

SHORT NOTES SERIES

N. 13

L'anatocismo tra nuove norme e vecchi problemi

Simonetta Cotterli

Università di Modena e Reggio Emilia e Cefin

Gennaio 2015

L'anatocismo tra nuove norme e vecchi problemi

Simonetta Cotterli*

Gennaio 2015

1. Introduzione
2. Breve analisi storica
3. Le conseguenze della nullità
4. La prescrizione
5. Situazione attuale
6. Considerazioni varie finali

* Università di Modena e Reggio Emilia e Cefin, simonetta.cotterli@unimore.it.

1. Introduzione.

La disciplina in materia di contratti bancari - e in generale applicabile alla relazione banca e cliente - ha conosciuto, a partire già dalla metà degli anni 80, quando venne emanata la prima direttiva in materia di credito al consumo, una rapida evoluzione. Gli interventi hanno riguardato in larghissima misura la trasparenza e l'informazione, considerate - a torto, come mostrano i nuovi studi sulla finanza comportamentale, o a ragione, come chi considera "paternalistici" e lesivi della libertà interventi di altra natura - i mezzi più efficaci di tutela della controparte di banche e intermediari finanziari.

Tuttavia, negli ultimi anni si è assistito nel nostro paese ad un mutamento di prospettiva e le nuove norme, per lo più inserite nel titolo VI del tub, intitolato per l'appunto "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti", lungi dal limitarsi a prescrizioni di trasparenza, hanno via via assunto sempre più carattere di intervento sul vero e proprio contenuto economico del contratto. Si pensi al diritto di recesso, in particolare al recesso dal contratto di mutuo per i mutui conclusi per l'acquisto dell'abitazione o da persone fisiche anche per l'acquisto di immobili strumentali, alle regole sulla remunerazione di affidamenti e sconfinamenti, alla disciplina delle valute, per citare le ipotesi macroscopiche, e anche, naturalmente, alla previsione che qui specificatamente interessa, relativa a modalità e criteri per la produzione di interessi nei contratti bancari, introdotta - con un D. Lgs. (4 agosto 1999, n. 342) - all'indomani della nota sentenza della Corte di Cassazione della primavera del 1999, con modifica dell'art. 120 del tub.

Il Governo interviene all'epoca sottraendo al diritto comune la questione che, tolta dall'alveo dell'art. 1283 del c.c., è ora disciplinata dal diritto speciale, il quale delega a sua volta ogni specifica determinazione sul punto a fonte secondaria. Questo primo intervento del Governo, a dir poco frettoloso, sarà oggetto di una lunga vicenda che tra poco analizzeremo, per il goffo tentativo di rendere inefficace la decisione della Suprema Corte, intervenendo in assenza di una specifica delega e fornendo una sorta di legittimità retroattiva delle clausole in materia di interessi bancari anatocistici, ciò che renderà inevitabile una pronuncia di incostituzionalità. Che non sarà l'unica in materia poiché la Corte Costituzionale censurerà anche l'intervento del Governo in tema di prescrizione.

Ma andiamo con ordine e ripercorriamo per sommi capi la storia della capitalizzazione degli interessi nei contratti bancari.

2. Breve analisi storica.

Partiamo dalla prima metà del secolo scorso. Il codice civile all'art. 1283 vieta la produzione di interessi su interessi scaduti, salvo il caso in cui si sia in presenza di "usi contrari". E' sancita pertanto la nullità degli interessi c.d. anatocistici, il cui disvalore è immediatamente riconoscibile se solo pensiamo alla capacità di questa modalità di calcolo degli interessi di opacizzare il costo del credito e, di conseguenza, alla sua attitudine ad essere il mezzo di attività usuraie (ed infatti i due argomenti sono fortemente correlati).

Qual è la situazione in ambito bancario? Le banche, a far data dal 1952, quando l'Abi interviene sul punto all'interno delle Norme Bancarie Uniformi, regole di autodisciplina (o meglio (peggio) di concerto come poi sarà appurato in sede di antitrust), hanno di regola applicato il metodo della capitalizzazione trimestrale ai rapporti a debito dei clienti e contemporaneamente la capitalizzazione annuale per il calcolo degli interessi a credito dei clienti.

La giurisprudenza, ed in particolare la Suprema Corte, poiché nel merito sono rinvenibili anche sentenze di opposto avviso, periodicamente investita della questione relativa alla legittimità di un tale comportamento, ha a lungo affermato l'esistenza di un uso da parte del sistema bancario tale da derogare al divieto sancito dall'art. 1283 c.c., come specificatamente previsto dalla norma stessa.

L'orientamento così consolidato della Corte di Cassazione subisce un brusco cambiamento nella primavera del 1999, quando la Prima e la Terza Sezione (sentenze n. 3096/99 e n. 2374/99) intervengono affermando il principio opposto, e cioè l'illegittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi da parte delle banche – si trattava dei saldi dei conti correnti passivi - trattandosi di mero uso "NEGOZIALE" e non di uso "NORMATIVO" (artt. 1, 4 e 8 delle disp. prel. al c.c.), come richiesto per l'esenzione prevista dall'art. 1283 cc.. Le clausole in questione, secondo la Corte, derivano infatti da un comportamento usuale tenuto dal settore bancario come mera prassi, anche in ragione della previsione pattizia contenuta nelle NBU (in ogni caso successiva al 1942, mentre l'art. 1283 legittimerebbe gli usi in ogni caso già esistenti a quella data), e non possiedono affatto le caratteristiche dell'uso normativo (elemento dell'*usus* e dell'*opinio iuris ac necessitatis*), in particolare non presentano il presupposto psicologico della "spontanea" adesione da parte dei contraenti. Si potrebbe a lungo disquisire sul punto, il problema è stato definito filosofico (citando la voce

“consuetudine” di Bobbio dell’Enciclopedia del diritto), ma non mi pare il caso di soffermarci troppo su questo, anche perché, a far data dalle citate sentenze, la Corte di Cassazione ha confermato in tutte le sue decisioni il nuovo orientamento.

Devo tuttavia segnalare che i Tribunali di merito non sempre sono in linea con la Suprema Corte. Ad esempio, proprio in materia di conti correnti (oggetto della Sentenza del 1999) la più attenta dottrina ha manifestato radicabili dubbi circa l’applicabilità dell’art. 1283, in quanto in quello schema contrattuale l’anatocismo sarebbe non tanto legittimo quanto impossibile. La particolare struttura del conto corrente, si argomenta, in cui ogni operazione costituisce la rimessa di un conto il cui saldo si determina tutti i giorni, l’interesse scaduto è, quando annotato, pagato dal correntista, non più quindi scaduto e non pagato, come presuppone l’art. 1283. La questione si sposta pertanto dall’esistenza o meno di un uso normativo a quello dell’applicabilità *tout court* al conto corrente bancario della norma che vieta la capitalizzazione degli interessi (in particolare cfr. U. Morera, Sulla non configurabilità della fattispecie "anatocismo" nel conto corrente bancario, Riv. Dir. Civ., 2005, 1, 17).

In ogni caso, come dicevo, il Governo, in ragione della delicatezza della questione (nonché probabilmente delle pressioni di tipo lobbistico da parte del sistema bancario), interviene immediatamente nell’intento non solo di consentire alle banche di proseguire con il consueto comportamento, trasladando la disciplina in una norma legittimante di diritto speciale, ma altresì di sanare i contratti anche per il passato. Contratti conclusi evidentemente, secondo l’interpretazione dell’art. 1283 da parte della Cassazione, in costanza di divieto e pertanto afflitti sul punto da nullità.

Con modifica dell’art. 120 del tub, l’art. 25 del d. lgs. 4 ottobre 1999, n. 342 (di cui avrete sentito parlare come del “decreto salva banche”), la norma dedicata alla decorrenza delle valute (anch’essa modificata successivamente) è integrata con una specifica previsione in tema di calcolo degli interessi. Con questo intervento il Governo delega 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”, con il solo limite della “*par conditio*” tra interessi debitori e creditori. Il provvedimento del CICR del 9 febbraio 2000 sancirà la legittimità della modalità che qui interessa senza alcun limite se non quello della parità tra interessi dovuti dal cliente ed interessi dovuti al cliente (oltre alla necessità di una specifica approvazione da parte del cliente). Ne consegue che, in seguito a tale delibera, non sussiste alcun limite alla periodicità della capitalizzazione, purchè sia stabilita con clausola specificatamente approvata dal cliente e abbia natura bivalente.

Con questo intervento tuttavia il Governo non si limita a disciplinare i contratti futuri ma pretende di incidere anche su quelli passati: il 3° comma dell'innovato art. 120 recita infatti che "le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera [del CICR], sono valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità e i tempi dell'adeguamento. In difetto di adeguamento, le clausole divengono inefficaci e l'inefficacia può essere fatta valere solo dal cliente."

Oggetto di immediato ricorso presso la Corte Costituzionale, il terzo comma dell'art. 120 viene dichiarato incostituzionale (sentenza n.425/2000), mentre si salva il secondo comma, nonostante anche in quel caso, a mio avviso, fosse possibile intravedere una tracimazione dell'attività normativa del Governo al di fuori dei confini tracciati dalla legge delega iniziale.

Ne consegue che, mentre per quanto riguarda il periodo antecedente il 22 aprile 2000, data di entrata in vigore della citata delibera del CICR del 9 febbraio dello stesso anno, la giurisprudenza di legittimità, e perlopiù quella di merito, considerano illegittimi interessi di tipo anatocistico, successivamente le banche e gli intermediari finanziari (questi ultimi inclusi dal CICR tra i soggetti interessati dalla delibera) hanno applicato l'anatocismo legittimamente, sulla base di una normativa secondaria, autorizzata dal legislatore, che ha sottratto la questione al diritto comune. Restano alcune questioni da risolvere, ma su queste ci soffermeremo tra poco, lasciatemi per ora terminare il panorama normativo.

Gli interventi sul punto infatti proseguono, inseguendo la giurisprudenza.

A causa delle conseguenze economiche che una nuova sentenza della Corte di Cassazione in materia di individuazione del termine di prescrizione delle azioni di ripetizione rischia di provocare, il Governo (decreto mille proroghe di fine 2010) emana una norma di "interpretazione" dell'art. 2935 cc (la prescrizione comincia dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere), in base alla quale i diritti nascenti dall'annotazione in conto iniziano a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa.

Sulla sentenza torneremo, ora voglio qui solo ricordare che la Corte Costituzionale dichiarerà ancora una volta illegittima una previsione che mirava esclusivamente a vanificare gli effetti di una decisione giurisprudenziale, non potendo rinvenirsi, come argomenta la Corte, alcun problema in ordine all'interpretazione dell'art. 2935 che renda necessario un intervento di interpretazione da parte del legislatore.

Il secondo comma dell'art. 120 sarà nuovamente modificato dall'art. 1, comma 629, L. 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014). La nuova formulazione delega ancora il CICR a

stabilire “modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell’esercizio dell’attività bancaria”, sempre nel rispetto della parità, per le operazioni in conto corrente, tra interessi debitori e creditori e fatto divieto che “gli interessi periodicamente capitalizzati possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale”.

La nuova norma non brilla per cristallina tecnica legislativa. Sembrerebbe escludere, contrariamente a quanto fissato in precedenza (e abrogando pertanto la disciplina CICR), la possibilità di prevedere interessi anatocistici, cioè la produzione di interessi su interessi scaduti, pur ammettendo la presenza di “interessi periodicamente capitalizzati”, e cioè, secondo la concezione diciamo “matematica”, per l’appunto di interessi che quando scadono si imputano al capitale. Sulla regola attuale torneremo.

Alcuni mesi dopo, il Governo interviene ancora suscitando tanto chiasso da essere costretto a rinunciare infine alla previsione. Brevemente vediamo di cosa si trattava, anche se non è più questione di attualità, essendo la norma rimasta sul terreno di guerra, soppressa dalla legge di conversione del decreto che la prevedeva.

La norma è contenuta nell’art. 31 del Decreto Legge 24 giugno 2014, n.91 (in GU 144 del 26 giugno 2014 ed entrato in vigore il 25 giugno 2014), poi soppresso dalla legge di conversione (L. 11 agosto 2014, n. 116 in S.O. n. 72, relativo alla G.U. 20/8/2014, n. 192).

Nulla cambia rispetto alla delega al CICR per la definizione in dettaglio della questione. La nuova versione del comma 2 dell’art. 120 stabilisce però che la periodicità prevista per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni bancarie non potrà essere inferiore ad un anno. Per i contratti regolati in conto corrente o in conto di pagamento dovrà essere assicurata analoga periodicità nell’addebito e nell’accredito degli interessi, che sono conteggiati il 31 dicembre (anche per i contratti conclusi in corso d’anno) di ciascun anno e, comunque, al termine del rapporto per cui sono dovuti interessi.

Questa regola, si è detto, “reintroduce” l’anatocismo – perciò precedentemente vietato? –, purchè annuale, nell’ordinamento bancario. Il movimento 5 stelle dà battaglia (almeno così riferiscono le cronache) in Commissione e, come anticipato, l’art. 31 sarà una delle previsioni abrogate dalla legge di conversione.

La norma prevedeva poi un periodo transitorio, utile a fare chiarezza, per il quale, fino all’intervento del CICR in base alle nuove regole, restava valida la delibera del 9 febbraio (pertanto ancora valida e pertanto ancora legittimi gli interessi anatocistici, anche calcolati mensilmente), ma non per quanto riguardava la periodicità annuale, che doveva applicarsi comunque ai contratti conclusi decorsi due mesi dalla data di entrata in vigore del decreto.

Per i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge e quelli conclusi nei due mesi successivi, era previsto un necessario adeguamento entro sei mesi dalla data di entrata in vigore, con l'introduzione di clausole conformi.

Ma torniamo all'attualità. Quali problemi restano da risolvere? Prima di chiederci se la versione attuale dell'art. 120 consenta o meno oggi la capitalizzazione degli interessi nelle operazioni bancarie esaminiamo due aspetti che interessano i contratti conclusi prima della data di entrata in vigore della delibera CICR: le conseguenze della nullità e i termini di prescrizione. Quest'ultimo punto oggetto di decisioni giurisprudenziali i cui effetti il governo, con intervento dichiarato incostituzionale, tenderà di vanificare, come si è detto, con l'introduzione di una norma *ad hoc*.

3. Le conseguenze della nullità.

L'interpretazione dell'art. 1283 da parte dell'ultima Corte di Cassazione ha dato avvio ad una stagione di azioni di ripetizione, sia a fronte delle azioni di pagamento da parte delle banche sia in via autonoma. I ricorrenti hanno dovuto affrontare diverse questioni. La prima, su cui ci soffermiamo ora è relativa alle conseguenze sul contratto della nullità ex art. 1418 c.c. per contrarietà alla norma imperativa dell'art. 1283 c.c., con riguardo ai contratti "chiusi" ed ai contratti in corso fino alla primavera del 2000 (o di quelli che non prevedessero parità di trattamento e specifica approvazione da parte del cliente).

L'art. 1418 c.c. sancisce la nullità dei contratti contrari a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. E' tuttavia pacifico in giurisprudenza che la nullità della clausola che prevede una capitalizzazione degli interessi dovuti dal cliente non inficia la validità del contratto, in ragione dell'art. 1419, 2° comma, in base al quale "la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, (solo) se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità", mentre nel caso di un contratto tra banca e cliente la clausola assume valore essenziale esclusivamente per la banca. Il contratto resta pertanto valido ed efficace, ma può dare diritto alla restituzione di quanto illegittimamente pagato, oltre che, in alcune ipotesi, al risarcimento del danno ed al pagamento degli interessi.

L'azione di ripetizione si basa sull'art. 2033 c.c., a norma del quale chi ha eseguito un pagamento non dovuto (art. 1189 cc) ha diritto di ripetere ciò che ha pagato (artt. 1185, 2°c, 1463, 1952, 3°c). Ha inoltre diritto ai frutti ed agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda. Gli interessi sulla somma da restituire in quanto illegittimamente ricevuta sono dovuti dalla

domanda giudiziale, poiché i giudici ritengono, in ragione del quadro giurisprudenziale precedente alla decisione del 1999, sussistere la buona fede da parte della banca.

Mi pare interessante sull'azione di ripetizione dare due ulteriori indicazioni "pratiche".

La giurisprudenza ha ritenuto NON legittimata alla ripetizione la società estinta, in quanto cancellata dal Registro delle Imprese in seguito all'approvazione del bilancio finale di liquidazione (Trib. Monza 13 novembre 2006, in Banca dati Utet, vicenda in cui la società aveva sostenuto che l'illegittima capitalizzazione, al momento della sua liquidazione e conseguente cancellazione dal Registro delle Imprese avvenuta nel 2000, era questione ancora non consolidata in giurisprudenza, tale che non avrebbe potuto essere fatta valere dal liquidatore. Poi Cassazione SU del 12 marzo 2013 n. 6070 e 6071).

Seconda questione: la sentenza della Corte di Cassazione n. 14887/2014 (depositata il 1° luglio) dichiara inammissibile, perchè nuova, la domanda in appello tesa alla restituzione degli interessi anatocistici che si assumono pertanto indebitamente versati.

Mi collego a questo aspetto per citarvi anche una recente sentenza (Cassazione civile sez. I, del 02/07/2014, n. 15135) che nega alla nullità ex art. 1238 carattere di "nullità di protezione", o "nullità relativa", rilevabile in quanto tale anche d'ufficio dal giudice, come ora esplicitamente affermato dall'art. 127 tub e precedentemente già affermato più volte dalla giurisprudenza.

Peraltro precedentemente (Sez. 1, Sentenza n. 25841 del 18/11/2013, ma anche altre) è affermata la possibilità in relazione all'anatocismo di "rilievo di ufficio della nullità contrattuale, tesa alla tutela di interessi generali non sacrificabili, fermo l'obbligo di sollecitare, al riguardo, l'attivazione del contraddittorio".

In relazione alle conseguenze della nullità, vi dicevo, si pone un secondo quesito. Una volta stabilita la nullità della clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi, cosa accade sul punto al contratto? La capitalizzazione illegittima è sostituita da quella annuale, oppure nulla è dovuto?

La sentenza delle Sezioni Unite che ha reso illegittima la capitalizzazione trimestrale a carico del cliente poneva dunque ai giudici di merito un problema: come ricalcolare gli interessi?

Una parte della giurisprudenza e della dottrina avevano tentato di evitare l'esclusione totale di un costo per il credito messo a disposizione del cliente dalle banche, peraltro sempre riconosciute in buona fede, ritenendo un simile esito non soddisfacente e definendolo anche un "paradosso economico". I giudici di merito avevano pertanto "sostituito" la periodicità del calcolo trimestrale degli interessi capitalizzati con quello annuale, contraddicendo però in tal modo la stessa propria decisione di illegittimità degli interessi anatocistici, che tali restano indipendentemente dal periodo previsto per la capitalizzazione. (applicando l'art. 1424 c.c.; Il

contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma , qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità)

Come in premessa ricordato, altri ancora hanno invece risolto il problema, quantomeno con riferimento ai conti correnti, ritenendo inapplicabile tout court l'art. 1283 c.c. al conto corrente bancario.

Altri interpreti avevano invece affermato la validità assoluta della nullità, anche in relazione all'anatocismo annuale, non essendo consentita dalla lettera della norma nessun ritmo della capitalizzazione.

Con sentenza delle Sezioni Unite (sentenza n. 24418 e più di recente n. 20172 del 2013; da ultimo ancora decisione conforme Cassazione civile sez., 18/09/2014, n. 19696), la Cassazione, già intervenuta con questo provvedimento (che vedremo fra un attimo) in merito alla prescrizione, ha affermato che l'art. 1283 c.c. impedisce anche un'eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale, per cui "dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare alcuna capitalizzazione".

4. La prescrizione.

L'azione di ripetizione è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, di cui all'art. 2946 c.c., ed è di grande rilevanza pratica l'individuazione del momento da cui decorre il termine di prescrizione, in particolare in relazione alle ipotesi di contratti di conto corrente.

Si possono distinguere due orientamenti della giurisprudenza: inizialmente si è per lo più ritenuto che il termine di prescrizione decorresse dalla data di chiusura del conto (Cass., 23 marzo 2004 n. 5720; Cass., 14 aprile 2005, n. 10127, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, 163 ss., con nota di Colombo; Trib. di Cassino 29 ottobre 2004, in www.altalex.com; App. Torino, 14 novembre 2007, in www.ilcaso.it; App. L'Aquila, 16 luglio 2008, *ivi*; Trib. Torino, 6 ottobre 2009, *ivi*; Trib. Brescia 18 gennaio 2010, *ivi*), ma si sono altresì avute decisioni in cui il giudice ha fissato il termine di decorrenza dal momento in cui il cliente ha corrisposto il pagamento o gli sono stati addebitati gli interessi sul conto. (App. Brescia, 16 gennaio 2008, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 12 dicembre 2005, in questa *Rivista*, 2007, II, 204 ss.; Trib. Mantova, 20 gennaio 2009, in *Corr. giur.*, 2010, 387 ss.).

Le conseguenze sono molto diverse: se si ritiene che il termine decorra dal momento della chiusura del conto sarà possibile chiedere la restituzione dei pagamenti a partire dal momento dell'apertura del rapporto (anche 30 anni in ipotesi); viceversa, in base al secondo

orientamento ciò è possibile esclusivamente in riferimento ai pagamenti effettuati nei 10 anni precedenti all'evento che ha interrotto la prescrizione. E' poi ipotizzabile che la prescrizione decorra dalla data della chiusura periodica del conto.

La Corte di Cassazione è intervenuta sulla disputa a Sezioni Unite (già citata sentenza n. 24418 del 2010), stabilendo come si debba avere riguardo alla natura dei pagamenti, ed in particolare, alla natura solutoria ovvero ripristinatoria degli stessi relativamente al contratto di conto corrente.

Scrivono la Corte che la prescrizione decennale "decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati". Nel caso di conto corrente assistito da apertura di credito, regolarmente utilizzata (e dunque non in presenza di sconfinamento) i versamenti avrebbero una funzione meramente ripristinatoria della provvista creditizia a favore del cliente, per cui il cliente potrà agire per chiedere la nullità del titolo su cui si basa l'addebito, per ottenere una maggiore disponibilità di credito entro i limiti del fido concessogli, ma non può agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, non è ancora stato effettuato.

Al contrario, nel caso in cui non si sia in presenza di un'apertura di credito, oppure si sia in presenza di uno "sconfinamento" (dal conto o dalla apertura), e dunque il conto sia "in passivo", i versamenti assumerebbero veste solutoria, facendo pertanto decorrere la prescrizione da quella data.

La Suprema Corte si concentra dunque sulle caratteristiche dei pagamenti: il diritto alla ripetizione nasce quando viene effettuato il pagamento indebito, momento dal quale inizia a decorrere la prescrizione. Perché vi sia un pagamento nell'analisi delle Sezioni Unite deve verificarsi "*l'esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto (il solvens), con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (l'accipiens)*". Ne consegue che, sempre secondo la Cassazione, il pagamento con il quale si ottiene il ripristino della disponibilità creditizia così come l'addebito in conto degli interessi non costituiscono, in ogni caso, un pagamento; pertanto, il *dies a quo* della prescrizione non può coincidere né con il pagamento ripristinatorio né con l'annotazione in conto dell'addebito.

Su questo aspetto devo segnalare un'evoluzione ulteriore dell'orientamento in esame. Con una recente sentenza la Cassazione a Sezioni Unite (sentenza n. 4518 del 26/02/2014) è ritornata sul punto stabilendo una presunzione in ordine alla natura ripristinatoria dei versamenti eseguiti in costanza di rapporto, mentre una diversa finalità dei versamenti - in

particolare la loro natura solutoria - deve essere dimostrata da chi ne eccepisce l'esistenza. E' qui ribadito l'onere probatorio della parte che eccepisca in giudizio l'esistenza di rimesse solutorie, con le conseguenze sul decorso del termine di prescrizione.

Come anticipavo nella breve ricostruzione storica, il governo, impegnato ancora una volta a "tamponare" gli effetti delle decisioni della Suprema Corte, sempre con Decreto Legislativo, (la l. 26.2.2011, n. 10, di conversione con modificazioni del d.l. 29.12.2010, n. 225, cd. "Decreto mille proroghe", all'art. 1 co. 1, richiamando l'allegato "Modificazioni apportate in sede di conversione", ha aggiunto numerosi commi all'art. 2 del citato decreto legge, fra i quali il comma 61) interviene con una norma c.d. di "interpretazione" disponendo che: "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 stessa. 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". La decisione della Cassazione viene interamente cancellata.

La Corte Costituzionale (Sentenza della Corte Costituzionale 5 aprile 2012 n. 78) dichiarerà l'illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 3 Cost., in quanto la norma retroattiva non rispetta i principî generali di eguaglianza e ragionevolezza, essendo intervenuta sull'art. 2935 c.c. in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, né rappresenta una possibile variante di senso del testo originario della norma oggetto d'interpretazione, rendendo altresì asimmetrico il rapporto contrattuale di conto corrente. Anche altro profilo di illegittimità è rilevato, poiché la Corte non ravvisa motivi imperativi d'interesse generale, idonei a giustificare l'effetto retroattivo, con violazione del parametro dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU).

Mi pare di poter legare alla questione della prescrizione un ulteriore problema, processuale, inerente gli oneri probatori.

La Corte di Cassazione (sentenza n. 1842 della 2011 e richiamata Cassazione civile sez., 18/09/2014, n. 19696) ha statuito che "nei rapporti bancari in conto corrente, la banca non può sottrarsi all'onere di provare il proprio credito invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre 10 anni dalla data dell'ultima registrazione" (in quanto tale obbligo volto ad assicurare una più penetrante tutela dei terzi estranei all'attività imprenditoriale non può sollevarla dall'onere della prova piena del credito vantato anche per il periodo ulteriore.)

Il principio generale era già stato affermato dalla Corte nel 2010 (n. 23974 del 2010), quando la stessa ha stabilito che non si può confondere l'onere di conservazione della

documentazione contabile con quello di prova del proprio credito, cui la banca risulti gravata.

5. Situazione attuale.

Allo stato attuale, sono legittimi sul punto i contratti che prevedano, seppure con clausola biunivoca ed espressamente sottoscritta dal cliente, la capitalizzazione degli interessi?

La nuova formulazione dell'art. 120 ci lascia con molti dubbi.

Dopo aver ribadito la competenza del CICR in materia di "produzione degli interessi bancari" (il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria), il secondo comma dell'art. 120 fissa due limiti entro i quali il CICR dovrà operare. Da un lato, come precedentemente già previsto, sarà necessario "assicurare, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori"; dall'altro, la norma precisa che "gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale".

Ci si chiede peraltro se una simile previsione, del tutto priva, come risulta priva, a distanza di oltre un anno, di attuazione da parte del richiesto provvedimento dell'Autorità creditizia, possa ritenersi direttamente applicabile, e in che termini.

Occupiamoci separatamente delle due parti che compongono il comma.

La lettera a) della previsione si occupa, per la prima volta esplicitamente, del contratto di conto corrente bancario, stabilendo che nel *conteggio* degli interessi sia debitori che creditori debba essere assicurata la stessa periodicità. Questo cosa significa? Che il contratto può stabilire che gli interessi scadano mensilmente, o annualmente o con qualsiasi periodicità, e poi? Una volta conteggiati (contabilizzati, calcolati,?) questi interessi debbono essere pagati o riscossi? come? in un altro conto appositamente creato? In contanti? Oppure significa che nel conto corrente gli interessi possono essere legittimamente liquidati, pagati a scadenza periodica, senza che si abbia per ciò stesso, e logicamente, anatocismo nelle operazioni successive? Se fosse vera la prima ipotesi, ci troveremmo teoricamente di fronte ad una situazione paradossale, in cui i clienti potrebbero essere costretti ad aprire un secondo conto corrente, a questo punto sempre e comunque improduttivo di interessi, sostenendone ovviamente i costi relativi, per poter... avere un conto corrente. Nel secondo caso, la nuova norma nulla aggiunge né toglie alla sua precedente versione.

La lettera b) del comma 2 dell'art. 120, stabilisce poi, come si è visto, che "gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive

operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale". Ancora più difficile appare la comprensione di questa seconda previsione, in base alla quale gli interessi "capitalizzati" - e qui per la prima volta il legislatore utilizza il termine capitalizzazione, assente nell'art. 1283 che prevede *semplicemente* l'illegittimità della produzione di interessi sugli interessi scaduti e non utilizza il termine capitalizzazione, termine matematico che, peraltro, in matematica assume significati diversi a seconda della legge matematica utilizzata - non possono produrre interessi ulteriori, che debbono essere calcolati esclusivamente sulla *sorte capitale*. Cioè sul capitale iniziale? Ma che significato ha il termine sorte capitale, ad esempio in presenza di conto corrente? E di apertura di credito? Indica la somma messa a disposizione dalla banca? Indica la somma utilizzata, e dunque muta continuamente? Indica il saldo del conto e in che momento, all'apertura? Oppure la norma non si applica all'apertura di credito (per la quale vale esclusivamente la lettera a) della previsione) bensì solo alle altre tipologie contrattuali, ed in particolare al mutuo ed alle forme di finanziamento ad esso assimilabili? E i depositi in conto corrente? Gli interessi contabilizzati e pagati dalla banca non potranno essere reinvestiti dal cliente producendo nuovi interessi (ad esempio lasciandoli in deposito), stante il divieto? Siamo giunti al paradosso.

Per non lasciarvi solo con incertezze, alcune (incerte) conclusioni. La clausola che preveda l'applicazione di interessi di tipo anatocistico nei contratti bancari sarà:

- a. Nulla nei contratti conclusi anteriormente al 22 aprile 2000 per la giurisprudenza prevalente;
- b. Certamente valida nei contratti conclusi fino al 1 gennaio 2014 se specificatamente approvata per iscritto dal cliente e se prevista anche per gli interessi creditorî;
- c. In attesa di disciplina secondaria (e, forse ed auspicabilmente, in attesa di riforma) che illumini sulla nuova norma, valida nei contratti di conto corrente (assistiti o meno da apertura di credito) conclusi successivamente al 1 gennaio 2014, se specificatamente approvata per iscritto dal cliente e se prevista anche per gli interessi creditorî, nulla negli altri casi.

6. Considerazioni varie finali.

Prima di concludere vorrei darvi alcune ulteriori informazioni, che spero vi siano utili.

Esiste da tempo, come saprete, nel nostro ordinamento un Sistema Alternativo di Risoluzione delle controversie tra banca e cliente. Il limite tuttavia nel nostro caso del ricorso all'ABF risiede soprattutto nella sua competenza che è, da un lato, relativa ad operazioni o

comportamenti successivi al 2009 e, dall'altro, ristretta alle ipotesi in cui la somma richiesta, a qualunque titolo, non superi i 100.000 euro.

Va tuttavia valutata la possibilità di ricorrere all'ABF (necessario prima un reclamo all'intermediario) negli altri casi.

In tema di anatocismo, l'ABF segue per quanto riguarda i conti correnti gli orientamenti della Suprema Corte.

Nel 2013 si è tuttavia occupato prevalentemente della configurabilità dell'anatocismo nel piano di ammortamento cosiddetto alla francese, in cui le rate sono costanti e comprensive di una quota capitale, crescente nel tempo, e di una quota interessi decrescente. L'Arbitro ha affermato che il piano di ammortamento alla francese non comporta di per sé alcuna forma di anatocismo, in quanto la rata ingloba interessi semplici e non composti, calcolati al tasso nominale sul residuo capitale da restituire. Tale metodo di ammortamento è legittimo se gli interessi (computati mese per mese) vengono calcolati solo sul capitale residuo del mutuo al mese precedente. In tale quadro, ciò che rileva è che il cliente – con la consegna del “piano” – è in grado di valutare l'ammontare degli interessi da pagare.

E' interessante l'intervento dell'Arbitro in tema di interessi di mora, che come saprete sono per svariati aspetti nel mirino della giurisprudenza. Con riguardo ai finanziamenti con piano di rimborso rateale, l'Arbitro ha evidenziato che la capitalizzazione mensile degli interessi di mora contrasta con le disposizioni contenute nella delibera CICR del 9 febbraio 2000.

Una recente decisione della Corte di Cassazione (Cassazione civile sez. VI, n. 22681 del 24/10/2014) che vorrei segnalare riguarda le modalità di calcolo dei compensi dovuti al CTU chiamato dal giudice a ricostruire i rapporti bancari in relazione ai tassi che dovevano essere praticati, in una causa avente ad oggetto la ripetizione di indebito da contratti bancari.

Il CTU chiede un compenso a percentuale sul valore dei saldi annuali dei singoli conti correnti (assunti come valore della causa).

I principi in materia di liquidazione dei compensi possono così riassumersi:

1. La consulenza in materia ha natura di consulenza contabile e pertanto può in astratto trovare applicazione l'art. 2 dell'allegato a D.M: 30 maggio 2002, che prevede la liquidazione di un onorario a percentuale calcolato per scaglioni.
2. E' applicabile il principio generale fissato dall'art. 1 dello stesso D.M., secondo il quale per la determinazione degli onorari a percentuale, nel caso di consulenza, si ha riguardo al valore della controversia (in tal senso già Cass. 2/9/2013 n. 201169), per scongiurare che la determinazione del compenso possa venire influenzata dall'esito degli accertamenti compiuti in proposito dallo stesso consulente.

3. Tuttavia, qualora questi non siano stati indicati nell'atto introduttivo del giudizio elementi specifici idonei alla determinazione del credito restitutorio, è irrilevante l'avvenuta determinazione dell'esatto saldo all'esito della CTU. Il valore è indeterminabile e si applica pertanto il compenso per vacanze.

CEFIN Short Notes pubblicate in precedenza

- 12 *Le financial transaction taxes e l'incidenza sui volumi negoziati: un'analisi empirica sull'Italia*, Calandrino, S. e Ferretti, R.. (Settembre 2015)
- 11 *Il Key Investor Information Document*, Ferretti R. e Rubaltelli E. (Settembre 2012)
- 10 *Sostenibilità finanziaria e rischio politico degli schemi pensionistici a contribuzione definita: una prospettiva macroprudenziale*, Marotta G. (Giugno 2011)
- 9 *Economia e finanza nel settore metalmeccanico in provincia di Modena tra 2005 e 2008*, Poli E. (Giugno 2010)
- 8 *L'attention grabbing non funziona la domenica?*, Ferretti R. e Vignudini M. (Marzo 2010)
- 7 *Per una politica lungimirante del credito bancario: vincoli e condizioni*, Marotta G. (Giugno 2009).
- 6 *La pubblicità degli intermediari finanziari e gli effetti della crisi: alcune evidenze sul comportamento delle banche italiane*, Codeluppi V., Ferretti R. (Giugno 2009)
- 5 *Quanto vale essere il titolo della settimana?*, Ferretti R. (Marzo 2009)
- 4 *Il ruolo degli investitori retail nella performance a breve delle IPO italiane*, Ferretti R. (Febbraio 2008)
- 3 *Il rischio di longevità e la sua copertura: un'introduzione ai titoli mortality-linked*, Torricelli C, Loi G. (2007)
- 2 *Il credito al consumo: le caratteristiche dei messaggi pubblicitari*, Codeluppi V., Ferretti R. (Ottobre 2007)
- 1 *Fondi pensione ed equity risk premium*, Marotta G. (Giugno 2007)