



# La ricostruzione giudiziaria del rapporto di conto corrente(\*)

Vincenzo Farina

Professore associato di Diritto privato

## SINTESI

### a) Conto corrente tra autonomia e collegamento

Nell'ambito dei contratti bancari regolati in conto corrente occorre assumere una prospettiva di valutazione che valorizzi la reale operazione economica di volta in volta realizzata dalle parti senza attribuire peso determinante alle costruzioni teoriche volte a stabilire in termini generali e astratti l'autonomia o meno del rapporto di conto corrente. A tal stregua la progressiva centralità in quest'ambito del contratto di apertura di credito offre una chiara dimostrazione di tale assunto.

### b) Fenomeni di rilievo pratico attuale

Tra i casi dotati di particolare rilievo pratico, in particolare, sono oggetto di considerazione il rapporto tra conto corrente principale e «conti anticipi» e il correlato problema del computo della capitalizzazione e del tasso usuraio, il consolidamento del rapporto di conto corrente a mezzo mutuo e la sua qualificazione come contratto in frode alla legge; i limiti di ammissibilità della domanda di restituzione dell'indebito con riguardo al conto corrente in essere; la restituzione dell'indebito del ruolo in quest'ambito o dell'annotazione su conto corrente; il problema della prescrizione dell'azione di restituzione e la rilevanza dello *ius variandi* sul computo del tasso soglia con riguardo all'apertura di credito.

## » SOMMARIO

1. Conto corrente bancario, collegamento negoziale ed operazione bancaria in conto corrente
2. La centralità del contratto di apertura di credito
3. Il rapporto tra conto corrente principale e conti anticipi
4. Il consolidamento del conto corrente a mezzo mutuo
5. Limiti di ammissibilità della domanda di restituzione dell'indebito
6. La restituzione dell'indebito ed il ruolo dell'annotazione
7. Nullità di clausole, ripetizione dell'indebito e prescrizione
8. *Ius variandi* ed interessi usurari nell'apertura di credito in conto corrente

### 1. Conto corrente bancario, collegamento negoziale ed operazione bancaria in conto corrente

Trattare della «ricostruzione giudiziaria del rapporto di conto corrente», nel rispetto del tema assegnatomi, non può prescindere da una breve digressione di carattere dogmatico in ordine alla natura del contratto di conto corrente, alla rilevanza, nel suo concreto operare, del collegamento con altri negozi e del suo parimenti necessitato inserimento in «operazioni» bancarie dette appunto «in conto corrente». In questi termini, pur non avendo alcuna intenzione di operare in questa sede dissertazioni in ordine alla natura giuridica del conto corrente<sup>(2)</sup>, qualche considerazione preliminare risulta necessaria. Al riguardo occorre precisare che non sembra determinante la conclusione che s'intenda assumere in ordine alla questione se il conto corrente si configuri come una mera modalità di «regolazione» di determinate operazioni bancarie come il deposito, l'apertura di credito, l'anticipazione e lo sconto ovvero se esso si manifesti

come un rapporto «autonomo». Riteniamo, di contro, di dovere condividere l'opinione più volte espressa dalla Suprema Corte, che ha individuato la caratteristica precipua del conto corrente nell'esplicazione di un servizio di cassa in favore del cliente, «in relazione alle operazioni di pagamento o di riscossione di somme da effettuarsi, a qualsiasi titolo, per conto del cliente»<sup>(3)</sup>. Detto servizio è da ritenersi a tutti gli effetti funzione precipua e tipica del conto corrente bancario, ma del tutto estranea ai contratti a cui la regolazione a mezzo del medesimo acceda. In questi termini può riconoscersi l'«autonomia» del contratto di conto corrente<sup>(4)</sup>, ma il riconoscimento di tale autonomia non porta in alcun modo a prescindere, nella regolazione del rapporto riveniente dal medesimo, dal concreto collegamento del negozio in parola con gli altri contratti bancari generatori della provvista e «regolati» appunto in conto corrente<sup>(5)</sup>.

Se è pur vero che in astratto il servizio di cassa potrebbe essere assunto «del tutto indipendentemente dall'esistenza

(attuale) di un deposito o di un'apertura di credito (o di altra operazione, i cui "esiti" siano destinati a confluire sul conto)»<sup>(6)</sup>, è parimenti innegabile che «il conto corrente non "corre" se su di esso non circola moneta» e che «le banche in pratica non "aprono" un conto corrente se il cliente non versa danaro o non gli viene concessa un'apertura di credito»<sup>(7)</sup>. Pare quindi condivisibile l'opinione di chi assegna alle disquisizioni dottrinali in ordine alla natura giuridica del conto corrente «un contenuto meramente descrittivo in quanto non può negarsi il fatto che il conto corrente di corrispondenza, con il quale la banca si obbliga ad effettuare operazioni per conto del cliente, non può funzionare senza "il rapporto costitutivo di disponibilità (deposito o apertura di credito) ed un contratto di mandato"»<sup>(8)</sup>. Solo in astratto dunque può (forse inutilmente) affermarsi che la regolazione in conto corrente attenga alla fase esecutiva del contratto di conto corrente e postuli una sua primigenia esistenza rispetto alle «operazioni» da regolare. In concreto nessuna banca è disponibile a fornire il tipico servizio di cassa al cliente in assenza di costituzione di un rapporto di provvista, sia esso di mero deposito o di apertura di credito.

Del resto una conferma in tal senso si rinviene nelle stesse condizioni generali di contratto regolatrici del rapporto, in cui normalmente una sezione è dedicata all'«affidamento» del cliente tenentario del conto, così rivelando come la stessa disciplina pattizia predisposta dalla banca non prescinda dalla costituzione di un rapporto di disponibilità.

Né, ricondotta la funzione tipica del rapporto di conto corrente nell'area del mandato, l'approvvigionamento del mandatario potrebbe rinvenire fondamento nell'art. 1719 c.c., che disciplina l'obbligo del mandante di somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato. Nel nostro caso la costituzione della provvista da un canto prescinde da una divisata *ex ante* esecuzione da parte del mandatario di uno specifico incarico, peraltro neppure individuato al momento della conclusione del contratto di conto corrente, mentre, d'altro canto, proprio in virtù del contratto a cui accede il conto corrente, è la banca ad essere tenuta a fornire la provvista<sup>(9)</sup>.

Una conferma di tali assunti pare potersi rinvenire nel recente (ed auguriamoci ultimo) intervento del legislatore nella disciplina delle commissioni bancarie<sup>(10)</sup>, operata con l'inserimento del novello art. 117 *bis* nell'originario testo di cui al d.lg. n. 385/1993, ove al 2° co. è previsto che «a fronte di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido, i contratti di conto corrente e di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione di istruttoria veloce determinata in misura fissa, espressa in valore assoluto, commisurata ai costi e un tasso di interesse debitore sull'ammontare dello sconfinamento». Chiaro è il riferimento quai in endiadi anche all'apertura di credito, riferimento che rinviene la sua *ratio* giustificatrice nella concessione dell'affidamento bancario tipico dell'apertura di credito e non del conto corrente, a dimostrazione tangibile dall'inevitabile commistione operativa dei due negozi.

Se così è, un approccio unitario e non atomistico alle vicende generate dal rapporto di conto corrente bancario trova la sua giustificazione, per così dire, genetica e non meramente esecutiva in una valutazione dei due contratti (di provvista e di conto corrente) a mo' di un'unitaria operazione economica, peraltro fondata anche su di un dato letterale descrittivo inequivocabile, costituito dall'art. 1852 c.c., senza che la tesi dell'autonomia o meno del contratto possa avere un concreto rilievo. L'unitarietà dell'operazione regolata in conto corrente, per come voluta dalle parti ed ancor prima dal legislatore, non può non essere foriera di effetti nella disciplina del rapporto. A prescindere dalle problematiche connesse con la stessa configurabilità dell'operazione economica come categoria giuridica<sup>(11)</sup>, è innegabile il suo rilievo proprio con riferimento all'«operazione» bancaria in conto corrente. Infatti in questo caso la causa dalle parti perseguita in concreto va individuata proprio «con riferimento al contesto dell'intera "operazione" negoziale nella quale il singolo atto si inquadra e della quale costituisce semplice strumento o modalità»<sup>(12)</sup>. Per conseguenza non pare opinione condivisibile, pur nella autorevolezza della fonte, quella secondo cui l'apertura di credito e il conto corrente sarebbero contratti a tal punto autonomi e distinti che il potere di disporre del saldo rinverrebbe la sua genesi esclusivamente nella disciplina del rapporto di conto corrente bancario, la cui efficacia tipica verrebbe appunto individuata «nel regolare con annotazione e conseguente variazione del saldo disponibile i reciproci rapporti di dare ed avere»<sup>(13)</sup>.

Al contrario, se pur è vero che tale assunto può trovare un appiglio letterale nell'art. 1852 c.c., non può essere revocato in dubbio che il potere di disporre degli importi affidati viene conferito al cliente a mezzo del contratto di apertura di credito<sup>(14)</sup> e/o di deposito<sup>(15)</sup>, la cui «regolamentazione» quanto all'utilizzo interviene giovandosi dell'ausilio di un conto corrente bancario. Se così è, il potere del correntista può essere configurato se ed in quanto a monte vi sia la costituzione della disponibilità di un determinato importo sul conto, in quest'ottica costituendo una necessitata conseguenza la possibilità di disporre del saldo di quel conto per come approvvigionato in forza dei contratti generatori di disponibilità o di provvista.

## 2. La centralità del contratto di apertura di credito

Un'ulteriore considerazione preliminare appare opportuna per non perdere di vista il quadro d'insieme. Con riferimento alla prassi bancaria si deve oramai registrare da diverso tempo l'assunzione di un ruolo centrale dell'apertura di credito in conto corrente nelle operazioni attive per la banca rispetto agli altri contratti previsti dal codice civile. Emblematiche al riguardo sono le vicende dell'anticipazione bancaria già sotto il vigore del vecchio ordinamento<sup>(16)</sup>. Il codice del 1942, innovando rispetto al precedente sistema, ha inserito tra i contratti bancari, subito dopo l'apertura di credito, l'anticipazione bancaria, tenendo conto di quella che allora era una prassi molto diffusa. Attualmente però, in considerazione dei costi e della responsabilità del-

la custodia, in particolare delle merci date in pegno, l'anticipazione tende ad essere sostituita da più moderne forme di finanziamenti garantiti<sup>(17)</sup>. In questo contesto si è assistito ad un progressivo svuotamento del ruolo dell'anticipazione bancaria a tutto vantaggio dell'apertura di credito, cui ha fatto da bordone parte della dottrina, che ha ricondotto l'anticipazione bancaria nell'ambito «dell'apertura di credito con garanzia reale immobiliare», caratterizzata da un «rapporto concettuale di specie (anticipazione) a genere (apertura di credito)». Si è all'uopo rimarcato che l'obiezione secondo cui il costante rapporto di proporzionalità tra ammontare dell'anticipazione e valore della garanzia (art. 1850 c.c.) caratterizzerebbe in modo indefettibile solo l'anticipazione bancaria e risulterebbe superata dalla ricorrenza di una previsione, in sede di disciplina dell'apertura di credito, come è quella di cui al capoverso dell'art. 1844 c.c., che autorizza anche l'accreditante a richiedere un proporzionale supplemento di garanzia<sup>(18)</sup>. L'unica differenza tra le due norme, qualificata di scarsa rilevanza, sarebbe da rinvenire nella circostanza che l'art. 1844 c.c. «non precisa la misura dell'insufficienza e ne lascia la determinazione all'accreditante», mentre l'art. 1850 c.c. la fissa in almeno un decimo rispetto a quello, che era il valore al tempo del contratto<sup>(19)</sup>. La tesi è stata fatta propria dalla giurisprudenza, che ha più volte equiparato l'anticipazione bancaria ad una «sottospecie di apertura di credito, caratterizzata dal fatto che essa è necessariamente accompagnata da una garanzia reale»<sup>(20)</sup>. Siffatto atteggiamento trova un suo fondamento nella prassi bancaria ove, come è stato puntualmente rilevato<sup>(21)</sup>, si registra da tempo «un intreccio operativo» tra l'apertura di credito e l'anticipazione bancaria, in particolare allorquando quest'ultima venga regolata in conto corrente e non *una tantum* con un negozio isolato<sup>(22)</sup>. Il che accade nella maggioranza dei casi, residuando all'anticipazione semplice uno spazio invero marginale. Le stesse norme bancarie uniformi, nel disciplinare almeno ben sette ipotesi di apertura di credito e di anticipazione bancaria garantite in vario modo, ne incrociano le varie disposizioni, provvedendo in gran parte ad una sostanziale uniformazione di disciplina tra le due fattispecie tipizzate in via autonoma dal codice civile<sup>(23)</sup>.

Una conferma della centralità del ruolo assunto dall'apertura di credito in conto corrente proviene dalla stessa giurisprudenza di legittimità, ai massimi vertici, che, proprio con riguardo alla controversa questione della decorrenza dei termini di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito, ha erto a parametro della sua valutazione di peculiare rilevanza la ricorrenza di un'apertura di credito in conto corrente, connotando il carattere solutorio o ripristinatorio della provvista dei versamenti del correntista e, per conseguenza, la decorrenza della prescrizione in relazione alla insussistenza o meno di un affidamento generato appunto da un'apertura di credito o al suo sfioramento (c.d. «extrafi-do»)<sup>(24)</sup>.

### 3. Il rapporto tra conto corrente principale e conti anticipi

Un altro aspetto, che riteniamo non si possa trascurare in una ricostruzione «giudiziaria» del rapporto di conto corrente, è quello relativo ai c.d. «conti anticipi», il cui saldo, in uno con le relative commissioni, è destinato a confluire sovente in un conto corrente principale.

Al fine di meglio far comprendere il ruolo e la funzione svolta dai «conti anticipi» nel proliferare talvolta illegittimo del debito imputato al cliente da parte della banca, occorre in primo luogo delineare l'*iter* operativo seguito dagli istituti di credito nelle operazioni di finanziamento mediante smobilizzo di crediti commerciali non rappresentati da effetti. Tralasciando, per brevità, le fasi inerenti alla presentazione delle fatture e l'esame eseguito dalla banca sui medesimi documenti, giova porre l'attenzione soprattutto sul momento in cui, conclusasi con esito favorevole per il cliente la fase istruttoria, si provvede alla cessione del credito (assimilabile allo sconto) o ad un mandato irrevocabile all'incasso<sup>(25)</sup>, non prima di aver compilato un modulo che, oltre ad indicare il titolare del credito, l'impresa debitrice e gli estremi delle fatture, elenca le condizioni generali e le clausole specifiche, che regolano l'apertura di credito per cassa utilizzabile in c/c mediante anticipo su fatture. Dopo avere provveduto agli adempimenti connessi alla notifica della cessione, la banca detrae normalmente dal totale delle fatture cedute uno scarto prudenziale, compreso solitamente tra il 20% e il 30%, ed anticipa, pertanto, un importo compreso tra l'80% e il 70% del credito ceduto. L'importo netto del finanziamento viene accreditato, normalmente con valuta in giornata, dalla banca sul c/c di corrispondenza dell'impresa cedente e, al contempo, viene addebitato in uno speciale «conto anticipi su fatture», collegato con l'apertura di credito, sul quale maturano a favore della banca gli interessi relativi all'anticipazione avuta. Questi ultimi, però, vengono poi addebitati direttamente nel c/c di corrispondenza dell'impresa cedente. Alla scadenza, la banca, se incassa l'importo delle fatture, accredita sul c/c di corrispondenza la differenza tra quanto riscosso e quanto anticipato al correntista, mentre sul conto anticipi addebiterà tale differenza ed accrediterà l'importo totale della fattura azze-rando, in tal guisa, lo stesso conto anticipi. Se il debitore ceduto, alla scadenza, non provvede al pagamento delle fatture, la banca invita il cliente a pareggiare l'anticipo mediante un versamento diretto sul conto anticipi o un giroconto dal c/c di corrispondenza. Il tasso d'interesse del conto anticipi fatture è normalmente inferiore a quello applicato nei c/c di corrispondenza non garantiti. Ciò in considerazione del fatto che l'anticipo fatture è un'operazione autoliquidabile con garanzia atipica rappresentata dalla cessione di credito. Prima di entrare in argomento, occorre sin da subito chiarire che il problema non si pone con riguardo al semplice servizio di cassa, sovente svolto dalle banche per la riscossione di crediti indicati nelle c.d. «ricevute bancarie»<sup>(26)</sup>, servizio connesso con il rapporto di conto corrente principale e che non genera interessi, ma solo spese pattuite in contratto e normalmente adeguatamente pubblicizzate. Da tale rico-

struzione emerge con chiarezza che l'anticipazione su fatture, realizzata nella prassi bancaria solitamente mediante la movimentazione di due diversi conti correnti di corrispondenza, costituisce nella sostanza un unico rapporto senza soluzione di continuità. Del resto la tecnica bancaria prevede che lo stesso tipo di procedura (denominata «applicazione di tasso differenziato in c/c») possa essere eseguita su un unico c/c di corrispondenza<sup>(27)</sup>, laddove la banca voglia riservare alla clientela imprenditoriale primaria un trattamento di particolare riguardo. Quanto innanzi chiarisce che, a prescindere dalla soluzione adottata dall'istituto di credito, il rapporto di credito - seppur articolato su più conti di credito - sia nella sostanza uno solo.

Non di rado poi le banche, quando intendano invece massimizzare il profitto gravando significativamente sulla clientela, procedono all'apertura di innumerevoli conti anticipi su fatture per le operazioni di finanziamento accordate al correntista, provvedendo di poi ad addebitare, per il tramite di un «giroconto»<sup>(28)</sup>, anche gli interessi dei vari conti anticipi debitori, per come succedutisi nel tempo, sul conto di corrispondenza (principale) ed ivi applicando la chiusura trimestrale con la nota capitalizzazione, anche ovviamente di quegli interessi rivenienti da tutti i suddetti conti anticipi. Si verifica in tal guisa una sorta di anatocismo duplice. A ciò aggiungasi che l'accensione e gestione di ogni «conto anticipi» separatamente dal conto principale comporta significative «spese» dirette ad implementare il costo del credito, prive sovente di giustificazione e determinate spesso in forza del mero arbitrio della banca. L'apparente vantaggio per il cliente di godere di un tasso di interesse inferiore e orfano della capitalizzazione viene nel concreto eliminato dalla banca con il successivo addebito degli interessi sul conto corrente principale (servente rispetto all'originaria apertura di credito), ove invece la capitalizzazione ha operato a tutto spiano.

È invero innegabile come tra «conti anticipi» e «conto corrente di corrispondenza» ricorra quantomeno un collegamento negoziale<sup>(29)</sup> in forza del quale gli interessi ed il capitale (a debito o a credito) rivenienti dai primi si riversano nel secondo. Può quindi sostenersi che unica è l'operazione economica di finanziamento ed unico è il rapporto creditizio ancora in essere, con tutte le conseguenze che ne derivano anche in tema di prescrizione.

La giurisprudenza, in sede fallimentare, è giunta a riconoscere al conto anticipi natura di «mera evidenza contabile dei finanziamenti per anticipazioni su crediti concessi dalla banca al cliente, annotandosi in esso in "dare" le anticipazioni erogate al correntista ed in "avere" l'esito positivo della riscossione del credito, sottostante agli effetti commerciali presentati dal cliente»<sup>(30)</sup>. Da tale assunto ha dedotto per conseguenza che «il saldo passivo del conto anticipi non indica uno scoperto, i due crediti - del cliente, per il credito incassato e della banca, per l'anticipo concesso - si compensano ex art. 56 legge fall. e, pertanto, le relative rimesse non hanno carattere solutorio, divenendo, invece, assoggettabili alla predetta azione revocatoria quando, come nella specie, le somme oggetto dell'originaria an-

tipazione siano state poste nella disponibilità del correntista sul conto corrente ordinario scoperto». Come correttamente rilevato in motivazione, i conti anticipi utilizzati in affiancamento al conto principale per l'annotamento degli anticipi della banca su crediti dei clienti verso terzi ed il successivo «rientro» degli stessi attraverso l'incasso dei crediti «non sono normalmente operativi, ma rappresentano una mera evidenza contabile dei finanziamenti per anticipazioni su crediti concessi dalla banca al cliente». In ragione di ciò, «quanto meno fino alla data di definitiva chiusura», il saldo passivo di tali conti non è indicativo di uno scoperto e gli accrediti in essi annotati non costituiscono rimesse solutorie. Di contro, a conferma della bontà dell'opzione ermeneutica innanzi sostenuta in ordine all'unitarietà dell'operazione economica rappresentata dai conti anticipi e dal conto ordinario con correlata apertura di credito, la Suprema Corte ha riconosciuto che «il rapporto di debito/credito fra la banca ed il correntista è invece rappresentato in ogni momento dal saldo del conto corrente ordinario sul quale affluiscono le anticipazioni mediante giroconto». Esse vanno valutate «alla stregua di ogni altro versamento eseguito da terzi» e, perciò, «nel momento in cui vengono definitivamente riaccreditate al correntista rappresentano anch'esse rimesse revocabili, nei limiti in cui hanno contribuito a ridurre o eliminare uno scoperto»<sup>(31)</sup>.

È tempo di trarre le conseguenze di tali emergenze anche alla luce delle conclusioni a cui la stessa Corte di Cassazione a sezioni unite<sup>(32)</sup> è pervenuta con riguardo alla decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito riveniente da dichiarazione di nullità di pattuizioni anatocistiche, nonché in ordine all'eventuale usurarietà degli interessi. Pacifica è in questi casi l'intervenuta capitalizzazione trimestrale sui conti debitori del cliente. Tale capitalizzazione ha forma più complessa ed articolata di quella che ricorre normalmente in ipotesi di unico conto. Difatti l'anatocismo sul conto corrente principale, che accede al contratto di apertura di credito, riguarda, oltre che gli interessi relativi alla specifica movimentazione del medesimo, anche quelli calcolati a saldo sui vari «conti anticipi» e di poi addebitati sullo stesso conto. È di chiara evidenza che la nullità della capitalizzazione riverbera i suoi effetti non solo sugli esiti della capitalizzazione semplice a chiusura di trimestre, ma anche sull'addebito specifico di interessi operato per ogni singola chiusura di ognuno dei vari «conti anticipi». In buona sostanza, a monte dello stralcio della somma computata a debito a titolo di interessi sul conto risultato debitore, va estrapolato e detratto prima l'addebito di interessi riveniente da ogni singolo conto anticipo e messo, per così dire, da parte, non potendo essere lo stesso produttivo di interessi per il divieto di cui all'art. 1283 c.c. Ciò, ovviamente, va fatto con riguardo al periodo sino all'entrata in vigore della delibera del CICR<sup>(33)</sup>. La circostanza dunque che sul conto principale vengano addebitati e portati a capitale gli interessi calcolati sui conti anticipi comporterà l'onere, non di poco conto, di andare a scorporare dal medesimo non solo gli interessi anatocistici rivenienti dalla capitalizzazione degli interessi semplici prodotti da quel conto,

ma ancor prima quelli pure anatocistici rivenienti dal calcolo dell'interesse semplice sugli addebiti di interesse provenienti dai conti anticipi e computati sul predetto conto. Anche rispetto alla risultanza di questi (complicati) conteggi andrà operato il distinguo fatto proprio dalla Cassazione<sup>(34)</sup> ai fini della ripetizione dell'indebito tra versamenti solutori e versamenti ripristinatori.

Di chiara evidenza poi è il rilievo che siffatto computo potrà avere ai fini della valutazione della ricorrenza o meno di interessi usurari. La comparazione in tali casi dovrà intervenire avuto riguardo al complessivo costo del credito - affatto trasparente nel caso di specie - nel quale confluiranno non solo gli interessi sul conto corrente principale, ma anche l'incremento indotto dalla capitalizzazione degli interessi dei conti anticipi sul medesimo addebitati nonché delle commissioni. Il consulente tecnico, ove all'uopo nominato nel corso del giudizio, dovrà accertare lo sfioramento della soglia antiusura con riguardo alla complessiva operazione economica<sup>(35)</sup>, quale risultante tra (almeno) quattro negozi tra di loro funzionalmente collegati (apertura di credito e conto corrente principale; apertura di credito e conto anticipi).

#### 4. Il consolidamento del conto corrente a mezzo mutuo

La giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi talvolta di un caso analogo (rispetto a quello in precedenza trattato) di collegamento negoziale, che interviene fra un contratto di apertura di credito in conto corrente e un contratto di mutuo concluso fra le stesse parti molto di frequente nella prassi bancaria. In questo caso il saldo passivo del conto corrente, generatosi a seguito dell'utilizzo del fido concesso, viene azzerato attraverso l'accreditamento su detto conto della somma di pari importo concessa a mutuo per il tramite di un'operazione definita di consolidamento del debito a breve con il debito a medio o lungo termine. Normalmente tale consolidamento interviene allorché il conto sia connotato da un canto da una costante esposizione del cliente, che non riesce a rientrare al di sotto dei limiti del fido, d'altro canto dalla disponibilità da parte del cliente, direttamente o per il tramite di terzi, di immobili da conferire in garanzia ipotecaria per la restituzione della somma data a mutuo. Chiarissimi sono i vantaggi conseguiti dalla banca, soprattutto allorché il cliente sia un'impresa già in crisi di liquidità e prossima all'insolvenza. In detti casi può accadere che la banca, proprio in ragione della consapevolezza della situazione economica in cui versa il cliente imprenditore, persegua l'unico ed effettivo scopo di consolidare progressivamente l'esposizione debitoria (chirografaria) sul conto corrente acceso in favore del cliente, assicurandosi in tal modo una garanzia ipotecaria di primo grado per somma talvolta di gran lunga superiore all'effettiva esposizione. In tal guisa nessun esborso concreto ed attuale la banca opera in favore del cliente in forza del contratto di mutuo, ma si limita, una volta consolidata l'ipoteca, ad operare virtualmente lo svincolo accreditando, altrettanto virtualmente, sul conto corrente in parola gli importi, all'apparenza, concessi a mutuo ed annullando contabilmente la datata ed effettiva scopertura, con la gradita aggiunta dell'obolo di una garanzia ipo-

tecaria di primo grado di importo solitamente stratosferico rispetto all'originario debito<sup>(36)</sup>.

Ma vi è di più: per il tramite dell'estinzione delle somme dovute per anticipazioni a vario titolo sul conto corrente, quest'ultimo esce normalmente di scena e viene chiuso. Resta difatti in piedi un contratto di mutuo, spesso munito di clausola di indicizzazione, mutuo la cui erogazione è servita a pagare sovente interessi anatocistici e commissioni non dovute, giovandosi poi dell'anatocismo ulteriore conseguente al computo degli interessi sulle somme concesse a mutuo e servite, a loro volta, a pagare gli interessi, di cui all'operazione bancaria in conto corrente. In dottrina si è puntualmente rilevato a proposito il «tentativo (vessatorio) di far sparire la scopertura di c/c attraverso la compensazione operatasi per effetto dell'accredito e di rinnovare per così dire il titolo creditorio riferendolo ad una somma "unica" e "pulita"»<sup>(37)</sup>. In dette ipotesi parte della giurisprudenza di merito ha rilevato che, per quanto tale pratica possa in astratto ritenersi lecita, essa non lo è nel caso concreto, perché mirante esclusivamente a raggiungere il risultato illecito di coprire una scopertura di conto illecita, in quanto calcolata in violazione degli artt. 1283-1284 c.c.<sup>(38)</sup>. Si è rinvenuto quindi in detta ipotesi un esempio di contratto in frode alla legge<sup>(39)</sup>, da sanzionare ai sensi dell'art. 1344 c.c. con la nullità dell'intera operazione e degli atti conseguenti.

Più prudente e, per alcuni aspetti, più convincente appare altra giurisprudenza che, occupandosi di identica questione, ha ritenuto che «ove risulti che un contratto di mutuo fondiario sia stato stipulato al fine di destinare pressoché integralmente le somme erogate all'estinzione di rapporti di conto corrente bancario, i cui saldi negativi erano frutto della capitalizzazione trimestrale degli interessi addebitati al cliente e dell'applicazione della commissione di massimo scoperto, si configura un collegamento negoziale, in virtù del quale va dichiarata la nullità parziale del primo contratto, operante nella misura in cui le somme concesse a mutuo siano state concretamente destinate all'estinzione dei debiti illegittimi, ferme restando le condizioni del prestito»<sup>(40)</sup>. Si è così fatta saggia applicazione del principio di conservazione del contratto<sup>(41)</sup>, sul duplice presupposto che, da un canto, il mutuo era voluto tra le parti e legittimamente perfezionatosi a seguito dell'accredito sul conto<sup>(42)</sup>, a nulla rilevando il perseguimento di una finalità estintiva di un debito nascente da un pregresso negozio, d'altro canto non poteva estinguersi, e men che mai per compensazione, un debito mai venuto a giuridica esistenza in ragione della nullità della pattuizione, che lo aveva generato. In questi termini il richiamo alla frode alla legge è apparso del tutto superfluo in quanto il contratto di mutuo e la conseguente devoluzione delle somme accreditate sul conto, nulla aggiungeva alla illiceità già consumata dalla banca e da cui sorgeva il credito restitutorio per il cliente. Si poteva quindi procedere al ricalcolo del debito del correntista e condannare la banca alle restituzioni<sup>(43)</sup>, «lasciando così in piedi - opportunamente riquantificata - quell'operazione»<sup>(44)</sup>, previa l'opportuna compensazione giudiziale, a seguito degli accertamenti disposti con a mezzo consulenza. L'inadeguatezza del rime-

dio caducatorio perseguito con il ricorso allo strumento di cui all'art. 1344 c.c. lo si coglie, del resto, a piene mani solo che si consideri che per un verso non potrebbe attingere l'apertura di credito regolata in conto corrente, in quanto la sua (antecedente) conclusione non rientra all'evidenza nel disegno fraudolento, per altro verso la dichiarata nullità del contratto di mutuo comporterebbe l'immediato obbligo di restituzione dell'importo erogato, sia pur con accredito sul conto corrente affidato ed in sofferenza.

Concludendo sul punto, le soluzioni rimediali quindi, correttive o invalidanti che siano, non possono non tenere conto di questo diverso contesto e valutare la rilevanza e l'incidenza dell'abuso posto in essere da uno dei contraenti in una visuale, che non può essere quella angusta e limitativa del singolo contratto, ma quella ben più ampia, che dall'angolo prospettico della «contrattazione» traguardi la complessiva operazione economica<sup>(45)</sup> e l'attività posta in essere da entrambe le parti. Riconosciuto dunque, che, al di là delle formule sull'asimmetria e la debolezza, le relazioni tra privati - dentro e fuori il contratto - debbano essere ispirate dal principio della parità, quale si evince dalle previsioni di cui agli artt. 24 e 111 Cost.<sup>(46)</sup>, è opinione da condividere quella secondo cui «i rimedi sono funzione del giudizio sull'efficienza regolativa della legislazione sulla contrattazione: si scelgono soltanto se funzionano, non se suonano bene nelle categorie contrattuali ricevute dalla tradizione. Hanno legittimazione regolativa e non dogmatica. Il danno da contrattazione è risarcito dall'invalidità, dalle restituzioni, dalle tutele specifiche e per equivalente. Nessuna tecnica è esclusiva, nessuna è pregiudiziale; tutte vanno considerate per la capacità in concreto di riparare il danno»<sup>(47)</sup>. In questo caso il ricorso alla nullità parziale del contratto di apertura di credito in conto corrente ed alle conseguenti integrazioni e restituzioni mostra all'evidenza in concreto più attitudine a riparare il danno di quanto non lo sia un rimedio integralmente caducatorio come è quello di cui all'art. 1344 c.c.

### 5. Limiti di ammissibilità della domanda di restituzione dell'indebito

La nota pronuncia della Suprema Corte a sezioni unite, in tema di ripetizione dell'indebito<sup>(48)</sup>, pare escludere la possibilità di agire in restituzione, per il cliente, di quanto indebitamente annotato su conto ancora aperto al servizio di un'apertura di credito. La deduzione si può ricavare *a contrario* dall'asserzione contenuta in motivazione, secondo cui «il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi dovuti sono stati registrati». Da ciò potrebbe ricavarsi la conclusione che se il conto corrente è ancora in essere non si può agire in restituzione, pur in presenza di clausola nulla. Ciò accadrebbe anche nell'ipotesi in cui siano stati effettuati dei veri e propri versamenti<sup>(49)</sup>, se ed in quanto gli stessi abbiano carattere meramente ripristinatorio della

provvista, di cui al fido concesso con l'apertura di credito medesima, e non solutorio di quanto dovuto per avere operato «allo scoperto».

Nella pratica il problema, sia pur di rado, era stato già posto ed un'isolata giurisprudenza di merito<sup>(50)</sup>, nell'occuparsi della questione, aveva riconosciuto l'ammissibilità della domanda di restituzione formulata in corso di rapporto.

La soluzione, che propendeva per la generale inammissibilità della domanda di restituzione su conto aperto, poteva invero trarre appiglio da alcune pronunce della giurisprudenza in sede fallimentare con riguardo alla nota questione della revocabilità delle rimesse in conto corrente. In quella sede si era affermato: «quando il conto è chiuso, non possono applicarsi i principi che regolano la revocabilità delle rimesse affluite su di un conto funzionante e, in tale ipotesi, le rimesse del cliente costituiscono sempre pagamento di un debito liquido ed esigibile nei confronti della banca e sono revocabili ai sensi dell'art. 67 comma 2 l. fall.»<sup>(51)</sup>. La stessa giurisprudenza di legittimità, pronunciandosi poi in tema di pegno, aveva affermato che il diritto del creditore di soddisfarsi sul pegno sorge alla scadenza dell'obbligazione garantita, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui il debito garantito sia costituito dal saldo negativo di conto corrente, la decorrenza del termine di prescrizione del credito, per la natura tipicamente accessoria della garanzia, comincerà a decorrere solo quando, chiuso il conto per avvenuto recesso della banca, il debitore si rifiuta o non è in grado di saldare il debito<sup>(52)</sup>.

Ove si propendesse per una generale inammissibilità della richiesta di restituzione su conto aperto, in favore delle banche si avrebbe una sorta di immunità giudiziale di nuovo conio, di cui, sia consentito, non si avverte il bisogno. In tale caso non sarebbe facile spiegare per quale ragione nel corso di rapporto di conto corrente, asservito ad un contratto di apertura di credito, solo la banca potrebbe anche illegittimamente addebitare sul conto ciò che gli pare (si pensi agli interessi uso piazza, all'anatocismo, alla CMC) e incamerare *illico et immediate* le rimesse a scomputo di pretese quanto inesistenti esposizioni debitorie, senza possibilità di reazione alcuna da parte del cliente.

La Suprema Corte, in coerenza con il recupero della distinzione da tempo operata in sede fallimentare<sup>(53)</sup> tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie della provvista, ha stabilito che «qualora, invece, durante lo svolgimento del rapporto il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo (o, come in simili situazioni si preferisce dire, "scoperto") cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accredito». Qualora invece «i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell'affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ri-

pristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere» non potranno essere considerati pagamenti.

In ragione di ciò, alla luce anche delle considerazioni che precedono, parrebbe inammissibile, prima che infondata, solo la domanda formulata in corso di rapporto di apertura di credito in conto corrente con la quale si richieda la restituzione di versamenti effettuati per il ripristino della disponibilità concessa con l'affidamento. Difetterebbe in questi casi la titolarità del diritto al momento della proposizione della domanda, in quanto il versamento in parola non è un pagamento, ma integra un mero «versamento», espressione di quella c.d. «elasticità di cassa», tipica della fisiologia del rapporto di apertura di credito in conto corrente.

Qualora invece ricorra un versamento su conto affetto da inesistenza originaria o sopravvenuta di affidamento o da «sforamento» del medesimo, lo stesso acquista natura solutoria, è un pagamento non dovuto e, in quanto tale, ripetibile a prescindere se il conto corrente risulti ancora in essere ovvero sia stato chiuso.

Non paiono invece proporsi problemi di ammissibilità o di fondatezza della domanda volta in corso di rapporto di conto corrente a richiedere in giudizio la determinazione dell'effettivo saldo del conto corrente con decorrenza dalla data dell'insorto rapporto a quello della notifica della domanda nonché dell'ammontare della disponibilità dell'affidamento nel corso del rapporto e sino alla data della domanda. L'annotazione<sup>(54)</sup> illegittima determina difatti - secondo i giudici della Suprema Corte<sup>(55)</sup> - l'insorgere del diritto del correntista ad agire «per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa e, di conseguenza, per ottenere una rettifica in suo favore delle risultanze del conto stesso» e, ove al conto acceda un'apertura di credito bancario, l'azione potrà conseguire l'ulteriore scopo «di recuperare una maggiore disponibilità di credito entro i limiti del fido concessogli».

## 6. La restituzione dell'indebito ed il ruolo dell'annotazione

Il problema della restituzione di quanto percepito indebitamente, già di particolare rilievo pratico per tutti i contratti di durata<sup>(56)</sup>, ha assunto una significativa rilevanza nelle operazioni bancarie in conto corrente, una volta consolidatosi l'orientamento della giurisprudenza di legittimità con riferimento al tormentato tema dell'anatocismo<sup>(57)</sup>, degli usi di piazza<sup>(58)</sup> e della commissione di massimo scoperto<sup>(59)</sup> ed alla correlata domanda di restituzione.

A tal proposito giova rammentare che, mentre l'azione promossa dal cliente verso la banca per far valere la nullità della clausola che prevede l'anatocismo è imprescrittibile ai sensi dell'art. 1422 c.c., quella proposta dallo stesso cliente nei confronti della banca ai fini di conseguire la ripetizione delle somme, che assume di avere indebitamente versato a qualsivoglia titolo, è soggetta ai medesimi principi che regolano la domanda di ripetizione di indebito. Ad essa, pertanto, trova applicazione la disciplina della prescrizione ordinaria decennale<sup>(60)</sup> a norma dell'art. 2946 c.c., non poten-

do farsi riferimento né alla prescrizione breve del diritto al risarcimento del danno, né a quella quinquennale di cui all'art. 2948, n. 3., c.c.<sup>(61)</sup>. La posizione del cliente nei confronti della banca in ipotesi di controversia in ordine alla restituzione dell'indebito e di decorrenza del termine di prescrizione è risultata ulteriormente rafforzata in ragione di un datato e, sino ad una certa data, costante atteggiamento della Suprema Corte in forza del quale il rapporto di conto corrente è stato ritenuto unitario<sup>(62)</sup>.

La questione è stata più volte oggetto di disamina e la giurisprudenza ha ritenuto<sup>(63)</sup> che il termine in questione decorra dalla chiusura definitiva del rapporto di conto corrente, «trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro». Sulla base di tali principi si è affermato che la decorrenza del termine di prescrizione decennale per la ripetizione da parte del correntista delle somme indebitamente trattene dalla banca sulla base di interessi calcolati in forza di una clausola pattizia inizia non dalla data di ogni pagamento, ma dalla data dell'ultimo, «dal momento che gli stessi possono essere considerati quali atti esecutivi di un unitario rapporto giuridico»<sup>(64)</sup>.

Più di recente il rigoroso precedente indirizzo si è in parte attenuato, come in precedenza chiarito, mantenendo l'originaria decorrenza «qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati»<sup>(65)</sup>.

Peraltro anche in passato sull'argomento non erano mancate voci discordi della giurisprudenza di merito<sup>(66)</sup> che, operando una valutazione del contratto di conto corrente in termini sostanzialmente autonomi rispetto ai collegati contratti di apprestamento della provvista, ne valorizzava la facoltà da parte del correntista di disporre in qualsivoglia momento del relativo saldo o di richiedere un estratto del conto. Da ciò si deduceva la possibilità di accertare l'indebita appostazione di interessi, competenze e spese e di richiederne la restituzione con conseguente avvio del termine prescrizione dal momento in cui la banca avesse provveduto all'annotazione al cliente della posta in contestazione, in quanto ciascuna di queste somme costituiva autonomamente un indebito, oggetto per ciò stesso di specifica domanda di restituzione.

La tesi, che parrebbe rinvenire un indiretto conforto da un orientamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità con riguardo alla peculiare quanto diversa ipotesi di libretti di deposito a risparmio<sup>(67)</sup>, trova le sue datate radici nell'opinione sostenuta da autorevole dottrina<sup>(68)</sup> in ordine alla dinamica del rapporto di conto corrente bancario ed all'esclusione della stessa possibilità di configurare un fenomeno di anatocismo nel conto corrente bancario. Detta opinione, che suona di aspra censura nei confronti dell'atteggiamento tenuto non solo dai correntisti ma anche dalle banche e dall'associazione di categoria sul punto, configura

il conto corrente bancario come un «contratto dotato di una sua propria, specifica natura autonoma e funzione centrale nel rapporto banca-cliente». Viene così individuata la «disposizione chiave per una corretta impostazione del fenomeno» nell'art. 1852 c.c., che testualmente recita: «Qualora il deposito, l'apertura di credito o altre operazioni bancarie siano regolate in conto corrente, il correntista può disporre in ogni momento delle somme risultanti a suo credito».

Questo potere di disporre da parte del cliente delle somme risultanti a suo credito - in virtù di apertura di credito, anticipazione bancaria o deposito poco importa - non farebbe capo ad «un diritto di esigere come tipico del diritto di credito», bensì andrebbe ricondotto nell'alveo del potere di disporre<sup>(69)</sup>, inteso quale componente propria dei diritti soggettivi a contenuto patrimoniale. In questo contesto la dottrina in parola inquadra «la variazione del saldo indotta dall'annotazione fatta dalla banca a favore o a carico del cliente». Detta annotazione, a cui peraltro faceva testuale riferimento la novella di cui all'art. 2, 61° co., l. n. 10/2011, dichiarata incostituzionale<sup>(70)</sup>, costituirebbe esplicazione del suddetto potere di disporre del cliente, andando ad incidere sulla quantità delle «somme... a suo credito». Essa dovrebbe essere dunque considerata come vero e proprio «pagamento del debito, della banca o del cliente», che aveva costituito il titolo in forza del quale la banca aveva proceduto all'annotazione. Nel conto corrente bancario secondo la citata dottrina «si annotano somme e non crediti» e «l'annotazione modifica in via immediata il saldo, e del saldo il cliente... può "disporre" in ogni momento»<sup>(71)</sup>.

Dalle considerazioni che precedono emerge con chiarezza come per i sostenitori di tale tesi l'annotazione su conto nei rapporti tra banca e correntista assurge ad un ruolo fondamentale e oggetto dell'annotazione sono «somme» e non già «crediti reciproci». In ragione di ciò l'annotazione della somma produce un'«immediata modifica del "saldo disponibile" e, dunque, di quella quantità di moneta di cui il cliente "può disporre in qualsiasi momento" (art. 1852 c.c.)»<sup>(72)</sup>. Essa va considerata a tutti gli effetti nei rapporti tra banca e cliente come un «pagamento, estinguendo, a seconda dei casi, tanto l'eventuale debito della banca, quanto quello del cliente»<sup>(73)</sup>.

Chiare ed ovvie sono le conseguenze in sede di decorrenza della prescrizione dell'azione di restituzione dell'indebitato pagamento: il *dies a quo* non può che essere individuato nel giorno dell'annotazione su conto - e non nella chiusura definitiva dello stesso - risultando essa equiparata a tutti gli effetti ad un pagamento e non già ad una mera operazione contabile.

Tale tesi è stata fatta propria da un invero solerte legislatore che, a pochi giorni dalla pronuncia sul punto della Suprema Corte a sezioni unite<sup>(74)</sup>, ha emanato l'art. 2, 61° co., l. n. 10/2011, di conversione del c.d. «decreto mille proroghe» (d.l. 29.12.2010, n. 225), che testualmente recita(va): «In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stes-

sa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge». Chiaro è il riferimento operato dal legislatore all'«annotazione», che viene per la prima volta testualmente equiparata, sia pur a fini prescizionali, al pagamento.

Come è noto, a seguito di un profluvio di eccezioni di costituzionalità, la Corte costituzionale<sup>(75)</sup> ha posto nel nulla la disposizione in esame.

Va in questa sede rilevato come il peculiare rilievo assegnato dal (censurato) legislatore all'annotazione sul conto corrente - annotazione a cui non aveva dato particolare significato buona parte della giurisprudenza, ivi compresa quella di legittimità - non poteva considerarsi in assoluto un *quid novi*.

Proprio le Sezioni Unite da ultimo<sup>(76)</sup> hanno affrontato per la prima volta in maniera più approfondita la questione affermando che l'annotazione in conto di interessi illegittimamente addebitati dalla banca al correntista, nel mentre determina un incremento del debito del correntista o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, «in nessun modo si risolve in un pagamento», in quanto «non vi corrisponde alcuna attività solutoria del correntista medesimo in favore della banca».

A ciò consegue che il correntista non potrà però agire mai «per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo». D'altro canto, per quel che qui ci interessa, i giudici di legittimità in parte escludono, sia pur per implicito, che nel conto corrente bancario si annotino «somme e non crediti» e che l'annotazione possa modificare «in via immediata il saldo», di cui il cliente ha il potere di disporre in ogni momento. In buona sostanza la banca registra con particolare riguardo all'apertura di credito in conto corrente, oltre alle poste modificative del credito, anche gli interessi e competenze, che maturavano secondo le vecchie NUB trimestralmente, senza riferimento ad alcuna rimessa di pagamento. Quest'ultima, quando interviene, viene portata a deconto del capitale di credito, incrementando l'ammontare del deposito o la percentuale di utilizzo dell'importo affidato. Il saldo del conto viene così impropriamente influenzato dagli interessi appostati in conto dalla banca, che inducono una limitazione nella facoltà di maggior indebitamento, ma che non configurano un pagamento anticipato degli stessi. Il correntista potrà agire, come già chiarito, per ottenere una rettifica delle risultanze del conto, per recuperare una maggiore disponibilità di credito entro i limiti di fido concessogli, ma non potrà agire per la ripetizione di una rimessa «annotata» su conto affidato, poco importa se a seguito di effettivo versamento o da accredito per altra causa (bonifico da parte di terzi o ordine di accreditamento a seguito dell'intervenuta conclusione di un finanziamento ad esempio). Ciò in quanto la funzione ripristinatoria dell'entità dell'affidamento in essere a cagione dell'apertura di credito esclude la ricorrenza di un pagamento, che, in quanto tale, non ha ancora avuto luogo. Tale azione di ripetizione - secondo la Suprema Corte - potrà essere proposta, come già precisato,



pure in pendenza di conto «aperto», acceso in funzione di una collegata apertura di credito in conto corrente, solo per i versamenti o gli accrediti aventi natura solutoria del debito, immediatamente esigibile dalla banca in quanto generatosi per aver il cliente superato il limite del fido concesso. In tali casi, onestamente in termini un po' contraddittori rispetto al precedente assunto, la Suprema Corte riconosce all'annotazione in conto, sia pur per implicito, la natura non solo di operazione contabile, ma di vero e proprio pagamento, se è vero che l'importo solutoriamente annotato, fa insorgere il diritto alla ripetizione in chi all'evidenza si considera come *solvens*.

In questo contesto non è parsa cogliere il cuore del problema quella recente giurisprudenza<sup>(77)</sup> che ha optato per una disapplicazione della abrogata novella «interpretativa» in tema di prescrizione sulla base della considerazione un po' affrettata - solo all'apparenza fondata sulla citata sentenza della Suprema Corte<sup>(78)</sup> - secondo cui l'annotazione sarebbe «operazione contabile meramente interna all'istituto di credito», peraltro, potenzialmente ignota al cliente. I diritti rivenienti da siffatta «annotazione» sarebbero del tutto estranei alla fattispecie *sub iudice* in quanto quest'ultima «non attiene a posizione derivante dalla annotazione, bensì dal pagamento, quale inteso dalla richiamata sentenza che da detta operazione contabile nasca un indebito». In buona sostanza proprio l'ancoraggio operato dal legislatore della novella «interpretativa» all'«annotazione» avrebbe escluso il sorgere dalla medesima di un diritto alla ripetizione immediatamente esercitabile ed assoggettabile in quanto tale a prescrizione.

Siffatto argomentare, peraltro non del tutto in linea con l'assunto sostenuto dalla S.C. in ragione delle considerazioni sopra svolte, individua nell'annotazione una mera «operazione contabile» e l'ascrive ad iniziativa unilaterale della banca del tutto sganciata dal contesto negoziale di riferimento (operazione bancaria in conto corrente) e dalla sfera di controllo del correntista.

Ma così non è.

Invero le famigerate NUB, pur sottoscritte dal cliente, prevedevano all'art. 7<sup>(79)</sup> e prevedono tutt'ora, sia pur con diversa articolazione<sup>(80)</sup>, l'autorizzazione al regolamento in conto delle operazioni in dare ed avere.

Alla luce di tali emergenze negoziali pare un fuor d'opera sostenere la totale estraneità alla sfera di controllo del cliente di tale annotazione: la stessa interviene in forza di preventiva autorizzazione<sup>(81)</sup> in tal senso rilasciata in favore della banca e patisce poi la successiva approvazione del cliente a seguito della mancata contestazione del conto. L'annotazione, lungi dall'essere una mera operazione contabile, sganciata dalla sfera giuridica di chi ne subisce gli effetti favorevoli o sfavorevoli, si configura come atto esecutivo, che trova la sua genesi proprio nella divisata tra le parti operazione bancaria in conto corrente. Essa rinviene pertanto la sua fonte regolamentare non solo nel contratto di conto corrente isolatamente considerato, ma nell'operazione bancaria medesima considerata nella sua unitarietà e

quindi anche nell'apertura di credito<sup>(82)</sup> o in altro contratto «regolato».

In ragione di ciò l'annotazione, ferma la sua legittima incidenza nella sfera giuridica del cliente in virtù di esplicita previsione negoziale<sup>(83)</sup>, si configura a tutti gli effetti - con riguardo all'ipotesi più frequente dell'apertura di credito - come rappresentativa di una rimessa non equiparabile da un punto di vista dinamico e funzionale ad un pagamento, allorché persegue una finalità ripristinatoria di una disponibilità concessa dalla banca con l'apertura di credito. Detta annotazione è espressione ad ogni effetto di un pagamento - come peraltro riconosce la recente giurisprudenza di legittimità<sup>(84)</sup> - ove occorra anche a mezzo di moneta scritturale in luogo di quella legale<sup>(85)</sup>, qualora assuma funzione solutoria del debito scaduto, esigibile e documentato sul conto a seguito di un utilizzo del medesimo al di fuori della disponibilità concessa (c.d. *extrafido*), ovvero in assenza totale di potere di disporre. Quest'ultima ipotesi si può verificare qualora intervenga un recesso dal contratto di apertura di credito<sup>(86)</sup> con conseguente revoca dell'affidamento e del suddetto potere a mezzo del conto in essere, ovvero in ipotesi di mancata conclusione di un contratto di apertura di credito correlato a quello di conto corrente (si pensi al deposito bancario in conto corrente non affidato, al cui titolare la banca consenta temporanee scoperture).

## 7. Nullità di clausole, ripetizione dell'indebito e prescrizione

Il vero problema della pratica è ora rappresentato dalla decorrenza dei termini di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito conseguente alla dichiarazione di nullità di determinate clausole dei contratti bancari regolati in conto corrente. Una volta riconosciuta alla ripetizione dell'indebito la natura di schema neutro, sicché è da escludere la sua riconducibilità ad un unico profilo giuridico strutturale<sup>(87)</sup>, diviene importante accertare se e fino a che punto il tempo del manifestarsi dell'antidoverosità del pagamento assuma rilievo al fine del computo del *dies a quo*. Il quesito non pare del tutto peregrino, qualora si tenga conto che nel caso di specie l'antidoverosità in parola si radica in una dichiarazione di nullità del giudice adito di una o più clausole contrattuali. In buona sostanza, ad esempio, in assenza di dichiarazione di nullità della clausola che preveda la capitalizzazione trimestrale degli interessi sui conti debitori non è luogo a parlarsi di azione di ripetizione. In tal caso però la dichiarazione di nullità non riguarderebbe l'annotazione che, in quanto mero atto esecutivo e non negozio<sup>(88)</sup>, sarebbe meramente inefficace.

Al riguardo non è mancato chi ha individuato proprio nell'accertamento con sentenza della nullità del titolo sulla base del quale è stato effettuato un pagamento l'insorgere della legittimazione ad agire in ripetizione, per conseguenza individuando il termine di inizio della decorrenza «dal passaggio in giudicato della sentenza medesima»<sup>(89)</sup>. Si è all'uopo rilevato che «prima di tale momento permane l'esistenza del titolo che aveva dato luogo al versamento della

somma ed è esclusa la possibilità legale dell'esercizio del diritto»<sup>(90)</sup>.

Ad onor del vero l'affermazione, pur agganciata ad un dato processuale inoppugnabile (l'inammissibilità di un'azione di ripetizione fondata sulla nullità del titolo, prima che sia intervenuta una pronuncia che dichiari tale nullità), sembrerebbe provare troppo nella misura in cui renderebbe di fatto inapplicabile la previsione di cui all'art. 1422 c.c. Infatti la disposizione, pur acclarando l'imprescrittibilità del diritto a far valere la nullità del negozio, fa comunque salva, tra l'altro, la prescrizione dell'azione di ripetizione<sup>(91)</sup>. Di contro non pare revocabile in dubbio che le azioni di caducazione del contratto, pur non identificandosi con le azioni di restituzione<sup>(92)</sup>, costituiscano l'antecedente logico-giuridico della pretesa restitutoria. Con ciò non si vuole negare l'autonomia tra le due azioni, atteso che l'obbligazione di restituzione da contratto nullo «non è un mero riflesso materiale dell'azione diretta a far dichiarare la nullità del contratto»<sup>(93)</sup>, in quanto rinviene la sua genesi non solo nella non debenza della prestazione, ma anche nell'intervenuta esecuzione della stessa. Deve rilevarsi però, al di là dell'autonomia o meno delle due azioni, come determinante ai fini della presente disamina è il fatto che non sia configurabile una legittimazione all'azione di ripetizione prima della caducazione del contratto<sup>(94)</sup>. Per conseguenza ricorre quell'impossibilità di far valere il diritto derivante da cause giuridiche, impossibilità alla quale l'art. 2935 c.c. attribuisce rilevanza di fatto impedivo della decorrenza della prescrizione<sup>(95)</sup>. In questi sensi pare orientarsi quella giurisprudenza di legittimità che, in un'ipotesi in un certo senso affine (diritto del creditore banca di soddisfarsi sul pegno concesso dallo stesso debitore e da un terzo), ha affermato che tale diritto «sorge alla scadenza dell'obbligazione garantita, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui il debito garantito sia costituito dal saldo negativo di conto corrente, la decorrenza del termine di prescrizione del credito, per la natura tipicamente accessoria della garanzia, comincerà a decorrere solo quando, chiuso il conto per avvenuto recesso della banca, il debitore si rifiuta o non è in grado di saldare il debito»<sup>(96)</sup>. Orbene, se il conto corrente non è stato chiuso, quanto meno il diritto alla restituzione di quanto indebitamente versato a copertura di esposizione debitoria non sorge affatto<sup>(97)</sup>. Per conseguenza non inizia a decorrere alcun termine di prescrizione della relativa azione di ripetizione. Ovviamente a tutto ciò nulla aggiunge la circostanza che la banca nelle more della dichiarazione di nullità diligentemente abbia provveduto all'annotazione degli addebiti in forza di clausola nulla sul conto corrente: da quell'annotazione, mero atto esecutivo di una previsione negoziale nulla, non potrà derivare l'effetto salvifico (per la banca) dell'anticipato decorrere della prescrizione. A quella data non poteva efficacemente richiedersi, nella vigenza di un'ancora valida previsione contrattuale, la restituzione del maltolto.

Né in contrario si può opporre che la pronuncia di nullità di un negozio è di mero accertamento e per l'effetto «ha portata ed efficacia retroattiva con caducazione dell'atto dive-

nuto giuridicamente irrilevante fin dall'origine con conseguente definitivo venir meno della modifica della situazione giuridica preesistente»<sup>(98)</sup>, in ciò rinvenendo formale ragione di un efficace decorso del termine per la prescrizione di un diritto non azionabile sino alla pronuncia caducatoria. Così opinando si fornirebbe del dato normativo un'interpretazione inammissibilmente orientata nella chiara violazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e di eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.)<sup>(99)</sup>: il cliente non solo sarebbe costretto a subire nel corso del rapporto il danno da illecito conteggio della banca, unica titolare del diritto di «scrittura» o di «annotazione», che dir si voglia, sul suo conto, ma potrebbe solo conseguire la "vittoria di Pirro" di un (preliminare quanto imprescindibile) accertamento della nullità della previsione negoziale giustificatrice di tale conteggio, senza vedersi in conseguenza riconosciuto il diritto all'integrale restituzione di quanto malamente annotato, proprio e solo in virtù di tale illecita previsione.

Un'ulteriore precisazione sull'argomento appare doverosa. Sovente si assiste nella prassi a generiche quanto di stile eccezioni di prescrizione da parte delle difese delle banche, eccezioni che, ciò non di meno, vengono vagliate dai giudici di merito. Difetta quasi sempre, anche perché di difficile confezionamento, la specificazione in concreto di quali siano stati i «pagamenti», il cui diritto alla restituzione risulterebbe prescritto. In buona sostanza le singole rimesse aventi carattere «solutorio», della cui ripetizione s'invoca la prescrizione in via generica e cumulativa, non sono state individuate dalla banca (per data e importo), nei giudizi in corso anche perché recente è il *révirement* della Cassazione sul punto.

Una prima considerazione di carattere processuale: la banca, ove ciò non abbia fatto nella comparsa di costituzione e risposta, è decaduta dal diritto di sollevare la detta eccezione ai sensi e per gli effetti dell'art. 167 c.p.c. Trattasi di eccezione in senso proprio e non di mera difesa e la relativa decadenza è, per giunta, rilevabile d'ufficio<sup>(100)</sup>. La generica formulazione di un'eccezione di prescrizione in sede di comparsa di costituzione non autorizza di certo il Giudice ad individuare l'*ubi consistat* della medesima. Da un canto, la prescrizione non è rilevabile d'ufficio, dall'altro, il suo carattere dispositivo comporta, per la parte che la propone, l'onere di tipizzarla e di connotarla rispetto ad una specifica prestazione, non potendo il giudice ritenere prescritta una richiesta di prestazione non specificamente individuata<sup>(101)</sup>.

A tale *defaillance* difensiva non potrebbe soccorrere il giudice per il tramite dell'affidamento di una consulenza diretta ad accertare quali siano le rimesse solutorie prescritte e quali no, sulla base, se mai, di richiesta formulata dalla banca decaduta dalla sostanziale eccezione. Da tempo, come è noto, la giurisprudenza di legittimità si è orientata per escludere l'ammissibilità di consulenze avente carattere c.d. «esplorativo»<sup>(102)</sup>.

## 8. Ius variandi ed interessi usurari nell'apertura di credito in conto corrente

Una questione di apprezzabile rilevanza pratica nella ricostruzione giudiziaria del rapporto di conto corrente è rappresentata dallo sfioramento del tasso soglia antiusura<sup>(103)</sup> nel corso del rapporto di apertura di credito in conto corrente a seguito di (legittimo) esercizio dello *ius variandi*<sup>(104)</sup> in aumento del tasso da parte della banca.

Il legislatore, dopo l'emanazione della normativa antiusura (l. 7.3.1996, n. 108), che ha totalmente innovato la disciplina prevista precedentemente dall'art. 644 c.p., accogliendo le pressanti richieste provenienti dal settore creditizio ed in particolare dall'A.B.I., ha emanato il d.l. 29.12.2000, n. 394, convertito con modifiche nella l. 28.2.2001, n. 24. All'art. 1, 1° co., ha previsto che ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815, 2° co., c.c. si intendono usurari gli interessi, che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento.

Il provvedimento trova la sua genesi nella qualificazione in termini di «usurarietà sopravvenuta» degli interessi sui mutui conclusi prima della l. 7.3.1996, n. 108, il cui saggio di interesse avesse successivamente sfiorato la soglia per una diminuzione dell'andamento del costo del danaro<sup>(105)</sup>.

Successivamente però la giurisprudenza, con indirizzo ormai consolidato, ha affermato che la normativa di interpretazione autentica della l. 7.3.1996, n. 108, che ha fissato la valutazione della natura usuraria dei tassi d'interesse al momento della convenzione e non a quello della dazione, trovi applicazione non solo ai rapporti di mutuo, come poteva desumersi dal richiamo all'art. 1815 c.c., ma a tutte le fattispecie negoziali che possano contenere la pattuizione d'interessi usurari, con l'unica eccezione che il rapporto contrattuale non si sia esaurito anteriormente alla data di entrata in vigore della l. 7.3.1996, n. 108<sup>(106)</sup>.

È accaduto così che anche per l'apertura di credito in conto corrente e per operazioni similari, il momento dell'individuazione della soglia antiusura è stato riportato alla data dell'originaria pattuizione, senza tenere conto delle successive variazioni operate nel corso del rapporto da parte delle banche. La novella interpretativa e la sua esegesi da parte della giurisprudenza non pare tenere nella dovuta considerazione i sistemi di rilevazione del tasso soglia, che sono ben differenti tra le classi di operazioni nell'ambito delle quali viene ascritto il mutuo e quelle in cui è ricondotta l'apertura di credito. Si è verificato anche in questo caso un sostanziale scollamento tra le pronunce dei giudici, anche di legittimità, e le modalità di rilevazione adottate dalla Banca d'Italia, talvolta pur pervicacemente in violazione del chiaro enunciato dell'art. 644 c.p.<sup>(107)</sup>.

All'uopo occorre evidenziare che il sistema di rilevazione della «soglia», al di sopra del quale l'interesse è da ritenere sempre usurario ai sensi dell'art. 2, ult. co., l. n. 108/1996, è tutto da sempre incentrato, per i mutui ed operazioni similari, sul momento della pattuizione. Di contro, per l'apertura di credito (nonché per finanziamenti per anticipi su cre-

diti e documenti e sconto di portafoglio commerciale, per factoring e per credito revolving) riferimento per la base di calcolo continuano ad essere le «competenze di pertinenza del trimestre»<sup>(108)</sup>. Nel primo caso rileva il momento della stipulazione del contratto, sia pur risalente nel tempo, nel secondo caso, in cui l'interesse è sovente destinato a mutare nel corso del tempo per decisione unilaterale da parte dell'istituto finanziatore, assume un ruolo centrale, ai fini della qualificazione della usurarietà degli interessi, il tasso effettivamente praticato dall'istituto di credito nel trimestre immediatamente precedente, senza tenere in alcun conto quello originariamente pattuito.

L'estendere a tutte le fattispecie negoziali, che possano contenere la pattuizione d'interessi usurari, la valutazione al momento della conclusione dell'accordo sul punto comporta ancora una volta il rischio (e la sostanziale ingiustizia) di comparazione tra classi di grandezza disomogenea (interesse «pattuito» o «promesso» e interesse nel corso del rapporto «praticato»), che prima dell'avvento della normativa interpretativa della legge antiusura si era verificata per i mutui e per prestiti in genere<sup>(109)</sup>.

L'incorreggibilità di un'interpretazione, per così dire, estensiva del d.l. 29.12.2000, n. 394, per come all'apparenza propugnata dalla giurisprudenza, diviene ancora più palpabile sol che si consideri che trattasi, tra l'altro, di rapporti in relazione ai quali è consentito per legge alla banca l'esercizio nel corso del rapporto dello *ius variandi* (art. 118 t.u.b.).

Una volta pretermessa la rilevanza del tasso «praticato» nel corso del rapporto in luogo di quello «pattuito», rischia di non essere oggetto di alcuna valutazione in sede penale e civile un significativo incremento del tasso (quello «praticato» appunto) successivamente alla conclusione del contratto di apertura di credito, normalmente di durata indeterminata. Operandosi «la valutazione della natura usuraria dei tassi d'interesse al momento della convenzione e non a quello della dazione»<sup>(110)</sup>, il mutamento del tasso intervenuto nel corso del rapporto, a seguito di consapevole e volontario esercizio di tale potere da parte della banca, non sarà suscettibile di valutazione alcuna sotto il profilo della ricorrenza dell'usura, che continuerà a commisurarsi con riguardo al tasso originariamente «pattuito».

La sostanziale ingiustizia di una simile opzione ermeneutica diviene immediatamente percepibile qualora si tenga presente che l'omessa valutazione del momento dell'applicazione del diverso (rispetto a quello pattuito) ed usurario tasso potrebbe legittimare un'arbitraria elevazione da parte della banca del medesimo nel corso del rapporto attraverso lo strumento appunto dello *ius variandi*.

Ma ove pure si volesse sperare che simili comportamenti opportunistici non siano mai tenuti dalle banche, non pare peregrino ipotizzare una non convenienza da parte delle medesime ad esercitare il potere di variazione in diminuzione per tutti quei contratti, di cui si è detto, conclusi antecedentemente alla variazione al ribasso dei tassi, allorché la misura degli interessi (attivi per la banca) risulti rispettosa del limite stabilito dalla legge al momento della pattuizione. Ciò è ancor più probabile che accada con riguardo a quel-

la fascia di clientela meno appetibile per la concorrenza (e perciò stesso più a rischio di usura), che non ha interesse a recedere da un contratto senza essere sicura di poterne stipulare un altro, che continui a sopperire alle sue esigenze di liquidità.

Alla luce delle considerazioni che precedono, riteniamo che il pur consolidato orientamento della Suprema Corte, di cui si è detto, possa essere messo in discussione o, per meglio dire, diversamente interpretato per un plurimo ordine di ragioni.

Già la stessa scelta di obbiettivare<sup>(111)</sup> il concetto di interesse usurario attraverso la rilevazione di un «tasso effettivo globale medio» per operazioni della stessa natura è indicativo di un'intenzione del legislatore che guarda al fenomeno non solo sotto il profilo dell'atto, ma anche dal punto di vista del rapporto. Insuperabili indici poi di tale consapevole scelta si ricavano dallo stesso dettato normativo della l. n. 108/1996, che all'art. 1, come già rilevato, sanziona in via autonoma il comportamento di chi si «fa dare» interessi o altri vantaggi usurari, facendo poi decorrere il termine prescrizione del novellato reato di usura dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale (art. 11)<sup>(112)</sup>. Conseguentemente deve ritenersi l'esistenza di una norma imperativa che vieti non solo la promessa, ma anche l'esazione di interessi superiori al tasso soglia, a prescindere dalla legittimità della previsione contrattuale, che li abbia a suo tempo previsti (prima o dopo l'entrata in vigore della l. n. 108/1996 poco importa) e che, nello stesso tempo, imponga un «prezzo» massimo di «vendita» del danaro.

A ciò aggiungasi che la disciplina di cui alla legge n. 108/1996, quale norma penale parzialmente in bianco<sup>(113)</sup>, è integrata e completata nel suo carattere imperativo di fattispecie incriminatrice proprio dalle Istruzioni della Banca d'Italia, di cui si è detto, e che, con riguardo alle rilevazioni dei tassi soglia per l'operazione di apertura di credito, individuano come termine di riferimento per il calcolo non già l'interesse «pattuito», ma l'interesse «praticato». Se così è, riesce difficile comprendere come, una volta rilevata dalla Banca d'Italia la soglia sulla base del tasso «praticato» tre mesi prima, lo sforamento con riguardo ad operazioni che registrano modificazioni del tasso nel corso del rapporto su iniziativa della banca debba essere verificato confrontando il tasso originariamente pattuito in sede di conclusioni con quello «praticato» a quell'epoca, se mai risalente a diversi anni prima.

(\*) Relazione all'incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema «Le controversie bancarie» (Roma, 17-19.9.2012).

(2) In argomento, senza pretese di completezza: MACCARONE, *Osservazioni in tema di conto corrente bancario*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, II, Milano, 1978, 607 ss., spec. 613 ss.; SANTORO, *Il conto corrente bancario*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1992; TARZIA, *Il contratto di conto corrente bancario*, Milano, 2001; BARBIERA e G. GENTILE, *Diritto della banca e dei contratti bancari* (riedizione arricchita e aggiornata del volume *Diritto bancario* di M. Spinelli e G. Gentile), 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2003, 198 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, *Parte generale*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, 209 ss.; FAUCIGLIA, *I contratti bancari*, Torino, 2005, 231 ss.; F. GIORGIANNI e TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2009, 451 ss.

(3) Per tutte v. Cass., 5.12.2011, n. 25943, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 1726.

(4) Vedi sul punto G. D'AMICO, *Operazioni bancarie in conto corrente e decorrenza della prescrizione* (nota a C. cost., 5.4.2012, n. 78), in *Contr.*, 2012, 445 ss.

Chi scrive non ignora il rilievo secondo cui la l. 28.2.2001, n. 24, di interpretazione autentica della l. 7.3.1996, n. 108, prescinde dalla qualificazione del rapporto in cui siano convenuti interessi usurari e il generale richiamo all'art. 644 c.p. ne estenda il campo di applicazione a tutte le fattispecie negoziali in concreto penalmente sanzionate<sup>(114)</sup>. Ma proprio il dato testuale dell'art. 1, 1° co., d.l. 394/2000 pare poter autorizzare un diverso tipo di confronto se è vero che «si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge» non solo «nel momento in cui essi sono promessi», ma anche in quello in cui sono «comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento». La lettera della legge fa riferimento dunque in termini ampli al tempo in cui gli interessi sono a «qualunque titolo» promessi o convenuti, sicché non si comprende la ragione per cui, nell'ipotesi che tale (nuovo) vincolo obbligatorio per il cliente sorga nel corso del rapporto, non si debba temporalmente fare riferimento a quel momento e non a quello della conclusione del contratto ai fini del raffronto con il tasso soglia.

Nel caso che ci occupa gli interessi che il cliente sarà tenuto a pagare a seguito dell'esercizio di un potere di «modifica unilaterale delle condizioni contrattuali», previsto per legge, sono o l'effetto di un negozio giuridico unilaterale, posto in essere dalla banca, senza che abbia alcun rilievo una sua eventuale manifestazione di volontà al riguardo; ovvero sono il frutto di una convenzione sorta a seguito dell'accettazione di una «proposta di modifica unilaterale del contratto» formulata dalla banca e tacitamente accettata dal cliente *ex art.* 118, 2° co., t.u.b. nella sua nuova formulazione<sup>(115)</sup>. Nell'un caso e nell'altro si può sostenere che il cliente si sia (nuovamente e diversamente) obbligato nei confronti della banca in relazione alla prestazione degli interessi. La comparazione dovrà pertanto intervenire tra gli interessi in tal guisa «pattuiti» alla data di assunzione del «nuovo» obbligo ed il tasso rilevato con riguardo agli interessi «praticati» nel trimestre antecedente, senza che possa assumere alcun rilievo la pattuizione originaria.

Diversamente opinando non parrebbe azzardato ipotizzare la ricorrenza di una palese disparità di trattamento, valutabile *ex art.* 3 Cost., tra situazioni in cui il rischio usura pare identico: il debitore sarebbe tutelato per la categoria di operazioni, di cui si è detto, solo se l'interesse sia usurario con riguardo al momento della pattuizione, non già quando divenga tale nel corso del rapporto per unilaterale iniziativa della banca. ■

(5) In senso contrario, G. D'AMICO, *op. cit.*, 447, secondo cui il «collegamento» con i contratti generatori della provvista rileva «nella fase della "esecuzione" del rapporto, ma non ai fini del sorgere di esso (altrimenti bisognerebbe dire che il contratto di mandato non viene ad esistenza sino a quando il mandante non abbia fornito al mandatario i mezzi necessari per l'espletamento dell'incarico)».

(6) G. D'AMICO, *op. loc. ult. cit.*

(7) P. FERRO-LUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 8.

(8) In questi termini argutamente G. COLANGELO, *Guardando troppo l'albero si perde la foresta: conto corrente di corrispondenza, trasparenza, concorrenza e clausole vessatorie*, in *Corriere giur.*, 2011, 402 ss.

(9) Si pensi appunto all'apertura di credito, di cui non sia utilizzato nella sua completezza l'affidamento o al contratto di deposito bancario.

(10) Vedasi in argomento, da ultimo e senza pretese di completezza: STILO, *La Commissione di massimo scoperto dal "Decreto anti-crisi" al cd. "de-*

creto salva Italia", in *Contr.*, 2012, 75; DOLMETTA, *Alcuni temi recenti sulla "commissione di massimo scoperto"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 166; M. CIAN, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2 bis l. n. 2/2009 e della l. n. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento e usura*, *ivi*, 187; LENOCI, *La disciplina della commissione di massimo scoperto e la remunerazione per la messa a disposizione di fondi*, in *Giur. di Merito*, 2009, 1505 ss.

(11) Sull'operazione economica in genere: D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; ID., *Contratto e operazione economica*, in *I contratti in generale*, Agg. 1991-1998, a cura di Alpa e Bessone, I, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1999, 257 ss.; ID., *Operazione economica e negozi strumentali*, *ivi*, 291 ss.; FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 59; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, in *Tratt. Rescigno e Gabrielli*, I, Torino, 1999, 48 ss.; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss.; ID.,  *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1044 ss. In senso critico in ordine alla configurabilità ed alla stessa utilità della categoria VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. privato*, 2000, 39.

(12) Così TROISI, *Appunti sull'astrattezza negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 404. In giurisprudenza vedi: Cass., S.U., 11.1.1973, n. 63, in *Foro padano*, 1974, I, 115, con nota di BALESTRINI, *Causa e motivo del negozio giuridico, concetti in corso di revisione*; più di recente Cass., 19.2.2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2481, che ha avuto modo di affermare: «L'esigenza della valutazione "in concreto" della causa quale elemento essenziale del negozio si risolve nella sintesi degli interessi dei contraenti e, al tempo stesso, costituisce strumento di accertamento per il giudice ai fini dell'indagine intesa ad individuare la conformità a legge dell'attività posta effettivamente in essere». In maniera più esplicita con riguardo all'insorgere del diritto alla provvigione in tema di mediazione ed alla polizza fideiussoria vedi, tra le altre, rispettivamente: Cass., 9.4.2009, n. 8676, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Mediazione*, 32; Cass., 16.9.2008, n. 23708, in *Assicurazioni*, 2009, II, 2, 85; in *Contr.*, 2009, 584, con nota di SCARPA, *Principio di apparenza e contratto a favore del terzo*; in *Obbl. e contr.*, 2009, 800, con nota di Urso, *La rappresentanza apparente nel contratto a favore di terzi*.

(13) P. FERRO-LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, I, 408.

(14) G. FERRI, *Apertura di credito*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1958, 601.

(15) Di fatto l'anticipazione bancaria o il finanziamento o il mutuo determinano poi un deposito regolato in conto corrente.

(16) Al riguardo attenda dottrina (SPINELLI e G. GENTILE, *Diritto bancario*, 2° ed., Padova, 1991, 286), nel tentativo di sintetizzare le varie opinioni sul punto, ha significativamente affermato: «se si volesse trovare una soluzione unitaria del problema non si potrebbe, per l'ordinamento abrogato, che accettare l'identificazione dell'anticipazione con l'apertura di credito garantita da cose mobili. L'anticipazione (*species*) si risolve in una particolare forma di apertura di credito (*genus*)».

(17) PORZIO, in *I contratti delle banche*, a cura di Angelici, Belli, Greco, Rispoli Farina, Torino, 2002, 115.

(18) MESSINEO, *Anticipazione bancaria*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 653.

(19) MESSINEO, *op. loc. ult. cit.*

(20) Cass., 15.6.1974, n. 1753, in *Banca borsa tit. cred.*, 1974, II, 418, con nota critica di MOLLE, *In tema di anticipazione bancaria in conto corrente*. Conf. Cass., 14.6.2000, n. 8089, in *Fallimento*, 2001, 636, con nota di DI BRIZZI, *Anticipazione bancaria e revocatoria fallimentare*.

(21) Così FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Tratt. Buonocore*, Torino, 2005, 357.

(22) COTTINO, *Diritto commerciale*, II, 2° ed., Padova, 1992, 107.

(23) COTTINO, *op. loc. ult. cit.*

(24) Così Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, in *Guida dir.*, 2011, I, 81, con nota di MASTROMARINO, *Prescrizione del rimborso degli interessi anatocistici con decorrenza dal saldo di chiusura del conto. I versamenti eseguiti nel corso del rapporto hanno solo lo scopo di ripristinare la provvista*; in *Giust. civ.*, 2011, I, 2335, con nota di CELARDI, *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*; in *Rass. dir. civ.*, 2011, 974, con nota di M. SEMERARO, *Equilibrio del contratto e del rapporto nel c.d. anatocismo bancario*; in *Giur. it.*, 2011, 1547, con nota di RIZZUTI, *Gli ultimi progressi in tema di anatocismo bancario*; e *ivi*, 2074, con nota di DE IULIS, *La giurisprudenza pretoria e il sovrano oracolo delle leggi*; e *ivi*, 2078, con nota di Mas. D'AURIA, *Capitalizzazione degli interessi: nullità e profili d'interpretazione contrattuale*; in *Foro it.*, 2011, I, 428; in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 400, con nota di U. SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*; in *Nuova giur. comm.*, 2011, I, 291, con nota di BONTEMPI, *L'obbligo della banca di eliminare gli addebiti in c/c derivanti da operazioni abusivamente compiute dal proprio funzionario*; in *Danno e resp.*, 2011, 493, con nota di G. COLANGELO, *Siamo tutti falliti? Limiti di una decisione zoppicante*; e *ivi*, 612, con nota di M. FLICK, *Dies a quo del termine di prescrizione e anatocismo: un nuovo vestito per un vecchio problema*; in *Contr.*, 2011, 221, con nota di NANNA, *Asimmetrie contrattuali e ripetibilità degli interessi anatocistici*; in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 810, con nota di F. GRECO, *Anatocismo bancario e prescrizione: le sezioni unite e la difficile applicabilità del decreto milleproroghe. Continua il match tra correntisti e banche*; ed in *Corriere giur.*, 2011, 817, con nota di ROLFI, *Le sezioni unite e l'anatocismo: non è tutto oro quello che luccica*; sul punto v. anche l'ampio contributo di ZORZETTO, *Le sezioni unite civili e la giurisprudenza della cassazione*, in *Riv. dir. privato*, 2011, 399 ss.;

nonché DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in *Contr.*, 2011, 489 ss.; STILO, *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, *ivi*, 629 ss.

(25) Rileva TARZIA, *Revocatoria fallimentare delle anticipazioni "girate" sul conto corrente ordinario*, in *Fallimento*, 2011, 300, come le modalità di contabilizzazione non variano «quale che sia lo strumento dato alla banca per riscuotere, alle scadenze, i crediti del cliente verso terzi: cioè vuoi che sia un mandato irrevocabile all'incasso, vuoi che sia una cessione dei crediti da incassare (meno di frequente), assimilabile ad uno "sconto"».

(26) Sulla distinzione TARZIA *Gli anticipi su "ricevute bancarie" fra lo sconto ed il mandato all'incasso*, in *Fallimento*, 2008, 155.

(27) Ove la tecnica sia del «conto unico», l'apertura di credito è variabile in funzione dei crediti verso terzi conferiti dal correntista alla banca per la riscossione (in questi termini TARZIA, *Revocatoria fallimentare delle anticipazioni "girate"*, cit., 1299, nt. 1). In argomento Trib. Brescia, 11.2.2000, in *Fallimento*, 2001, 95, con nota di BONFATTI, *Revocatoria delle rimesse e "castelletti" nelle fattispecie di "conto evidenza" e di "conto unico"*.

(28) In dottrina il «bancogiro» (o «giroconto») è stato definito come l'accreditamento di una somma nel conto di un correntista (beneficiario) operata da una banca su ordine di altro correntista (ordinante) mediante addebitamento della stessa somma nel proprio conto corrente (G. FERRI, *Bancogiro*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 32; in argomento v. anche, in termini generali, CAMPOBASSO, *Bancogiro e moneta scritturale*, Bari, 1979, *passim*). Sulla stessa scia la giurisprudenza secondo cui «il giroconto (o bancogiro) consiste nell'accreditamento da parte di una banca di una somma a favore di un correntista e contemporaneo addebito della stessa nel conto del soggetto che ne aveva fatto richiesta» (Cass., 25.7.1972, n. 2545, in *Foro it.*, 1973, I, 2211; conf. Cass., 24.3.2000, n. 3519, in *Fallimento*, 2001, 276, con nota di MERCURIO, *Trasferimento elettronico di fondi e fallimento dell'accipiens*; e in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 637). I problemi più dibattuti in dottrina e giurisprudenza con riguardo al bancogiro o al giroconto riguardano la compensazione tra i saldi attivi e passivi di più rapporti o conti tra banca e cliente, prevista dall'art. 1853 c.c. con riferimento alla revocatoria fallimentare, tema che esula dalla presente indagine.

(29) In argomento, tra i tanti: FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. comm.*, 1997, II, 233; ID., *I contratti collegati*, *ivi*, 1986, II, 256; CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, 628; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1937, 275; ora in ID., *Scritti minori*, Napoli, 1988, 75; MESSINEO, *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1961, 53 ss. Sul rapporto tra collegamento negoziale ed operazione economica C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, *passim*.

(30) Cass., 20.6.2011, n. 13449, in *Fallimento*, 2011, 1299. La sentenza è oggetto di separato commento da parte di V. CARBONE, *Conto corrente con mandato per la riscossione di titoli rappresentativi di crediti verso terzi*, in *Corriere giur.*, 2011, 1369; e di TARZIA, *Revocatoria fallimentare delle anticipazioni "girate" sul conto corrente ordinario*, cit., 300 ss.

(31) In senso conforme Cass., 17.10.2005, n. 20101, in *Fallimento*, 2006, 1299, con nota di STAUNOVO POLACCO, *Giroconto e revocatoria fallimentare*, secondo cui «il giroconto dell'anticipazione su effetti dal c.d. "conto anticipi" al conto ordinario è un'operazione di mero conguaglio, che non dà luogo a compensazione ed è revocabile qualora affluisca su conto scoperto». La sentenza in parola richiama due risalenti pronunce: Cass., 11.9.1994, n. 9307 e Cass., 11.12.1978, n. 5836.

(32) Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit.

(33) L'illegittimità della capitalizzazione trimestrale è relativa solo alle clausole «di capitalizzazione contenute in contratti anteriori all'avvento d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342 (c.d. decreto "salva banche")», il quale ha modificato l'art. 120 T.U.B., attribuendo al CICR il potere di stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria». Di poi, il CICR - con Delibera 9.2.2000 (in G.U., L. 43 del 22.2.2000, entrata in vigore il 22.4.2000) - ha previsto (art. 2) che «Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità. 2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori...». Per quanto attiene ai contratti già in corso al momento di pubblicazione della delibera, quest'ultima ha stabilito che essi dovessero essere adeguati (con previsione di uguale periodicità di capitalizzazione) entro il 30.6.2000. La chiusura del conto al 30.6.2000 riveste dunque grandissima rilevanza ai fini del ricalcolo degli interessi anatocistici ed in particolare dell'utilità e convenienza di una richiesta di restituzione, segnando nella sostanza il momento finale del periodo oggetto di conteggio.

(34) Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit.

(35) La configurazione da parte della Suprema Corte dei «conti anticipi» come mera emergenza contabile conforta l'assunto dell'unicità dell'operazione economica e forse dell'irrelevanza in via autonoma dei medesimi conti (Cass., 20.6.2011, n. 13449, cit.).

(36) La questione potrebbe avere un sicuro rilievo in sede fallimentare. Ne coglie il senso attenta giurisprudenza di merito che ha di recente affermato: «Il mutuo, con contestuale effettiva concessione di ipoteca, utilizzato per estinguere una passività preesistente (eventualmente mediante giroconto), è un negozio indiretto che ha per scopo ulteriore non l'estinzione della passività preesistente (sarebbe un pagamento anomalo), ma la sua trasformazione in un credito privilegiato, esclusa la simulazione, trattandosi di opera-

zioni effettivamente volute dalle parti» (Trib. Vicenza, 5.10.2010, in *www.il caso.it*, 2010).

(37) Così incisivamente CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contr.*, 2011, 1044, nt. 36.

(38) Trib. Brindisi, 4.12.2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1947. In senso conforme App. Brescia, 21.4.2004, in *www.ilcaso.it*.

(39) Sul contratto in frode alla legge: BRECCIA, *Frode alla legge*, in ALPA, BRECCIA, LISERRE, *Il contratto in generale*, XII, 3, in *Tratt. Bessone*, Torino, 1999, 257.

(40) Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14.10.2011, in *Foro it.*, 2012, I, 600.

(41) In argomento, tra i tanti, GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 76; CARRESI, *Interpretazione del contratto e principio di conservazione, in Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, 351; PENNASILICO, *Il principio di conservazione dei «valori giuridici»*, Napoli, 2004, *passim*; ID., *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 702.

(42) In questo senso la giurisprudenza di legittimità, che ha testualmente affermato: «Il mutuo è contratto di natura reale che si perfeziona con la consegna di una determinata quantità di danaro (o di altre cose fungibili) ovvero con il conseguimento della giuridica disponibilità di questa da parte del mutuatario; ne consegue che la *tradito rei* può essere realizzata attraverso l'accreditamento in conto corrente della somma mutuata a favore del mutuatario, perché in tal modo il mutuante crea, con l'uscita delle somme dal proprio patrimonio, un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario». (Cass., 21.2.2001, n. 2483, in *Contr.*, 2001, 588; e in *Fallimento*, 2002, 373, con nota di DI BRIZZI, *Scientia deoctionis e iscrizione di ipoteca volontaria*).

(43) Così CAMARDI, *op. loc. ult. cit.*

(44) CAMARDI, *op. loc. ult. cit.*

(45) Riconosce la necessità che la disciplina dell'autoregolamento dipenda in misura sempre maggiore dall'operazione economica perseguita P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 426.

(46) In questi termini VETTORI, *Mercato, Libertà e Giustizia. A proposito di due libri recenti*, in *www.personaemercato.it*, 2009, 8 s., secondo cui «non è dubbio che le relazioni fra privati sono ispirate al canone della parità in base a due fondamentali norme costituzionali: l'art. 24 che dispone la parità tra le situazioni giuridiche sostanziali di diritto e interesse e l'art. 111 che disciplina la terzietà del giudice, la sua imparzialità e ancora la parità delle parti. La disparità può essere rilevante solo in presenza del dettato di una norma, dell'uso di una clausola generale o del richiamo positivo del fatto».

(47) Così FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, 287.

(48) Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit.

(49) Il che, per quel che ci risulta, costituisce un'autentica novità. Lo rileva anche DOLMETTA, *Prescrizione e «operazioni bancarie in conto corrente»: sul comma 61 della legge n. 10/2011*, in *www.ilcaso.it*, 2011, 11.

(50) In senso contrario riconosce in motivazione l'ammissibilità della domanda di restituzione formulata in corso di rapporto Trib. Palermo, 14.2.2006, in *Adiconsum.inform.it*.

(51) Trib. Milano, 17.1.2000, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 336.

(52) Cass., 11.5.1999, n. 4659, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 1052. Nel caso oggetto di disamina il correntista aveva continuato a mantenere aperto il conto e non aveva contestato gli estratti di rendiconto dai quali risultava il saldo negativo. La S.C. ha, pertanto, ritenuto che soltanto in seguito all'inadempimento del correntista garantito la banca potesse soddisfare il proprio credito - costituito dal saldo negativo del conto - con prelazione sul pegno.

(53) In argomento, sulla riforma della revocatoria, v., tra gli altri: GUGLIELMUCCI, *Revocatoria delle rimesse e tipologia degli addebiti in conto corrente*, in *Fallimento*, 2011, 509; QUAGLIOTTI, *Il conto corrente bancario, le rimesse e l'esposizione debitoria nel nuovo corso della revocatoria fallimentare*, ivi, 2009, 101.

(54) In argomento vedi successivamente al par. 6.

(55) Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit.

(56) Sulla categoria dei contratti di durata il richiamo è d'obbligo a OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 174. Sulla rilevanza della durata ai fini connotativi del tipo contrattuale, cfr. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 107. Sul rischio insito nei rapporti di durata v. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 ss.

(57) Per prima nella giurisprudenza di legittimità v. Cass., 16.3.1999, n. 2374, in *Foro it.*, 1999, I, 1153; in *Dir. e giur.*, 1999, 331, con nota di RINALDI, *Contrattazione standardizzata, tutela dell'aderente e anatocismo bancario*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 1301, con nota di GIACALONE, *Illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari a debito dei clienti*; e ivi, 1585, con nota di COSTANZA, *Anatocismo: la svolta della Cassazione*; in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 389, con nota di GINEVRA, *Sul divieto di anatocismo nei rapporti tra banche e clienti*; e ivi, 408, con nota di DOLMETTA e PERRONE, *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazioni di interessi e anatocismo*; e ivi, 649, con nota di PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*; in *Contr.*, 1999, 437, con nota di DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: vero un "revirement" della Cassazione?*; in *Corriere giur.*, 1999, 562, con nota di V. CARBONE, *Anatocismo e usi bancari: la Cassazione ci ripensa*; in *Fallimento*, 1999, 1230, con nota di PANZANI, *Anatocismo: tra giurisprudenza e nuova legislazione*; in *Giur. it.*, 1999, 1221, con nota di COTTINO, *La Cassazione muta indirizzo in tema di anatocismo*; e ivi, 1873, con nota di DELL'ANNA MISURALE, *La nuova giurisprudenza in materia di anatocismo: riflessioni critiche sul "revirement" della Cassazione*; in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 167, con nota di F. FERRO-LUZZI, *Prime considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999, n. 2374, in tema di: anatocismo, usi e conto corrente bancario*. Vedi poi successivamente diverse altre pronunzie favorevoli: per tutte Cass., S.U., 4.11.2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, 3294, con note di AL. PALMIERI e R. PARDOLESI, *L'anatocismo bancario e la bilancia dei Balek*; di G. COLANGELO, *Interessi bancari e meccanismi moltiplicativi delle remunerazioni*; e di F. FERRO-LUZZI, *Canone inverso. Le sezioni unite sull'anatocismo bancario: una sconfitta per i consumatori?*; in *Guida dir.*, 2004, 27, 45, con nota di E. SACCHETTINI, *Cade il sistema praticato dalle banche in mancanza di un vero uso normativo*; in *Contr.*, 2005, 221, con nota di SCOZZAFAVA, *L'anatocismo e la Cassazione: così è se vi pare*; e ivi, 713, con nota di PANDOLFINI, *Anatocismo bancario: le questioni ancora aperte*; in *Giur. it.*, 2005, 66, con nota di COTTINO, *Sull'anatocismo intervengono anche le Sezioni unite*; e ivi, 741, con nota di RAZZANTE, *La Cassazione ha "tumultuato" l'anatocismo?*; in *Riv. giur. sarda*, 2005, 283, con nota di M. SANNA, *Sulla nullità ab origine delle clausole di capitalizzazione degli interessi nel conto corrente bancario*; in *Giust. civ.*, 1995, I, 1841, con nota di MORERA, *Anatocismo bancario ed errori di prospettiva: nonostante la cassazione, c'è luce in fondo al tunnel*; e in *Corriere giur.*, 2005, 214, con nota di INZITARI, *Le Sezioni Unite e il divieto di anatocismo: l'asimmetria contrattuale esclude la formazione dell'uso normativo*. In dottrina anticipano l'orientamento della Cassazione e della di poi prevalente giurisprudenza di merito: V. FARINA, *Recenti orientamenti in tema di anatocismo*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 757; INZITARI, *Convenzione di capitalizzazione trimestrale degli interessi e divieto d'anatocismo ex art. 1283 c.c.* (nota a Trib. Vercelli, 21.7.1994), in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 408.

(58) Come è noto, la giurisprudenza della Suprema Corte ha, da tempo, sul punto mutato indirizzo, pur ribadendo in astratto la validità della *relatio*, ne ha in concreto svuotato l'operatività così statuendo: «È legittima la clausola dei contratti di conto corrente bancario (stipulati prima dell'entrata in vigore della l. 17.2.1992, n. 154), secondo la quale sono dovuti interessi convenzionali nella misura normalmente praticata dalle aziende di credito sulla piazza. È necessario, tuttavia, valutare se, nel singolo rapporto dedotto, sussistono elementi di qualificazione del cliente, idonei a determinare, senza successiva valutazione discrezionale da parte della banca, l'oggettiva determinazione del tasso d'interesse (oggetto di variazione nel corso del rapporto)» (Cass., 13.3.1996, n. 2103, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 50, con nota di Vallosio; in *Riv. commercialisti*, 1997, 581; e in *Foro it.*, 1997, I, 1939, con nota di NIVARRA, *Di come la Suprema Corte irrigidi in articolo mortis la sua giurisprudenza sulle clausole di rinvio agli usi e di qualche altra cosa ancora*). Conforme la giurisprudenza di merito: per tutte Trib. Bari, 20.7.2006, in *Infoutet*, 2006; Trib. Monza, 7.6.2006, *ivi*.

(59) Per un sintetico accenno vedi MESSINEO, *Contenuto e carattere giuridici dell'apertura di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 121; MOLLE, *I contratti bancari*, 3<sup>a</sup> ed., in *Tratt. Cicu e Messineo*, XXXV, I, Milano, 1978, 231; S. MACCARONE, *Le operazioni bancarie in conto corrente*, in *Giur. banc.* (1985-1987), Milano, 1989, 194; G. ROMANO, *L'apertura di credito, in I contratti bancari. Problemi risolti e questioni ancora aperte*, Milano, 1999, 84; più diffusamente V. FARINA, *La determinazione giudiziale del credito bancario in conto corrente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 369 ss.; DOLMETTA e MUCCIARONE, *Sulla «commissione di massimo scoperto»* (nota a App. Lecce, 27.6.2000), in *Contr.*, 2001, 376 ss. Solo di recente la questione della commissione di massimo scoperto è - per così dire - "esplosa" in giurisprudenza con un pullulare di decisioni sollecitate dall'orientamento rigoroso assunto dalle associazioni dei consumatori. La prima pronuncia che sull'argomento ha dato una trattazione compiuta è App. Lecce, 27.6.2000, cit.

(60) Cass., 14.5.2005, n. 10127, in *Impresa*, 2005, 1590.

(61) In questi termini con riguardo, però, a somme pagate per canone eccedente quello determinato per legge v. Cass., 14.3.1995, n. 2936, in *Arch. locazioni*, 1995, 598.

(62) La prima pronuncia sul punto della Corte di legittimità è oramai datata: Cass., 9.4.1984, n. 2262, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Interessi*, 15.

(63) In questi termini di recente App. Firenze, 23.3.2010; Trib. Bari, 29.10.2008, in *Corriere merito*, 2009, 24; Cass., 14.5.2005, n. 10127, cit.

(64) Cass., 14.5.2005, n. 10127, cit.

(65) Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit.

(66) Sul punto: Trib. Roma, 20.9.1996, in *Temi romana*, 1997, II, 15, con nota di PENNA, *Capitalizzazione trimestrale ed anatocismo nel contratto di conto corrente bancario alla luce delle disposizioni del t.u. 385/93*; Trib. Roma, 14.4.1999, in *Foro it.*, 1999, II, 2371; Trib. Roma, 26.5.1999, *ivi*; Trib. Lecce (ord.), 8.6.1999, *ivi*; Trib. Roma, 17.12.1999, *ivi*, 2000, I, 456. Sulla stessa scia, ma con una diversa impostazione, App. Torino, 7.5.2004, n. 741, *inedita*; Trib. Novara, 14.8.2006, in *www.NovaraUS.it*, 2007; App. Brescia, 16.1.2008, in *Infoutet*, 2012; Trib. Mantova, 2.2.2009, in *www.il caso.it*.

(67) Cass., 3.5.1999, n. 4389, in *Foro it.*, 2000, I, 3308, con nota di TORRESI, *Sulla prescrizione del diritto alla restituzione di somme in deposito bancario a risparmio*; e in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 505, con nota di BRIOLINI, *Osservazioni in tema di libretti di deposito a risparmio sottoposti a sequestro penale e prescrizione del diritto alla restituzione*.

(68) P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, 162; ID., *Del anatocismo, del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. privato*, 2000, 201 ss.; ID., *"Le opzioni ermeneutiche dell'ambito semantico": l'anatocismo arriva alla Corte Costituzionale*, *ivi*, 734, ss.; ID., *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"*; *postulati e conseguenze*, cit., 5. Seguono l'insegnamento di Ferro-Luzzi: MORERA, *Sulla non configurabilità della fattispecie "anatocismo" nel conto corrente bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 17 ss.; CABRAS, *La capitalizzazione degli interes-*

si nel conto corrente bancario: l'equivoco della sineddoche, in *Giur. comm.*, 2000, I, 352 ss.; MAFFEIS, *Anatocismo bancario e ripetizione degli interessi da parte del cliente*, in *Contr.*, 2001, 410.

(69) In argomento ci sia consentito il rinvio a V. FARINA, *Potere di disporre e negozio autorizzativo*, in *Vita notarile*, 1999, 536 ss.

(70) C. cost., 5.4.2012, n. 78, in *Contr.*, 2012, 445, con nota di D'AMICO, *op. cit.*

(71) P. FERRO-LUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale*, cit., 7, che rileva: «Ciò determina, appena il caso di precisare, una natura ed una portata radicalmente diversa nei due casi della "chiusura del conto"; nel conto corrente ordinario, quando l'annotazione ha l'effetto di "congelare" i crediti, la chiusura periodica del conto determina lo "scongelo" dei crediti, e per compensazione e somma algebrica la quantificazione del saldo, che diviene allora un credito esigibile; nel conto corrente bancario, invece, il saldo disponibile si forma ad ogni annotazione, e la chiusura del conto - termine più ragionieristico che giuridico - significa soltanto che determinati crediti e debiti della banca (per interessi, commissioni, spese, crediti e debiti già sorti) divengono esigibili, e vengono "esatti" con l'annotazione, onde è chiara, ancora una volta e ancora di più, l'assoluta differenza dei fenomeni».

(72) MORERA, *op. loc. ult. cit.*

(73) MORERA, *op. loc. ult. cit.*

(74) Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit.

(75) La Consulta (C. cost., 5.4.2012, n. 78, cit.) ha deciso per l'illegittimità costituzionale della norma interpretativa, ritenendo che la retroattività della stessa non sia giustificabile.

(76) Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit.

(77) App. Ancona, 11.3.2011, in *www.ilcaso.it*. In senso conforme: Trib. Ferrara, 29.3.2011, inedita; Trib. Brescia, 24.3.2011, inedita.

(78) Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit.

(79) Lo riporta TARZIA, *Il contratto di conto corrente bancario*, cit., 284.

(80) Ad esempio vedi l'estratto delle *Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi* della Banca popolare pugliese sul sito *www.bpp.it*, che all'art. 6 della sezione «Condizioni generali di contratto» così recita: «I rapporti di dare e avere relativi al conto, sia esso creditore o debitore, vengono regolati con identica periodicità pattuita ed indicata nel presente contratto, portando in conto, con valuta "data di regolamento" dell'operazione, gli interessi, le commissioni e le spese ed applicando le tratteunte fiscali di legge. Il saldo risultante dalla chiusura periodica così calcolato produce interessi secondo le medesime modalità».

(81) Sull'autorizzazione in diritto privato v. in dottrina NATTINI, *Il negozio autorizzativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, 485 ss.; AURICCHIO, *Autorizzazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, IV, 1959, 503; CARRARO, *Contributo alla dottrina dell'autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, 289 ss.; V. FARINA, *L'autorizzazione a disporre in diritto civile*, Napoli, 2001. Per la dottrina tedesca cfr. LUDEWIG, *Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht*, Marburg, 1922. Più di recente DILCHER, in STAUDINGER, COING, *Kommentar zum BGB*, 12<sup>a</sup> ed., Berlin, 1979, *Vorbem.* 62, § 64, 629 ss.; H. KOHLER, *BGB. Allgemeiner Teil*, 20<sup>a</sup> ed., München, 1989, 231 ss.; MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 4<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1990, 382 ss.; LEPTIEN, in *Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil* (§§ 1-240), I, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1987, 1439 ss.; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, 4<sup>a</sup> ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1992, 902 ss.

(82) Ipotesi quest'ultima dove ha avuto modo di manifestarsi in via prevalente la richiesta di restituzione di quanto indebitamente dovuto con riguardo all'anatocismo, ad interessi conteggiati con la nota modalità «uso piazza» ed alla commissione di massimo scoperto.

(83) Una previsione in tal senso si rinvia ad esempio nella disposizione dell'art. 7 NUB ed. 1995. Riconosce di contro all'annotazione su conto carattere eventualmente dichiarativo dell'esistenza di un debito e non costitutivo: DOLMETTA, *Prescrizione e «operazioni bancarie in conto corrente»: sul comma 61 della legge n. 10/2011*, cit., 5.

(84) Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit. Rileva di contro DOLMETTA, *op. cit.*, 6, che, attesa la mera natura contabile, dall'annotazione per il correntista nascono solo diritti di «rettifica».

(85) P. FERRO-LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, cit., 407 ss.

(86) V. art. 1845 c.c. e art. 6, 1<sup>o</sup> co., lett. c, N.B.U., ed. 1995, *Norme per i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi*, ove testualmente si legge: «la banca ha la facoltà di recedere in qualsiasi momento, anche con comunicazione verbale, dall'apertura di credito, ancorché concessa a tempo determinato».

(87) BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 16 ss.

(88) Sull'inconfigurabilità dell'invalidità per i fatti giuridici diversi dagli atti negoziali v., in particolare, SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 383; F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 25; e da V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 330 ss.

(89) Cass., 12.9.2000, n. 12038, in *Riv. notariato*, 2001, 922. In senso contrario si è rilevato che «l'accertamento con sentenza della nullità del titolo, sulla base del quale è stato effettuato un pagamento, dà luogo a un'azione di ripetizione, cui fa riferimento l'articolo 1422 del c.c., di indebito oggettivo, il cui termine di prescrizione inizia a decorrere non dalla data di pronuncia della detta sentenza bensì dalla data del pagamento effettuato al momento della stipula del contratto nullo, ossia dalla data alla quale retroagisce l'accertamento della nullità. La pronuncia di nullità di un negozio è infatti di mero accertamento e ha portata ed efficacia retroattiva con caducazione dell'atto divenuto giuridicamente irrilevante fin dall'origine con conseguente definitivo venir meno della modifica della situazione giuridica preesistente» (Cass.,

13.4.2005, n. 7651, in *Guida dir.*, 2005, 23, 55; conf. Cass., 9.7.1987, n. 5978, in *Rep. Foro it.*, 1987, *Edilizia popolare*, n. 135).

(90) Cass., 12.9.2000, n. 12038, cit.

(91) Vedi ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 847 ss.; GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, III, 1, Milano, 2002, 246.

(92) In giurisprudenza: Cass., 4.12.1997, n. 12301, in *Giur. it.*, 1998, 2052, con nota di Guerra, che testualmente afferma: «l'accoglimento dell'azione di ripetizione d'indebito postula che si deduca e dimostri l'obiettiva insussistenza del debito, non potendo l'istituto dell'indebito oggettivo riguardare l'adempimento di prestazione prevista in contratto senza che questo sia stato invalidato». In senso conforme: Cass., 22.4.1981, n. 2352 in *Rep. Foro it.*, 1981, *Indebito*, 5; in tema di mutuo fondiario; Cass., 30.11.1985, n. 5986, in *Giur. imposte dirette*, 1986, 79; in *Rass. imp.*, 1986, 204; e in *Riv. legis. fiscale*, 1986, 922, in tema di indebito tributario. Vedi in argomento MOSCATTI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 435, il quale però ritiene che le azioni di caducazione di per sé non valgono a coprire l'area dell'azione di ripetizione.

(93) Così, ancora, BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 4. In dottrina si è sottolineato più volte che l'azione di caducazione del contratto esaurisce la sua funzione nell'eliminazione del titolo che costituisce la fonte dell'obbligo del *solvens*, sicché è concettualmente distinta dall'azione di ripetizione: v., ad es., con grande chiarezza, SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, 945; SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 52 ss.

(94) In argomento BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 43; BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 238 s.; nonché MOSCATTI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1981, 150; Id., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, cit., 435.

(95) Da ultimo, sull'impossibilità di far valere il diritto ai fini della decorrenza della prescrizione, Cass., 3.11.2010, n. 22358, in *Contr.*, 2011, 437, con nota di SANGERMANO, *Responsabilità del fiscalista per errata presentazione delle dichiarazioni iva*; in *Resp. civ. on line*, 2010, 12.

(96) Cass., 11.5.1999, n. 4659, cit.

(97) Vedi in questi termini proprio l'affermazione contenuta in Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418, cit., che di contro ribadisce però la decorrenza (su conto chiuso) dalla data del pagamento stesso.

(98) Così Cass., 13.4.2005, n. 7651, cit. In senso conforme, di recente, Cass., 15.7.2011, n. 15669, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 1205.

(99) Sul dovere di orientare costituzionalmente l'attività ermeneutica costante è l'insegnamento della Corte nel senso della ricorrenza in capo al remittente di ricercare preventivamente un'interpretazione costituzionalmente orientata di ciascuna delle norme impugnate. Tra le tante: C. cost., (ord.), 5.3.2010, n. 85, in *Giur. cost.*, 2010, 1026; e in *Arch. giur. circolaz.*, 2010, 295; C. cost., (ord.), 13.6.2008, n. 208, in *Giur. cost.*, 2008, 2344. In argomento in dottrina, per tutti, cfr. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, a cura di Pace, Milano, 2006, 913; MODUGNO, *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme, in Il diritto tra interpretazione e storia*. Liber amicorum in onore di Angelo Antonio Cervati, a cura di Cerri, Häberle, Jarvard, Ridola, Schäffer, Schefold, Roma, 2010, 355 ss.

(100) Riconduce le eccezioni in parola tra quelle a cui è riservato al «monopolio volontaristico» del convenuto di attribuire rilevanza, entro la scena processuale, «all'efficacia e.i.m. di un mero fatto giuridico, senza far valere alcun potere, diritto, o altra situazione giuridica soggettiva di consistenza sostanziale di alcuna sorta» CONSOLO, *Il coordinamento tra il "nuovo" art. 183 ed altre disposizioni sul processo civile. Il mancato coordinamento dei riti*, in *Corriere giur.*, 2007, 1751. Sul punto la più recente giurisprudenza di merito ha avuto modo di affermare: «Le eccezioni di decadenza e di prescrizione ex artt. 166, 167 e 171, comma secondo, c.p.c. devono essere formulate dal convenuto almeno venti giorni prima dell'udienza fissata per la prima comparizione delle parti. La detta decadenza è rilevabile d'ufficio, atteso che il regime delle preclusioni nel rito civile è posto non solo a tutela dell'interesse di parte, ma anche di quello pubblico al corretto, celere e concentrato andamento del processo civile. Le relative violazioni devono, pertanto, essere considerate pregiudizievoli di un interesse generale e rilevate anche d'ufficio dal Giudice, pur in presenza di acquiescenza della parte legittimata a sollevare la corrispondente eccezione» (Trib. Roma, 1.7.2011, in *Infoutet.*, 2012; conf. Trib. Bari, 18.7.2010, *ivi*).

(101) Al riguardo la S.C. ha statuito: «poiché l'eccezione di prescrizione, oltre a non essere rilevabile d'ufficio, deve essere dedotta, a pena di inammissibilità, in modo specifico e tipizzato, con la specificazione cioè di quale delle varie ipotesi di prescrizione si chiede l'applicazione, anche se indipendentemente dall'adozione di formule rituali e dall'indicazione di specifiche norme, non potendo il giudice applicare un tipo di prescrizione diverso da quello richiesto, ciò comportando la violazione sia del principio dispositivo dell'eccezione di prescrizione, sia del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, deve ritenersi tardivamente proposta l'eccezione di prescrizione non formulata nel ricorso in opposizione, ma nel corso del giudizio o nel successivo ricorso per cassazione» (Cass., 25.3.2005, n. 6519, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Sanzioni amministrative e depenalizzazione*, 139).

(102) «La consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitano di specifiche cono-

scenze. Ne consegue che il suddetto mezzo di indagine non può essere utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati» (Cass., 8.2.2011, n. 3130, in *Rep. Foro it.*, 2011, *Consulente tecnico*, 18).

(103) Nell'individuazione di tale soglia si registra di recente una significativa modifica ad opera dell'art. 8, 5° co., lett. d, d.l. 13.5.2011, n. 70 (c.d. «decreto sviluppo») con riguardo all'art. 2, 4° co., l. 7.3.1996, n. 108, ove le parole «aumentato della metà» sono sostituite dalle seguenti: «aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali».

(104) L'art. 118 t.u.b. stato di recente integralmente riformulato dall'art. 4, d.lg. 13.8.2010, n. 141. Sulla riforma cfr. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *www.personaemercato.it*. Sull'argomento v. anche, senza pretese di completezza: CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, 289 ss.; SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. Decreto legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 269 ss.; ID., *Le modificazioni unilaterali*, in *Tratt. Roppo*, III, Milano, 2006, 141 ss.; SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. 248 del 2006*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, I, 249 ss.; MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, ivi, 2008, I, 168 ss.; MIRONI, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di Di Cataldo e Sanfilippo, Milano, 2008, 133 ss.; PIETRUNTI, «*Jus variandi*» e trasparenza nella prassi bancaria dopo il riconoscimento legislativo, in *Contratto e impresa*, 1996, 205 ss.; G. LA ROCCA, *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca impresa*, 1997, 55; GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999, 394.

(105) In senso favorevole all'ammissibilità dell'usurarietà sopravvenuta, cfr. Trib. Napoli, 20.7.1999, in *Notariato*, 2000, 257, con nota di V. FARINA, *La costituzionalità della normativa antiusura*; e in *Giur. it.*, 2000, 955, con nota di PANDOLFINI, *Sopravvenuta usurarietà del tasso di interesse e tutela civilistica dell'usura: incertezze e questioni di legittimità costituzionale*. Per la giurisprudenza di legittimità, v. Cass., 22.4.2000, n. 5286, in *Giur. it.*, 2000, 1665; in *Foro it.*, 2000, I, 2180; in *Contr.*, 2000, 688, con nota di MANIACI, *La nuova normativa in materia di usura ed i rapporti negoziali in corso*; in *Giust. civ.*, 2000, I, 1634; in *Corriere giur.*, 2000, 878, con nota di G. GIOIA, *La disciplina degli interessi divenuti usurari: una soluzione che fa discutere*, e in *Arch. civ.*, 2000, 1110; Cass., 17.11.2000, n. 14899, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 621, con nota di DOLMETTA, *Le prime sentenze della cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*; in *Rev. dir. comm.*, 2000, II, 331; in *Foro it.*, 2001, I, 80, con nota di AL. PALMIERI, *Tassi usurari e introduzione della soglia variabile: ancora una risposta interlocutoria*; e ivi, 918, nota di SCODITTI, *Mutui a tasso fisso: inserzione automatica di clausole o integrazione giudiziale del contratto?*; in *Corriere giur.*, 2001, 43, con nota di G. GIOIA, *Usura: il punto della situazione*; in *Giur. it.*, 2001, 311, con nota di SPANO, *Tassi usurari, mutui a tasso fisso, contratto aleatorio e riflessi sulle operazioni di cartolarizzazione dei crediti*; e ivi, 678, nota di G. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di cassazione*; in *Contr.*, 2001, 151, con nota di MANIACI, *Contratti in corso ed usurarietà c.d. sopravvenuta*; in *Arch. civ.*, 2001, 3; in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, 129, con nota di SPANGARO, *Tassi di interesse divenuti usurari alla luce della l. n. 108/1996: nullità sopravvenuta o inefficacia?*; in *Impresa*, 2000, 1942, con nota di CAPIELLO, SANINO, MONTONESE, *Tre commenti in tema di «usura sopravvenuta»*; in *Giornale dir. amm.*, 2001, 355, con nota di I. BORRELLO, *Mutui bancari e usura*; in *Vita notarile*, 2001, 103, con nota di PUTTI, *I mutui usurari e la rilevanza d'ufficio della nullità*; in *Resp. comunicaz. e impresa*, 2000, 607, con nota di FAROLFI, *Tassi usurari e mutui bancari: è ancora possibile un'«armonia degli opposti»?*; e in *Fallimento*, 2001, 1313, con nota di PETRAGLIA, *Anatocismo ed usura nei contratti a medio e lungo termine*, che in motivazione afferma: «Premesso che una pattuizione di interessi intervenuta prima dell'entrata in vigore della legge 108/1996 non può, stante il principio dell'art. 25, 2° co., Cost., essere ritenuta penalmente rilevante sol perché detti interessi risultino superiori alla soglia fissata, questa Corte ha osservato che, pur dovendosi ritenere in via di principio che il giudizio di validità vada condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto, tuttavia, verificandosi un concorso tra autoregolamentazione pattizia ed autoregolamentazione normativa, diviene insostenibile la tesi che subordina l'applicabilità dell'art. 1419, 2° co., c.c. all'antioriorità della legge rispetto al contratto, perché l'inserimento ex art. 1339 c.c. del nuovo tasso incontra l'unico limite che si tratti

di prestazioni non ancora eseguite, in tutto od in parte». Dette pronunce in particolare ebbero a preoccupare non poco il ceto bancario.

(106) Cass., 12.7.2007, n. 15621, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Usura*, 9; conf. Cass., 12.11.2008, n. 27009, in *Infoutet*; Cass., 22.4.2010, n. 9532, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 582. Deve però rilevarsi che tutte le pronunce in questione riguardano casi in cui le «pattuzioni» erano «anteriori all'entrata in vigore della stessa legge».

(107) È quello che è avvenuto con la commissione di massimo scoperto, che non è stata mai conteggiata dalla B.I ai fini del fissazione della soglia. La giurisprudenza ha di contro riconosciuto il suo pacifico rientrare nel computo del TEG in quanto «costo del credito»: «Nella determinazione del tasso di interesse, ai fini di verificare se sia stato posto in essere il delitto di usura, occorre tener conto, ove il rapporto finanziario rilevante sia con un istituto di credito, di tutti gli oneri imposti all'utente in connessione con l'utilizzazione del credito, e quindi anche della "commissione di massimo scoperto", che è costo indiscutibilmente legato all'erogazione del credito» (Cass. pen., 14.5.2010, n. 28743, in *CED*, 2010; conf. Cass. pen., 19.2.2010, n. 12028, *ivi*).

(108) Ora la normativa di riferimento è costituita dalle Istruzioni della Banca d'Italia «per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura» del 12.8.2009, reperibile sul sito dell'Istituto. Si legge testualmente al par. C2, 11, ove si individua la base di calcolo dei dati da segnalare: «Sono assoggettati alla rilevazione: a) per le operazioni rientranti nelle Cat. 1, Cat. 2, Cat. 5 e Cat. 9 (aperture di credito in c/c, finanziamenti per anticipi su crediti e documenti e sconto di portafoglio commerciale, *factoring* e credito *revolving*), tutti i rapporti di finanziamento intrattenuti nel trimestre di riferimento (ancorché estinti nel corso del trimestre)». Mentre per le altre categorie di operazioni ivi compresi il mutuo, vengono tenuti in considerazione esclusivamente «i nuovi rapporti di finanziamento accessi nel periodo di riferimento», precisandosi poi in nt. 9 che «I finanziamenti si intendono accessi all'atto della stipula del contratto». Al par. C3 è previsto che la metodologia di calcolo del TEG varia a seconda delle diverse categorie di operazioni individuate. In particolare per le operazioni ricondotte alle Cat. 1, Cat. 2, Cat. 5 e Cat. 9 (aperture di credito in c/c, finanziamenti per anticipi su crediti e documenti, sconto di portafoglio commerciale, *factoring* e credito *revolving*) «gli interessi sono dati dalle competenze di pertinenza del trimestre di riferimento, ivi incluse quelle derivanti da maggiorazioni di tasso applicate in occasione di sconfinamenti rispetto al fido accordato...». Mentre per le altre categorie di operazioni (tra cui il mutuo cat. C.7) il sistema di calcolo, in analogia a quanto previsto dal decreto del Ministro del Tesoro dell'8.7.1992 per il calcolo del TAEG (abrogato dal d.m. 3.2.2011) viene fissato alla data di «accensione del rapporto di finanziamento».

(109) Sia consentito al riguardo il rinvio a V. FARINA, *Gli interessi «usurari» alla luce del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito in legge 28 febbraio 2001, n. 24*, in *Notariato*, 2001, 316 ss.

(110) Cass., 12.7.2007, n. 15621, cit.

(111) Di tale scelta vi è più che cospicua traccia nei lavori preparatori, nel corso dei quali l'innovazione fu giustificata al fine di: «indicare criteri oggettivi per l'individuazione del reato» (2° commissione giustizia del Senato, seduta del 14.9.1995, interv. Senese); «fornire agli operatori del settore un ben preciso punto di riferimento» (Commiss. Sen., cit., seduta del 24.1.1996, interv. Bechelli). Ritene che l'oggettivazione operata dalla legge n. 108/1996 finisca con lo stravolgere il reato di usura, potendo difettare nel caso concreto una situazione di iniquità, MASCIANDARO, *La nuova legge antiusura: l'analisi economica*, in *Usura, economia, società e istituzioni. Una riflessione a più voci*, Torino, 1997, 50 s.

(112) Pacifica la giurisprudenza della Suprema Corte sul punto. Per tutte v. Cass. pen., 19.6.2009, n. 42322, in *CED*, 2009.

(113) Così Cass. pen., 19.2.2010, n. 12028, in *Foro it.*, 2010, II, 382, con nota di DI LANDRO, *La Cassazione penale include la commissione di massimo scoperto nel tasso d'interesse usurario: la legge n. 2/2009, le questioni intertemporali e un'inedita ricostruzione dell'elemento soggettivo*. Puntualmente si rileva in motivazione: «In sostanza la legge ha previsto una procedura amministrativa volta a rilevare in modo oggettivo il livello medio dei tassi d'interesse praticato dalle banche e dagli altri intermediari finanziari autorizzati, ancorando il disvalore sociale collegato al concetto di usura al superamento di tale livello-soglia, aumentato della metà. Di conseguenza la norma di cui all'art. 644 c.p. si presenta come una norma penale parzialmente in bianco, in quanto per determinare il contenuto concreto del precetto penale è necessario fare riferimento ai risultati di una complessa procedura amministrativa».

(114) Cass., 12.7.2007, n. 15621, cit.

(115) Sulla configurabilità delle due ipotesi secondo la vecchia e la nuova versione dell'art. 118 t.u.b., cfr. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. ius variandi*, cit., 294 s.