

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI FIRENZE
TERZA SEZIONE CIVILE**

nella persona del Giudice dott. Umberto Castagnini ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. xxxx/2020 promossa da:

SOCIETA' CORRENTISTA (C.F. OMISSIS), con il patrocinio dell'avv. **OMISSIS** e dell'avv. **OMISSIS**

ATTORE

contro

BANCA S.P.A. (C.F. OMISSIS), con il patrocinio dell'avv. **OMISSIS**

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Parte attrice:

“Voglia l’Ecc.mo Tribunale adito, contrariis reiectis, accertati i fatti così come dedotti in narrativa e per le ragioni ivi espresse, - accertare e dichiarare la nullità delle clausole relative alla determinazione degli interessi ultralegali applicati al rapporto di conto corrente ordinario affidato N.xxxx (già n.xxxx, già n.xxxx, senza soluzione di continuità), di cui in premessa acceso presso la Banca convenuta; - dichiarare come dovuti i soli interessi legali ovvero i diversi tassi che risulteranno di giustizia; - accertare e dichiarare la nullità delle clausole relative alla determinazione degli interessi anatocistici passivi e l’illegittimità della prassi adottata dalla Banca, nei confronti del correntista in ordine alla capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi e determinare l’esatta modalità di calcolo degli interessi;

accertare e dichiarare la nullità delle clausole relative alla commissione di massimo scoperto e che nulla il correntista doveva alla Banca a detto titolo; - accertare e dichiarare la nullità delle clausole relative alle spese ed altri oneri e che nulla il correntista doveva alla Banca a detto titolo; - alla luce degli accertamenti di cui sopra, e di tutto quanto già esposto nella parte narrativa di codesto atto, dichiarare la risoluzione, per inadempimento della convenuta, per aver essa violato gli artt.1175 e 1375 c.c. (cfr. pagg.16- 17), del contratto di conto corrente affidato per cui è causa e, determinata all’attualità il saldo del conto corrente bancario in esame, condannare la Banca convenuta, in persona del legale rappresentante p.t., a pagare all’attrice, la somma di cui la stessa risulterà creditrice all’esito degli accertamenti di cui sopra e/o dell’espletanda istruttoria e quantificata in via prudenziale, sin da ora, in € 52.394,54, così determinata: € 9.610,21 derivanti dall’ammontare dell’anatocismo percepito illegittimamente dalla banca negli anni '08 – '16; € 28.469,71 derivanti dall’ammontare degli interessi ultralegali percepiti illegittimamente dalla banca negli anni '08 – '17; € 364,50 derivanti dall’ammontare della c.m.s. percepita illegittimamente dalla banca negli anni '08 - '09; € 13.950,12 derivanti dal ristorno delle spese percepite illegittimamente dalla banca negli anni '08 – '18 (cfr. Punto 8 Conclusioni - Allegato III, Tabella, Perizia OMISSIS– doc.1). Fatta salva la determinazione di ulteriori importi a seguito della produzione di ulteriori estratti conto, nonché della rivalutazione monetaria ed interessi legali dovuti dalla banca sui saldi rideterminati a credito della cliente. Salva, in ogni caso, la diversa – maggiore o minore – somma ritenuta di giustizia. In ogni caso con vittoria di spese ed onorari del giudizio”.

Parte convenuta:

“Voglia l’Ecc.mo Tribunale adito, ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione reietta, - NEL MERITO, - rigettare le domande attrici, in quanto infondate in fatto e in diritto. Con vittoria di spese, diritti ed onorari”.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione depositato il 20 novembre 2020 **SOCIETA' CORRENTISTA** ha agito in giudizio nei confronti di **BANCA s.p.a.** (già **Banca**) al fine di rideterminare il saldo del rapporto di conto corrente bancario n. xxxx (già c/c n. xxxx) ed ottenere la ripetizione delle somme indebitamente decurtate.

A fondamento della domanda, parte attrice ha dedotto:

- nullità delle clausole applicative degli interessi, delle spese e degli altri oneri e, in particolare, l'illegittimità del richiamo agli "usi piazza";
- l'applicazione di tassi di interesse e condizioni economiche senza espressa pattuizione;
- l'illegittima capitalizzazione degli interessi;
- l'applicazione di commissioni di massimo scoperto non pattuite;
- l'illegittima applicazione di spese e altri oneri;
- la contrarietà della condotta della Banca ai canoni di correttezza e buona fede contrattuali per aver percepito somme in forza di clausole nulle a danno del correntista.

BANCA s.p.a., tempestivamente costituitasi in giudizio, ha dedotto il difetto di prova del credito a causa della produzione incompleta degli estratti conto; la prescrizione del diritto per le rimesse effettuate nel periodo antecedente al decennio decorrente dal 17.1.2019 (quale primo atto interruttivo della prescrizione – doc. 5 citazione), mancando la prova di aperture di credito diverse da quella concessa in data 25.6.2018 (doc. 5 comparsa); l'infondatezza della contestazione relativa alla determinazione delle condizioni, delle spese e degli interessi risultando espressamente pattuite e sottoscritte sia riguardo al c/c ordinario (vedi doc. del 4.11.2008 – all. 4 comparsa) che all'apertura di credito (vedi doc. 5 comparsa); l'infondatezza delle eccezioni di illegittima capitalizzazione degli interessi e di commissione di massimo scoperto.

La causa, dopo essere stata istruita con CTU, è stata trattenuta in decisione all'udienza del 4.4.2023 previa concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c..

ooo ooo

1. Al fine di esaminare, nel merito, la domanda avanzata occorre innanzitutto delineare i principi applicabili alla fattispecie in ordine alla ripartizione dell'onere della prova.

1.1. Quando sia il cliente ad agire in giudizio per la ripetizione delle somme indebitamente versate o per far accertare un diverso saldo rispetto a quello risultante dal conto corrente spetta al cliente l'onere di provare l'inesistenza della causa giustificativa dei pagamenti effettuati mediante la produzione del contratto che contiene siffatte clausole, salvo che alleghi la conclusione del contratto 'verbis tantum', la quale, se pacifica, impone al giudice di rilevare la nullità del negozio e quindi la mancata valida pattuizione di interessi ultralegali e commissione di massimo scoperto, mentre, ove contestata, esime il correntista dall'onere di fornire la prova negativa dell'accordo, che spetta semmai alla banca documentare (Cass. 6480/2021).

Si deve quindi distinguere l'ipotesi in cui il correntista abbia eccepito la nullità di alcune clausole contrattuali inserite in un documento che non sia tuttavia prodotto in giudizio dal caso in cui il correntista assuma che alcun contratto, in forma scritta, sia stato concluso.

Nella prima ipotesi, la Banca non può ritenersi onerata della produzione del contratto neppure invocando il cd. principio di vicinanza della prova in quanto tale principio non opera quando "ciascuna delle parti, almeno di regola, acquisisce la disponibilità del documento al momento della sua sottoscrizione" (Cass. 19566/2021; Cass. 33009/2019). E' infatti il correntista onerato alla produzione del contratto al fine di dimostrare la natura indebita delle somme contestate.

Tale principio, di carattere generale, sempre operante ove si faccia questione di un contratto pacificamente concluso per iscritto, si presta invece ad essere diversamente modulato nella seconda ipotesi, ovvero quando l'attore abbia allegato che nessun contratto in forma scritta è stato sottoscritto.

In sostanza, quando la domanda basata sul mancato perfezionamento del contratto nella forma scritta sia contrastata dalla banca (che quindi sostenga la valida conclusione, del negozio) non può gravarsi il correntista, attore in giudizio, della prova negativa della documentazione dell'accordo, che assume inesistente, incombendo semmai alla banca convenuta di darne positivo riscontro.

1.2. Il correntista è inoltre tenuto alla produzione degli estratti conto necessari per la ricostruzione del rapporto.

La giurisprudenza di legittimità ha però oramai chiarito che il correntista che agisca per ottenere la declaratoria di nullità di determinate clausole contrattuali, ben può limitare la domanda di ripetizione alle sole somme percepite dalla banca in dipendenza di quelle clausole, limitando la prova al periodo

temporale rispetto al quale è stata formulata la domanda. Pertanto, la produzione incompleta di estratti conto non comporta di per sé il rigetto della domanda.

In caso di mancanza della serie iniziale di estratti conto, "ove sia il correntista ad agire in giudizio per la ripetizione e il primo degli estratti conto prodotti rechi un saldo iniziale a suo debito, è del pari legittimo ricostruire il rapporto con le prove che offrano indicazioni certe e complete e che diano giustificazione del saldo riferito a quel momento; è inoltre possibile prendere in considerazione quegli ulteriori elementi che consentano di affermare che il debito nel periodo non documentato sia inesistente o inferiore al saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti, o che addirittura in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso; in mancanza di elementi nei due sensi indicati dovrà assumersi, come dato di partenza per la rielaborazioni delle successive operazioni documentate, il detto saldo" (Cass. 11543/2019; Cass. 9140/2020).

Tale conclusione viene convincentemente argomentata nel senso che, quando la banca assume la veste di convenuta, è il correntista a dover dissolvere l'incertezza relativa al pregresso andamento del rapporto, sicchè, in assenza di contrari riscontri, la base di calcolo potrà attestarsi sul saldo iniziale del primo degli estratti conto acquisiti al giudizio, che, nel quadro delle risultanze di causa, è il dato più sfavorevole allo stesso attore. (Cass. 6063/2021).

1.3. Va infine ricordato che il principio dell'onere della prova non implica che la dimostrazione di fatti costitutivi del diritto azionato debba ricavarsi esclusivamente dalle prove offerte da colui che è gravato del relativo onere: in base al principio di acquisizione, tutte le risultanze istruttorie comunque ottenute - quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale siano formate - concorrono alla formazione del convincimento del giudice.

1.4. Nel caso di specie, parte attrice non ha dedotto l'assenza del contratto scritto ma ha censurato le singole clausole contrattuali relative agli interessi, commissioni e altre spese.

Parte attrice ha prodotto il contratto di conto corrente aperto in data 18.1.1991 assolvendo quindi al proprio onere probatorio (doc. 2 citazione).

In relazione agli estratti conto, il primo estratto conto prodotto risale al 1.4.2008 e presenta un saldo debitore di - 26.369,04 pertanto, non avendo parte attrice documentato il periodo precedente, il CTU - in applicazione dei principi sopra richiamati - ha utilizzato tale dato di partenza.

Le carenze documentali riscontrate non hanno compromesso l'indagine peritali essendosi il perito attenuto ai criteri metodologici indicati nel quesito in conformità ai principi richiamati.

2. Il contratto di apertura del conto conto, datato 18.10.1991 (doc.2), all'art.7 delle "Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi" determina il tasso debitore e gli ulteriori oneri e commissioni applicati al rapporto negoziale, attraverso il generico rinvio al c.d. "uso piazza", vale a dire, secondo quanto generalmente praticato dagli istituti di credito in una determinata zona.

La contestazione di parte attrice relativa all'invalidità della clausola contrattuale "usi di piazza" è fondata.

Sul punto occorre premettere che dall'entrata in vigore della legge n. 154/1992 prima e del D.gs. 385/1993 poi è stata stabilita ex lege la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione degli interessi. Tale assunto è stato ritenuto valido anche per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore delle suddette normative, dal momento che la giurisprudenza di legittimità è costante nell'estendere tale nullità anche ai predetti, in quanto le condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito su piazza non costituiscono un riferimento idoneo a consentire una oggettiva determinabilità del tasso di interesse convenzionale (cfr. Cass. sez. I, n. 4094 del 25/02/2005; Cass. civ. n. 1287 dell'01/02/2002; Cass. civ. n. 5675 del 18/04/2001; Cass. civ. n. 9465 del 19/07/2000; Cass. civ. n. 7871 dell'11/08/1998; Cass. civ. n. 4696 dell'08/05/1998; Cass. civ. n. 6247 del 23/06/1998; Cass. civ. n. 11042 del 10/11/1997). Riguardo all'applicazione del tasso sostitutivo, in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale (n. 338 del 18.12.2009), è stato ritenuto condivisibile l'orientamento giurisprudenziale espresso da una parte della giurisprudenza di legittimità (Cfr. Cassazione 1° marzo 2007, n. 4853, e Cassazione 21 dicembre 2005, n. 28302) che - muovendo dalla premessa secondo cui la irretroattività (espressamente sancita dall'art. 161, comma 6, del testo unico bancario) della nuova disciplina della nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse si estende anche alla censurata previsione (derogatoria rispetto a quella previgente, fondata su quanto disposto dal terzo comma dell'art. 1284 del codice civile) della sostituzione automatica della clausola nulla, il cui effetto opera in ragione (ed a cagione) della nullità parziale ex art. 1419, secondo comma,

cod. civ., derivante dalla mancata osservanza di requisiti sostanziali e formali di singole clausole di contratti stipulati nella vigenza della nuova disciplina – conclude nel senso della applicabilità ai contratti stipulati anteriormente non già della nuova previsione sostitutiva, bensì degli interessi legali di cui, appunto, al citato art. 1284, terzo comma, del codice civile. Conseguentemente per i contratti già in essere alla data di entrata in vigore della L. 154/1992, la nullità della clausola che per la determinazione degli interessi faccia rinvio agli usi comporta quale tasso sostitutivo applicabile il tasso legale ex art. 1284, terzo comma c.c. per tutto il periodo in cui si è sviluppato il rapporto anche quello successivo all'entrata in vigore della nuova normativa. A tal riguardo il CTU ha dedotto di aver applicato “i tassi legali in mancanza di valide pattuizioni fino al riscontro di queste ultime, ossia fino al 25/06/2018” (cfr. pag. 20 CTU), posto che, come rilevato in data 22.3.2022 da questo Giudice, la comunicazione del 4.11.2008 (doc. 4 comparsa) non costituisce una valida pattuizione bilaterale. Invero, la comunicazione trasmessa dalla Banca al correntista risulta una mera illustrazione delle condizioni regolanti il rapporto di c/c, e quindi di quelle che -in quel determinato momento- erano per l'istituto di credito gli “usi piazza”, senza tuttavia che tale documento corrisponda ad una espressa accettazione da parte dell'attore e, come tale, non è idoneo a determinare la conclusione di un accordo tra le parti. La sottoscrizione attesta solo la ricezione del documento ma non l'incontro di volontà tra le parti. Peraltro, la firma apposta dal sig. **OMISSIS** alla suddetta comunicazione del 4.11.2008 non può dirsi idonea ad impegnare la società attrice, in quanto il potere di delega a costui conferito (doc. 9 memoria n. 2 convenuta) non risulta comprensivo né del rapporto contrattuale oggetto di causa, né specificamente della facoltà di accettare nuove proposte contrattuali formulate dall'istituto bancario in nome della stessa società attrice (vedi doc. 9 memoria n. 2 convenuta). La gestione e l'operatività sul conto corrente non comprende infatti il potere di modificare le condizioni contrattuali esistenti.

3. In merito all'anatocismo si osserva che il contratto di conto corrente è stato sottoscritto antecedentemente alla delibera CICR del 9.2.2000, attuativa del d.lgs 432/1999, entrata in vigore il 22.4.2000.

Come noto, in materia di interessi anatocistici si sono pronunciate le Sezioni Unite della Suprema Corte, da un lato, escludendo la ravvisabilità di usi normativi e, dall'altro, evidenziando che la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario è sempre illegittima, anche con riguardo al periodo anteriore alle decisioni con le quali la stessa Corte di Cassazione -a far data dalla sentenza n. 2374/1999- - ponendosi in contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale sin lì seguito aveva accertato l'inesistenza di un uso normativo idoneo a derogare al precetto dell'art. 1283 c.c. (cfr. Cass. SS.UU., 21095/2004).

Alla nullità della clausola che prevede la capitalizzazione consegue che gli interessi debbono essere ricalcolati senza capitalizzazione alcuna (cfr. Cass. SS.UU n. 24418/2010).

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 425/2000, ha infatti dichiarato l'illegittimità dell'art. 25 del d.lgs 342/1999 nella parte in cui stabiliva che le clausole riguardanti la produzione degli interessi sugli interessi maturati, contenuti nei contratti stipulati anteriormente alla delibera, fossero valide ed efficaci sino a tale data.

La disciplina introdotta nel 2000, in deroga al principio codicistico posto dall'art. 1283 c.c., ha invece legittimato l'anatocismo per l'attività bancaria purché la capitalizzazione degli interessi fosse specificatamente pattuita per iscritto e con pari periodicità della capitalizzazione (art. 6).

L'art. 7 della delibera ha previsto una specifica disciplina per i rapporti già in corso al momento dell'entrata in vigore della delibera prevedendo che le condizioni contrattuali vigenti avrebbero dovuto essere adeguate al contenuto della delibera entro il 30.6.2000 con effetti a decorrere dal successivo 1 luglio.

In particolare, veniva previsto che in caso di adeguamento non peggiorativo per la clientela delle condizioni precedentemente applicate le banche avrebbero potuto limitarsi entro il predetto termine a pubblicare nella Gazzetta Ufficiale la comunicazione delle nuove condizioni, dandone notizia per iscritto alla clientela. In caso di modifiche peggiorative, le nuove condizioni avrebbero invece dovuto essere approvate dalla clientela per iscritto (art. 7, comma 3).

Si è posta quindi la questione delle modalità con le quali le banche avrebbero potuto validamente ed efficacemente procedere all'adeguamento dei contratti pendenti ovvero se le modifiche (che introducevano la pari periodicità della capitalizzazione) potessero ritenersi migliorative rispetto al regime previgente, assumendo quale “pietra di paragone” il contenuto economico delle precedenti

clausole, anche se affette da nullità, che prevedevano la capitalizzazione trimestrale dei soli interessi passivi e annuale per quelli attivi.

In ordine alle modalità di adeguamento, la Suprema Corte ha da ultimo statuito che “nei contratti di conto corrente bancario stipulati in data anteriore all'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 425 del 2000, pur non avendo interessato il comma 2 di tale disposizione, che costituisce il fondamento del potere esercitato dal CICR mediante l'adozione della predetta delibera, ha inciso indirettamente sulla disciplina transitoria dettata dall'art. 7 di tale provvedimento, in quanto, avendo fatto venir meno, per il passato, la sanatoria delle clausole che prevedevano la capitalizzazione degli interessi, ha impedito di assumerle come termine di comparazione ai fini della valutazione dell'eventuale peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, in tal modo escludendo la possibilità di provvedere all'adeguamento delle predette clausole mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, come consentito dal comma 2 dell'art. 7, e rendendo invece necessaria una nuova pattuizione (cfr. Cass., Sez. I, 19/05/2020, n. 9140; 21/10/2019, nn. 26769 e 26779).

A sostegno di tali conclusioni, si è osservato che a) la pronuncia di incostituzionalità ha investito il solo tema della validazione delle clausole anatocistiche fino al momento in cui è divenuta operante la delibera 9 febbraio 2000, ma non ha direttamente inciso sull'attribuzione al CICR del potere di regolamentare il transito dei vecchi contratti nel nuovo regime, b) la portata retroattiva della pronuncia d'incostituzionalità impone tuttavia di considerare nulle le clausole anatocistiche inserite in contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della delibera CICR, c) la circostanza che la delibera sia stata adottata anteriormente alla pronuncia d'incostituzionalità non comporta che, ai fini del giudizio di comparazione previsto dal comma 2 dell'art. 7 della delibera, possa conferirsi rilievo all'applicazione di fatto delle predette clausole, prescindendo dall'invalidità delle stesse, d) la comparazione non deve avere ad oggetto le condizioni contrattuali nel loro complesso, ma solo la clausola anatocistica, da valutarsi in relazione al principio della pari periodicità nel conteggio degli interessi, stabilito dall'art. 2, comma 2, della delibera, e) in mancanza di una clausola valida che preveda, per almeno una delle due tipologie di interesse (attivo o passivo) una capitalizzazione da attuarsi con una data frequenza, è impossibile stabilire se il predetto criterio sia favorevole o sfavorevole per il correntista”. (Cass. 17634/2021; in questo senso anche Corte di Appello di Firenze, n. 2223/2021, n. 1604/2021).

Non essendo pertanto operante tale modalità di adeguamento semplificata, rimessa alla mera iniziativa della Banca, si ritiene necessaria una specifica pattuizione scritta bilaterale.

Successivamente è intervenuta la Legge 147/2013 che ha modificato l'art 120, comma 2 TUB prevedendo che: “Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che:

- a) nelle operazioni in conto corrente sia assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori;
- b) gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale.”.

La novella della l. 147/2013 demandava quindi al CICR l'emanazione della disciplina attuativa relativa alle modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria.

Tale disposizione è stata ulteriormente innovata a distanza di meno di due anni dall'art. 17-bis della L. 49/2016.

In relazione alla breve finestra temporale (2014-2016) si è posto il problema della sua effettiva vigenza tenuto conto della mancata emanazione della delibera attuativa da parte del CICR.

Il Tribunale aderisce all'orientamento giurisprudenziale che esclude che la modifica normativa introdotta nel 2014, in assenza di delibera attuativa (espressamente richiamata dall'art. 120, comma TUB) potesse assumere immediata portata precettiva in ordine al divieto di anatocismo.

Ciò, alla luce del criterio interpretativo previsto all'art. 161, comma 5 TUB, secondo cui “Le disposizioni emanate dalle autorità creditizie ai sensi di norme abrogate o sostituite continuano a essere applicate fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati ai sensi del presente decreto legislativo.”.

In sintesi, anche successivamente all'entrata in vigore della L. 147/2013 (Legge di Stabilità 2014) la capitalizzazione è da ritenersi legittima in mancanza di una delibera attuativa da parte del CICR, intervenuta solo nel 2016.

L'art. 120 TUB è stato infatti modificato dall'art. 17-bis della L. 49/2016 a cui è seguita la delibera attuativa CICR del 3 agosto 2016.

E' stato, in sintesi, previsto:

- che la periodicità minima di conteggio degli interessi non sia inferiore ad un anno;
- che gli interessi maturati nel corso dell'anno vengano contabilizzati ogni 31/12 e in ogni caso al termine del rapporto;
- che gli interessi debitori conteggiati extra fido diventano esigibili il successivo 1/03;

In linea generale, pertanto, gli interessi ed il capitale costituiscono due "poste" separate. Tuttavia, l'art. 120, comma 2 n. 2 lett. b) ha previsto che il cliente possa "autorizzare anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto, al momento in cui questi divengono esigibili", con la conseguenza che gli stessi, da quel momento, sono considerati sorte capitale e sottoposti, quindi, al relativo regime.

La Delibera precisa all'art. 5 che le disposizioni attuative debbano applicarsi "al più tardi agli interessi maturati a partire dal 1 ottobre 2016" e che i contratti in corso possano essere adeguati ai sensi dell'art. 118 TUB (ius variandi) rispetto al quale l'adeguamento costituisce giustificato motivo.

Nel caso di specie, il CTU ha correttamente rilevato che "in mancanza di una specifica pattuizione in merito" – che era onere della Banca produrre in giudizio al fine di dimostrare l'adeguamento della capitalizzazione alla normativa sopravvenuta- "non è stata effettuata alcuna capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori e creditori" (cfr. pag. 20-21 CTU).

4. Quanto alla CMS, per rispettare i requisiti di determinatezza o determinabilità (art. 1346 c.c.), deve prevedere espressamente sia il tasso della commissione che i criteri e la periodicità del calcolo (ovvero la percentuale, la base di calcolo, i criteri e la periodicità dell'addebito).

Nel caso di specie, ha rilevato il CTU che "la CMS addebitata è stata oggetto di eliminazione poiché non validamente pattuita e perché non è stata esplicitata la base di calcolo e le modalità applicative di tale spesa" (cfr pag. 21 CTU), così come le spese e gli altri oneri illegittimi, parimenti eliminati fino alla loro espressa pattuizione (cfr. pag. 21 CTU).

5. A questo punto si deve quindi passare a valutare l'eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca.

5.1. A tal fine occorre muovere dai principi affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 24418/2010. È pacifico che perché possa sorgere il diritto alla ripetizione di un pagamento indebitamente eseguito, tale pagamento deve esistere ed essere ben individuabile. Per esistere, il pagamento deve essersi tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto (solvens) con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (accipiens).

Non può quindi ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico definibile come "pagamento", nel senso anzidetto, che l'attore affermi indebito.

I versamenti effettuati dal correntista durante lo svolgimento del rapporto potranno esser considerati pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione, quando abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca, e cioè quando siano stati eseguiti su un conto in passivo (o "scoperto") cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento.

Per converso, quando il passivo non ha superato il limite dell'affidamento concesso, i versamenti in conto fungono unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere, rispetto ai quali la prescrizione decennale 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.

La Suprema Corte ha poi chiarito che l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da un'apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto e la dichiarazione di volerne profittare, senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie (Cassazione civile, sez. un., 13/06/2019, n. 15895).

5.2. Constatata la natura dirimente della distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie ai fini della valutazione dell'intervenuta prescrizione del credito, si tratta di valutare se sia la Banca a dover provare la natura solutoria delle rimesse o il cliente quella ripristinatoria.

Secondo un primo ed isolato precedente (Cass. 4518/2014), il conto corrente in costanza di rapporto ha normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determina uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens "per cui una diversa finalizzazione dei singoli versamenti (o di alcuni di essi) deve essere in concreto provata da parte di chi intende far decorrere la prescrizione dalle singole annotazioni", ovvero -nel caso di specie- dalla Banca. La diversa natura "solutoria" delle rimesse rappresenterebbe quindi uno specifico fatto costitutivo dell'eccezione di prescrizione.

Secondo un orientamento "intermedio" occorrerebbe invece distinguere tra l'ipotesi di conti affidati e non affidati. (Cass. 20933/2017; Cass. 12977/2018): "in caso di conto non affidato, tutte le rimesse devono automaticamente reputarsi solutorie, con conseguente inesistenza di alcun onere in capo alla banca di individuarle specificamente. Diversamente, nell'ipotesi di conto affidato, sarebbe la Banca onerata della prova delle rimesse effettuate oltre l'ammontare del fido accordato, fornendo quindi la prova del relativo limite". Le conseguenze negative della mancata prova dell'ammontare del fido ricadrebbero pertanto sull'istituto di credito.

Secondo il più recente orientamento, che il Tribunale condivide, "in presenza di eccezione di prescrizione della banca, è onere del correntista, attore in ripetizione dell'indebitato, allegare e provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito in conto corrente, che consenta di qualificare come non già solutorie, bensì meramente ripristinatorie della provvista, le rimesse effettuate entro i limiti dell'affidamento (cfr. Cass. 27704/2018; 2660/2019; 31927/2019)" (da ultimo Cass. 1388/2022).

L'esistenza di un'apertura di credito costituisce un fatto modificativo che consente di qualificare i versamenti come mero ripristino della disponibilità accordata consentendo così di spostare l'inizio del decorso della prescrizione alla chiusura del conto.

L'apertura di credito non è infatti di per sé, come è noto, un contratto necessariamente riconnesso a quello di conto corrente, con il quale la banca si impegna ad offrire al cliente un servizio di cassa con utilizzo della provvista propria del cliente e non a mettere a disposizione denaro.

Del resto, onerando la Banca della prova della natura solutoria delle rimesse si imporrebbe alla stessa una prova del tutto negativa consistente nell'assenza della stipulazione del fido.

5.3. Ciò posto, ulteriore questione controversa è se sia necessaria la produzione in giudizio del contratto di apertura di credito oppure se il correntista possa eccepire l'esistenza di un fido di fatto.

Il primo ostacolo all'ammissibilità del cd. fido di fatto viene rinvenuto nella disciplina dettata dall'art. 117 TUB il cui comma 1 prescrive che i contratti bancari e finanziari -nel cui novero rientra anche il contratto di apertura di credito- siano redatti per iscritto e che un esemplare sia consegnato al cliente.

L'art. 117, comma 2 TUB abilita la Banca d'Italia, su conforme delibera del CICR, a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa a quella scritta quando le "le operazioni e i servizi sono effettuati in esecuzione di contratti eseguiti per iscritto".

Tale previsione (applicabile ai contratti stipulati dopo il 1992) va intesa nel senso che il "contratto madre" deve comunque indicare le condizioni economiche a cui sarà assoggettato il "contratto figlio". Si è quindi affermato che "non può ritenersi nullo per carenza del requisito della forma scritta il contratto di apertura di credito concluso con un'impresa correntista, allorquando l'originario contratto di conto corrente -regolarmente stipulato per iscritto- abbia già compiutamente disciplinato il contratto di apertura di credito". (Cass. 27836/2017).

Anche in difetto di tali condizioni, ovvero quando il contratto di conto corrente manchi o non abbia già disciplinato il contratto di apertura di credito, ritiene il giudicante che il difetto di forma scritta non sia un'argomentazione idonea ad escludere la possibilità del correntista di provare aliunde l'esistenza di un affidamento, quale contro-eccezione rispetto all'eccezione di prescrizione sollevata dalla Banca.

Infatti, come osservato da parte della giurisprudenza di merito, la nullità dell'apertura di credito che discenderebbe dal difetto di forma scritta richiesta ad substantiam, come in generale le nullità previste dal T.U.B. (art. 127, comma 2, T.U.B.) è una nullità di protezione, che può essere fatta valere soltanto dal cliente (o dal giudice, se vantaggiosa per il cliente); ragion per cui è facoltà di quest'ultimo rinunciare a far valere la predetta nullità e chiedere l'esecuzione del contratto bancario privo della forma scritta.

Se così è, se cioè al cliente è accordata la possibilità di chiedere l'esecuzione del contratto privo della forma scritta ad substantiam, conseguentemente non può essergli preclusa ex art. 2725 c.c. la possibilità di provare l'esistenza del contratto; prova che può essere fornita anche presuntivamente, evidenziando

indici sintomatici gravi, precisi e concordanti idonei a dimostrare in modo univoco l'esistenza dell'affidamento.

5.4. Se dunque astrattamente non può ritenersi preclusa la prova della conclusione di un contratto di affidamento per facta concludentia, si pone il problema di accertare l'esistenza e la misura del fido allorquando il rapporto non sia consacrato in un documento scritto.

Quanto alla prova dell'esistenza del fido la giurisprudenza di merito ha indicato una serie di indici sintomatici della concessione di fatto dell'affidamento, rimessi al prudente apprezzamento del giudice; a titolo esemplificativo:

- la stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito (pluriennale) correlata;
- la mancata richiesta di rientro del cliente dallo scoperto di conto corrente;
- l'entità del saldo debitore;
- la previsione di una commissione di massimo scoperto;
- l'indicazione della Banca nella centrale rischi della soglia di affidamento;
- la mancata segnalazione negli anni in centrale rischi per sconfini o sofferenza;
- la previsione e l'applicazione di distinti tassi debitori.

Occorre tuttavia evidenziare che la presenza di tali indici non consente sempre di identificare la misura dell'affidamento.

Secondo una parte della giurisprudenza, il limite massimo dovrebbe essere individuato nello stesso massimo scoperto "di fatto" consentito dalla banca prima dell'adozione da parte di quest'ultima di qualsivoglia iniziativa di rientro in quanto la predeterminazione del limite massimo, non costituirebbe peraltro "elemento essenziale della causa di contratto di apertura credito in conto corrente" (Cass. n. 3842/1996). (in questo senso cfr. Tribunale di Prato, 18/02/2016; Tribunale di Torino 11 marzo 2015, Tribunale di Livorno, n. 176/2017 in De Jure).

Tale tesi non può tuttavia essere condivisa.

Innanzitutto, sulla base della stessa definizione posta dall'art. 1842 c.c. dell'apertura di credito bancario ("contratto con il quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di denaro per un dato periodo di tempo a tempo indeterminato") non sembra potersi concludere che la misura dell'affidamento non è un elemento essenziale del contratto, non potendo diversamente determinarsi i limiti dell'obbligazione in capo alla Banca.

La prova del limite dell'affidamento è inoltre necessaria per trarre il discrimine tra rimesse intra ed extra fido, né tale entità può essere identificata con la più elevata esposizione debitoria raggiunta, poiché ciò determinerebbe un'indebita inversione dell'onere della prova (in questo senso cfr. Corte di Appello di Firenze, n. 551/2021; n. 1651/2021; n. 161/2022).

Tale principio risulta inoltre conforme anche alla giurisprudenza che si è affermata in materia di revocatorie fallimentari. In tale prospettiva, l'interesse della Banca è quello di allegare e provare l'esistenza di un'apertura di credito al fine di dimostrare la natura ripristinatoria delle rimesse per sottrarle alla revocatoria fallimentare. In relazione a tale ipotesi, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto necessario che la Banca, al fine di dimostrare la natura non solutoria del versamento, fornisca la prova dell'esistenza, del periodo e dell'ammontare dell'affidamento accordato al correntista (Cass. 14470/2005; Cass. 14676/2007).

Pertanto, in maniera speculare, si ritiene che tale prova incomba nell'azione di ripetizione dell'indebitato sul correntista che intenda paralizzare l'eccezione di prescrizione sollevata dall'istituto di credito dimostrando la natura ripristinatoria delle rimesse.

Anche la più recente giurisprudenza di legittimità sembra comunque richiedere che il correntista provi la misura dell'affidamento (Cass. 188/2022).

5.5. Ciò chiarito, la questione dell'ammissibilità del cd. fido di fatto non va pertanto posta sotto il profilo della forma, stante le considerazioni già dette sulla nullità di protezione, ma sotto il profilo probatorio. Non tutti gli indici sintomatici di un fido di fatto, tradizionalmente indicati dalla giurisprudenza di merito, consentono infatti di determinare in maniera univoca la misura dell'affidamento.

Qualora ciò non risulti possibile, l'incompletezza della prova, va a svantaggio del soggetto gravato dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c., ovvero il correntista.

E' invece ammissibile la prova indiretta dell'affidamento purché idonea a dimostrare gli elementi essenziali del fido, ivi inclusa la misura dell'affidamento.

In tal caso, risulta fuorviante l'espressione "fido di fatto", in relazione alla quale parte della giurisprudenza anche di legittimità ha mostrato qualche perplessità, ma si può parlare di "fido

diversamente provato” o “fido da estratto conto” (in questo senso Tribunale Busto Arsizio, sez. III, 11/02/2021, n. 214 in De Jure).

5.6. Venendo al caso di specie, il CTU ha osservato che “ai fini della verifica della prescrizione in oggetto non sono state riscontrate pattuizioni in relazione alla concessione di aperture di credito (nel suo ammontare) sul conto corrente oggetto di verifica” e che nemmeno “si riscontrano elementi che possano individuare un’apertura di credito di fatto”.

Pertanto le rimesse effettuate devono ritenersi di natura solutoria e come tali prescrivibili.

Posto che in data 17.1.2019 è stata trasmessa la richiesta di rimborso delle spese asseritamente illegittime da parte attrice alla Banca (doc. 5 citazione), la verifica del CTU sulla prescrizione si è incentrata sulle rimesse effettuate nel periodo antecedente al decennio 17.1.2009.

E’ stato rilevato dal CTU che l’ultima rimessa solutoria risale al 5.01.2009 e che, pertanto, l’ammontare delle rimesse eseguite sino a tale periodo corrisponde ad euro 84.365,24 (all. 11 CTU) considerato il saldo banca, nonché ad euro 84.178,25 (all. 12 CTU) considerato il saldo rettificato (pag. 23 CTU).

6. Il CTU ha infine provveduto a rideterminare il rapporto dare-avere tra le parti e il credito della società attrice che, a fronte di un saldo debitorio al 30.6.2020 corrispondente ad euro – 51.090,04, è risultato pari alla somma di + euro 5.818,98 (v. pagg. 10, 11 e 25 CTU).

Parte attrice asserisce che la somma da rifondere al correntista sarebbe pari ad € 56.909,02 essendovi prova che il conto corrente, al 30.12.2020 sia stato chiuso, a fronte della lettera di recesso inviata dalla Banca (doc. 4).

La domanda di ripetizione non può essere accolta.

Innanzitutto, l’ accertamento peritale si riferisce al conteggio di competenze fino al 30.6.2020 (v. pag. 11 ctu e all. 10) e non alla data di chiusura del rapporto.

Mentre l’azione di accertamento e di rideterminazione del saldo è accoglibile in quanto non rileva lo stato di apertura o chiusura del conto corrente, la domanda di ripetizione ex art. 2033 c.c. presuppone invece la prova della chiusura del conto corrente perché postula l’esistenza di un pagamento ripetibile da parte del correntista che, avuto riguardo alle modalità di funzionamento del rapporto di conto corrente, si rende configurabile all’atto della chiusura del rapporto.

Il CTU ha accertato (v. pag. 10 relazione peritale) che il conto corrente n. 4405 era ancora aperto alla data del 31.12.2020. Né la chiusura del conto corrente risulta dall’ultimo estratto conto prodotto in atti. Non appare sufficiente la mera comunicazione del recesso da parte della Banca nell’ipotesi in cui, dall’analisi dei documenti contabili prodotti, non risulti che vi sia stata poi una effettiva chiusura, per volontà dell’una o dell’altra parte, del rapporto contrattuale. Infatti, in tale missiva il correntista veniva invitato a recarsi presso lo sportello “per la regolarizzazione del saldo relativo”.

Ad ogni buon conto, risulta erronea la tesi attorea secondo cui l’importo ripetibile sarebbe pari all’ammontare totale degli indebiti (€ 56.909,02) perché ciò presupporrebbe la prova del ripianamento del saldo debitore al 30.6.2020 risultante dagli estratti conto.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, ritenuta inammissibile l’azione di ripetizione, va quindi accertato e dichiarato che, al 30.6.2023, il saldo del conto corrente, rettificato, risulta pari a € + 5.818,98 in favore del correntista.

7. Le spese di lite vanno integralmente compensate in ragione del parziale accoglimento della domanda attorea e della mancata accettazione della proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c., a cui aveva invece aderito l’istituto di credito, il cui contenuto non si discosta in maniera significativa rispetto all’esito finale del giudizio.

Parte attrice ha infatti insistito, anche nella fase conclusiva, nella domanda di ripetizione di ripetizione di tutte le somme indebitamente trattenute dall’istituto di credito senza tener tuttavia conto del saldo debitore risultante dagli estratti conto.

In applicazione del principio di causalità le spese di CTU vanno invece poste a carico integrale della Banca in considerazione delle illegittimità comunque riscontrate e delle rettifiche operate.

P.Q.M.

Il Tribunale di Firenze, definitivamente decidendo, ogni diversa istanza, domanda ed eccezione disattesa o assorbita così provvede:

Sentenza, Tribunale di Firenze, Giudice Umberto Castagnini, n. 2185, del 17/07/2023

- 1) accertate le nullità di cui in motivazione in relazione al rapporto di conto corrente n. xxxx e le somme indebitamente decurtate nel corso del rapporto, accerta e dichiara che al 30.6.2020 il saldo di conto corrente n. xxxx deve essere rettificato in + € 5.818,98 in favore di **SOCIETA' CORRENTISTA**;
- 2) dichiara integralmente compensate le spese di lite;
- 3) pone definitivamente le spese di CTU, liquidate con separato decreto, a carico di **BANCA Spa**.

Così deciso in Firenze il 14 luglio 2023

Il Giudice
dott. Umberto Castagnini

EX PARTE