebbe nella costituzione di una "*obbligazione autonoma*", priva di causa, cioè della funzione di garanzia.

Nel presente giudizio, la stessa debitrice principale ha proposto opposizione e fatto valere un differente accertamento del credito.

Gli accertamenti svolti, proprio in ordine al conto corrente *de quo*, hanno evidenziato l'inesistenza del credito nei confronti della debitrice principale, così che risulterebbe certamente contrario al principio di buona fede far valere ragioni di credito nei confronti dei garanti, ritenute insussistenti senza neanche necessità di eccepire il controcredito derivante da altri differenti rapporti.



La domanda proposta va dunque accolta in tali limiti, con revoca del decreto ingiuntivo e conseguente condanna dalla banca convenuta al pagamento delle spese di lite, come liquidate in dispositivo tenendo conto dell'attività svolta e del valore della controversia in applicazione del principio stabilito dall'art. 91 c.p.c., compensate per un terzo in ragione dei profondi contrasti interpretativi esistenti in gran parte della materia trattata all'epoca della instaurazione del giudizio e, in parte, non ancora sopiti .

P.Q.M.

Il Tribunale di Prato, definitivamente pronunciando sulle domande spiegate dalla [REDACTED] nei confronti della MONTE DEI PASCHI DI SIENA SPA, , in persona del legale rappresentante p.t., con ricorso ex art 702 bis depositato in data 19 ottobre 2017, nonché sulla opposizione avverso decreto ingiuntivo n 1294/2017 (RGN. 3118/2017) del Tribunale di Prato del 12.10.2017, notificato il 30.10.2017, ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

a) accerta

il credito della società attrice nei confronti della banca convenuta, per le causali di cui alla motivazione della presente sentenza, in complessivi € 448.791,27 e condanna, per l'effetto, la convenuta al relativo pagamento a favore della società creditrice, con ulteriori interessi nella misura legale dalla domanda all'effettivo adempimento;

b) revoca

il decreto ingiuntivo nei confronti di tutti gli opposenti;

c) condanna

La Banca convenuta al pagamento in favore degli attori a delle spese processuali, liquidate in complessivi [REDACTED] per onorario di avvocato, oltre I.V.A., C.P.A. e spese generali nella misura di legge, spese esenti per € [REDACTED] nonché di CTP (documentate per [REDACTED] oltre IVA, Cnp) e di CTU nella misura separatamente liquidata, compensandole per un quarto

Così deciso in data 29 febbraio 2024, dal Tribunale di Prato, in persona del G.I. dott. Michele Sirgiovanni, in funzione di Giudice Unico.



Il Giudice Istruttore
Dott Michele Sirgiovanni

