SEMINARIO IN MATERIA BANCARIA E FINANZIARIA

5° INCONTRO: Venerdì 17 novembre 2017 - Ore 14.30-18.00 Tribunale di Torino – Maxi aula 2

Quesito conto corrente Interessi ultralegali, anatocismo, regime commissionale (CMS DIF CIV), *ius variandi*, oneri e spese, valute.

Titolo della relazione: La forma scritta ex art. 117 TUB nell'elaborazione della giurisprudenza: il quesito sul contratto nel conto corrente in tema di interessi ultra-legali, commissioni, oneri e giorni di valuta.

Relatore: dott. Francesco Pipicelli, Magistrato presso il Tribunale di Biella.

1. NULLITA' E TASSI DI INTERESSE ULTRA-LEGALI.

I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.

Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.

Casistica:

a) non è stato prodotto dalla banca contratto avente forma scritta, ad esempio nell'ambito dell'opposizione a decreto ingiuntiva ove l'onere probatorio ricade sull'istituto di credito: infatti fino alla legge di trasparenza bancaria n. 154 del 17.2.1992 non c'era dubbio che i contratti bancari potevano essere conclusi in forma orale o per fatti concludenti, per cui molto difficilmente gli stessi venivano conclusi per iscritto;

b) nell'ambito delle azioni di ripetizione di indebito o di accertamento negativo del saldo il cliente contesta l'avvenuta stipula del contratto per iscritto e banca non lo produce;

c) la nota e recentissima questione, rimessa alle Sezioni Unite della Cassazione, del difetto di forma scritta per effetto della mancata contestuale sottoscrizione del cliente e della banca sul medesimo modulo contrattuale.

La conseguenza è pertanto la nullità totale del contratto e pertanto non sono dovuti interessi, commissioni, oneri e spese, che devono essere oggetto del ricalcolo affidato al CTU.

In caso di violazione della forma scritta del contratto, non si applicano i meccanismi sostitutivi es. tasso BOT previsti dal comma 7 ma si applica la nullità totale ai sensi del comma 3.

In motivazione, Cass. III Sez. Civile, n. 5609 del 2017, ha in tal senso affermato che *"Infatti, <u>affinché una convenzione relativa agli interessi ultra-legali sia validamente stipulata, deve avere forma scritta e contenere l'indicazione della percentuale del tasso di interesse in ragione di un periodo predeterminato, ai sensi dell'art. 1284, terzo comma, cod. civ., che è norma imperativa</u>. Tale condizione - che, nel regime anteriore all'entrata in vigore della legge 17 febbraio 1992, n. 154, poteva ritenersi soddisfatta anche per relationem, attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obbiettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse oggi può dirsi soddisfatta solo quando il tasso di interesse è desumibile dal*

contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all'istituto mutuante (Sez. 3, Sentenza n. 2072 del 29/01/2013, Rv. 624955; Sez. 3, Sentenza n. 12276 del 19/05/2010, Rv. 613116). ***Invero, la mancanza dì forma scritta per il contratto di apertura del conto corrente n. 10754-9 dovrebbe comportare la nullità dell'intero rapporto ai sensi dell'art. 117, commi l e 3, T.U.B. con conseguenti obblighi restitutori di tutti gli interessi percepiti."***

Il comma 4 dell'art. 117 TUB prevede che *"I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora."*

Il comma 6 dello stesso art. 117 TUB aggiunge che *"Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati."*

Dunque, le regole del comma 3 in relazione alla nullità totale dei contratti bancari non valgono per l'invalidità della pattuizione degli interessi ultra-legali.

Casistica:

A) il contratto di conto corrente è stato prodotto da parte di chi ha l'onere probatorio ma non indica esattamente, con specifica pattuizione per iscritto, i tassi di interesse ed altre condizioni, oneri e spese;

B) il contratto di conto corrente, soprattutto se molto datato, rinvia ai c.d. "usi su piazza" quanto alla pattuizione di interessi, oneri e commissioni.

In tal caso, la sanzione è la nullità parziale con meccanismo sostitutivo di cui al comma 7, che recita: *"In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a)* ***il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto*** *o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto."*

Nella apertura di credito in c.c. (operazione attiva con cui la banca mette a disposizione del cliente un castelletto o fido consistente in una certa somma liquida di denaro per un certo periodo di tempo o a tempo indeterminato, utilizzabile in più volte attraverso prelievi e successivi versamenti per il ripristino della provvista accreditata), l'oggetto è costituito dagli interessi convenuti sulla somma affidata ed utilizzata.

Anteriormente all'entrata in vigore della legge di trasparenza bancaria, era spesso prassi comune nei rapporti tra banca e cliente quella di determinare i tassi di interesse debitori passivi, oneri e commissioni, mediante rinvii ai c.d. usi piazza, ossia alle condizioni usualmente praticate dagli istituti di credito in una zona determinata. Tale prassi determinava la nullità per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto del contratto (artt. 1418, 1325 e 1346 c.c.: l'oggetto infatti costituisce ai sensi del n. 3 dell'art. 1325 uno degli elementi essenziali del contratto, deve essere determinato o determinabile ex art. 1346 c.c., e la sua mancanza determina la nullità del contratto) nonché per violazione dell'art. 1284 c.c. che prevede la necessità della convenzione per iscritto (forma scritta *ad substantiam*) per quanto concerne la determinazione del tasso di interesse ultra-legale.

Quindi, qualora la determinazione del tasso di interesse fosse invalida, tra cui rientra il caso in cui il tasso non sia concordato specificamente per iscritto, si procederà all'automatica sostituzione ai sensi dell'art. 117 co. 7 TUB. Quindi, la violazione dell'obbligo di forma scritta per quanto riguarda la determinazione del tasso di interesse (e non dell'intero contratto che non risulta prodotto in giudizio o ad es. è stato concluso oralmente), non esime il debitore dall'obbligo di pagamento degli interessi, che tuttavia non saranno determinati nella misura invalidamente concordata dalle parti ma secondo la clausola sostitutiva di legge (art. 1339 c.c., inserzione automatica di clausole mediante la sostituzione della disciplina pattizia invalida con quella legale).

Per la determinazione dell'interesse legale ai sensi dell'art. 1284 c.c. si richiede dunque un accordo contrattuale (atto sottoscritto da entrambe le parti) o una dichiarazione espressa e specifica del cliente costitutiva dell'obbligo, mentre non pare essere sufficiente un atto di sottoscrizione unilaterale ricognitivo del debito da parte del cliente. Né è sufficiente la unilaterale comunicazione successiva della banca con accettazione implicita per mancata contestazione degli estratti conto, in assenza di originario accordo per iscritto. Non è necessaria invece la specifica e separata approvazione del cliente ai sensi degli articoli 1341-1342 c.c.

Sul punto, deve farsi riferimento al consolidato orientamento da ultimo ribadito da Cass. Sez. 6 - 1, Sentenza n. 22179 del 30/10/2015 *"In tema di contratto di conto corrente bancario, la clausola relativa agli interessi deve contenere la puntuale indicazione del tasso praticato e, ove esso sia convenuto come variabile, ai fini della sua esatta individuazione concreta, nel corso della vita del rapporto contrattuale, è necessario il riferimento a parametri che consentano la sua precisa determinazione, non essendo sufficienti generici riferimenti, come ad esempio i cd. usi su piazza, dai quali non emerga con chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione"*; cfr. anche Cass. Sez. 3, Sentenza n. 2072 del 29/01/*2013 "In tema di contratti di mutuo, affinchè una convenzione relativa agli interessi ultralegali sia validamente stipulata ai sensi dell'art. 1284, terzo comma, cod. civ., che è norma imperativa,* ***deve avere forma scritta e contenere***

l'indicazione della percentuale del tasso di interesse in ragione di un periodo predeterminato*; tale condizione - che, nel regime anteriore all'entrata in vigore della legge 17 febbraio 1992, n. 154, può ritenersi soddisfatta anche "per relationem", attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purchè obbiettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse - si realizza anche quando il tasso di interesse è desumibile dal contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all'istituto mutuante, perché individuato "per relationem" mediante rinvio al tasso vigente, alla data di stipulazione del contratto medesimo, per il tipo di operazione di credito agrario che ne è oggetto, effettuata dalla sezione agraria di quel determinato istituto mutuante."*

L'oggetto è ovviamente ben determinato se il tasso di interesse è esplicitamente individuato mediante l'indicazione della cifra aritmetica del tasso all'atto della stipula del contratto di apertura di credito, sia nei limiti del fido che per scoperto di conto corrente.

Diversa è invece la determinabilità, in quanto per consolidato orientamento di legittimità, è sufficiente il richiamo *per relationem* attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obiettivamente individuabili e richiamati nella convenzione (tali da richiedere per la loro applicazione una mera operazione aritmetica).

Se è vero che è irretroattivo il testo unico Bancario d.lgs. n. 58 del 1993, è anche vero che sin dall'entrata in vigore del codice civile vi erano gli artt. 1284 e 1346 c.c., pertanto sono nulli anche i contratti anteriori al 1992 che rinviano agli "usi su piazza" o non pattuiscono esplicitamente e in modo determinato l'oggetto costituito dal tasso di interesse.

Sulla successione legislativa vi sono due orientamenti.

1) Il primo ritiene applicabile il tasso di interesse legale ex art. 1284 c.c. fino all'entrata in vigore della legge di trasparenza bancaria n. 154/92 e poi a partire dal TUB n. 385/93, successivamente, il tasso minimo BOT emesso nei dodici mesi precedenti ad ogni chiusura trimestrale del conto; la motivazione è rinvenuta nel fatto che il contratto di conto corrente è contratto di durata e soggetto pertanto all'entrata in vigore dello *ius superveniens* applicabile al contratto che non ha ancora esaurito i suoi effetti e non è ancora esaurito perché in corso:
2) Il secondo orientamento, da ritenersi preferibile, ritiene applicabile il tasso di interesse legale per tutta la durata del rapporto se il contratto è ante 1992, in quanto la nullità è originaria e priva di *effetti in parte qua* la pattuizione contrattuale, pertanto esaurisce i suoi effetti al momento della conclusione che è anteriore all'entrata in vigore della legge. Non può pertanto trovare applicazione l'art. 117 TUB perché la clausola "uso piazza" è stata ritenuta affetta da nullità sin dall'origine per contrasto con l'art. 1284 c.c. Viene richiamato l'art. 11 delle preleggi per cui "la legge non dispone che per l'avvenire e non ha effetto retroattivo" e l'art.

161 comma 6 TUB secondo il quale "I contratti già conclusi e i procedimenti esecutivi in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo restano regolati dalle norme anteriori.": la legge di trasparenza bancaria ed il TUB non hanno efficacia retroattiva e quindi i tassi sostitutivi previsti dalle ridette norme non possono trovare applicazione per il periodo precedente alla loro entrata in vigore.

Sul punto, cfr. Corte Costituzionale ordinanza n. 338 del 18 dicembre 2009.

Ciò tuttavia non vuol dire, si ribadisce, che la pattuizione di interessi ultra-legali nei contratti bancari ante 1992 sia valida se assente o se rinvia agli "usi su piazza", in quanto vi è pur sempre il contrasto con gli artt. 1284, 1346, 1325 e 1418 c.c.

Sul punto, è dirimente l'insegnamento di Cass. Sez. 1, Sentenza n. 13739 del 18/09/2003: *"In tema di contratti bancari, la clausola, stipulata anteriormente all'entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria 17 febbraio 1992, n. 154, la quale, per la pattuizione di interessi dovuti dalla clientela in misura superiore a quella legale, si limiti a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, è in ogni caso divenuta inoperante a partire dal 9 luglio 1992 - data di acquisto dell'efficacia delle disposizioni della citata legge qui rilevanti, ai sensi dell'art. 11 della medesima -, atteso che la previsione imperativa posta dall'art. 4 della legge (poi trasfuso nell'art. 117 del testo unico 1 settembre 1993, n. 385), là dove sancisce la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse,* ***se non incide, in base ai principi regolanti la successione delle leggi nel tempo, sulla validità delle clausole contrattuali inserite in contratti già conclusi, impedisce tuttavia che esse possano produrre per l'avvenire ulteriori effetti nei rapporti ancora in corso****. Ad un tal riguardo, per rapporti in corso devono intendersi i rapporti, anteriormente costituiti, non ancora esauriti, alla data di inizio dell'operatività della norma sopravvenuta, per non avere il debitore, indipendentemente dalla pregressa "chiusura" del conto corrente bancario, adempiuto alla propria obbligazione, atteso che la già riferita innovazione impinge sulle stesse caratteristiche del sinallagma contrattuale, generatore di conseguenze obbligatorie protraentisi nel tempo."*

Ai fini dell'applicazione del tasso sostitutivo attualmente previsto ai sensi dell'art. 117 co. 7 TUB, deve precisarsi quanto segue. Le operazioni passive sono quelle per le quali la banca raccoglie i fondi necessari per lo svolgimento dell'attività creditizia e dunque diviene debitrice dei clienti che le mettono a disposizione i fondi; le operazioni attive sono invece tutte quelle in cui la banca impiega i fondi così raccolti, erogandone il credito a favore dei clienti e quindi divenendone creditrice.

Dunque, per le operazioni attive troverà applicazione il tasso minimo e per quelle passive il tasso massimo BOT, con previsione sanzionatoria verso gli istituti di credito che non hanno soddisfatto l'onere di pattuire tassi di interesse conformi alle previsioni normative.

L'attuale formulazione della norma (modificata con art. d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010) supera una questione risalente in dottrina e giurisprudenza, relativa all'interrogativo se i tassi di cui alla lettera a) dell'art. 117 TUB dovessero essere determinati con il parametro dei dodici mesi anteriori alla conclusione del contratto e quindi fossero destinati a rimanere invariati nel corso del rapporto (come pareva desumersi dalla precedente formulazione della norma), ovvero se dovessero modificarsi di volta in volta in senso più favorevole al cliente, utilizzando il parametro del tasso BOT nei dodici mesi antecedenti ad ogni chiusura periodica o singola operazione realizzata, specie considerando che il contratto di conto corrente è contratto di durata.

La modifica legislativa del 2010 stabilisce pertanto definitivamente che il tasso di interessi sostitutivo applicabile debba essere adeguato nel corso del rapporto, evitando la cristallizzazione ad un solo specifico momento del valore sostitutivo, posto che una successiva discesa dei tassi di interesse avrebbe penalizzato il cliente rispetto all'ancoraggio originario, ciò in palese contrasto con le finalità volute dal legislatore di tutela del medesimo con l'introduzione delle norme di trasparenza bancaria e del TUB.

Esempio di quesito da assegnare al CTU: *"calcoli gli interessi passivi applicando agli scoperti di conto:*

a) il tasso legale (se contratto stipulato prima del 9.7.92 –entrata in vigore L.154/92- vedi Corte Cost. ord. 18.12.09 n.338)

b) il tasso sostitutivo di cui all'art.117 TUB (ante D.L.vo n.141/10) determinato in relazione al tasso nominale minimo dei buoni ordinari del tesoro annuali emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto (se contratto stipulato dopo il 9.7.92 –ex art.11 preleggi e art.161 n.6 TUB) ovvero, se più favorevoli al cliente, nei 12 mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione (ex art.117 TUB come modificato con D.Lvo n.141/10, per contratti successivi al 2.1.11),

ove emergano (anche in base al ricalcolo richiesto) saldi attivi, calcoli gli interessi creditori

a) al tasso convenzionale (se non contestata pattuizione)

b) al tasso legale (se contratto stipulato prima del 9.7.92)

c) al tasso sostitutivo di cui all'art.117 TUB (ante D.L.vo n141/10) determinato in relazione al tasso nominale massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto (se contratto stipulato dopo il 9.7.92) ovvero, se più favorevoli al cliente, nei 12 mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione (ex art.117 TUB come modificato con D.Lvo n.141/10, per contratti successivi al 2.1.11),

*"**ove possibile distinguendo e non procedendo a detta espunzione nel periodo successivo per legittimi addebiti di interessi su intra-fido e su scoperti di conto applicati in esecuzione delle aperture di credito/affidamenti successive**".*

2. LA COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO E LE ALTRE COMMISSIONI.

L'art. 73 delle NUB del 1952 si limitava a stabilire che "le operazioni di accredito e di addebito vengono regolate secondo i criteri concordati con il correntista o usualmente praticate sulla piazza con le valute indicate nei documenti contabili o comunque negli estratti conto. Secondo gli stessi criteri sono applicate e rese note le CMS e le spese di tenuta conto".

I criteri erano l'accordo delle parti (non si specifica scritto ed anzi prima del 1992 lo stesso era pressochè sempre in forma orale) e gli usi su piazza: non vi era alcuna disposizione che imponesse alla banca criteri di calcolo e di quantificazione sin dall'inizio del rapporto bancario con la stipula del contratto di conto corrente, potendo la banca applicare la CMS in modo libero e discrezionale in qualsiasi momento.

Nel 1995 le NUB sono state modificate e si è prevista soltanto l'individuazione dell'importo spettante a titolo di CMS, omettendo sia la definizione contenutistica che i criteri di calcolo della stessa.

Delle CMS si è pertanto fatto largo uso nei rapporti bancari (aperture di credito, anticipi SBF): dunque, la stessa veniva concepita come un costo ulteriore che la banca addebitava al cliente per avergli concesso un fido in forma di apertura di credito nel contratto di conto corrente, quindi a compensazione dell'onere della banca di mettere a disposizione delle somme sino a concorrenza del fido accordato e di assumersi il rischio di mancata restituzione, intesa come corrispettivo o provvigione da riconoscere alla banca, dato l'obbligo di tenere a disposizione del cliente e di erogare a semplice richiesta una determinata somma di denaro per un dato periodo di tempo con costi di tesoreria, indipendentemente dal suo utilizzo.

Spesso veniva applicata anche sullo sconfinamento o scoperto di conto corrente, ad esempio sulla massima esposizione debitoria in extra-fido nel periodo trimestrale.

Vi erano dunque due modalità di calcolo ed applicazione:

1. La prima più simile all'attuale CMDS, ovvero l'addebito trimestrale di un costo che ripaga la banca dell'aver messo a disposizione somme di denaro calcolata sulle somme accordate con il fido e non utilizzate dal cliente.
2. La seconda è costituita da un addebito trimestrale che ha come riferimento la punta massima di utilizzo, quindi l'esposizione debitoria extra-fido da parte del cliente, tenuto conto della misura dell'utilizzato; di fatto la CMS sull'utilizzato è la più criticabile in quanto si aggiunge all'interesse in extra-fido che il cliente già paga sullo scoperto di conto, a volte viene calcolata anche per un solo giorno di picco massimo sull'utilizzo, anche se dovuto a meri problemi di valuta. Risulta difficilmente giustificabile, in quanto la banca non mette a disposizione una somma e già percepisce quale corrispettivo un interesse passivo.

In questo periodo la giurisprudenza spesso dichiarava nulla la CMS per: a) mancanza di causa, b) indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto, c) assenza di pattuizione in forma scritta.
Cass. Sez. III n. 11772 del 6 agosto 2002, in motivazione sembra ritenere la sufficiente giustificazione causale solo della prima forma di commissione di massimo scoperto: ***"Ed infatti o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi - come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato - che solitamente è trimestrale - e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi passivi - ed è il caso di specie - o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determina somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo -*** *ed è questa la tesi della ricorrente come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia del primo ottobre 1996 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso di soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve esser computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge 7 marzo 1996 n. 108, ed allora dovrebbe esser conteggiata alla chiusura definitiva del conto."*
In tal senso, anche Cass. Sez. I n. 870 del 18 gennaio 2006 stabilisce che la *"commissione di massimo scoperto (costituente la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma)"*.

Il requisito della causa.

Tali sentenze della Cassazione e l'intervenuta evoluzione normativa con il decreto anticrisi D.L. n. 185 del 28.11.2008 hanno superato i dubbi sulla carenza di causa.
Quanto alla sua causa negoziale, deve dunque affermarsi che le relative previsioni non possono essere considerate nulle, considerato come l'istituto della CMS risponda alla funzione causale di assicurare all'istituto di credito un corrispettivo per lo sforzo economico organizzativo assunto con la stipula di una apertura di credito, rappresentato dalla necessità di accantonare e tenere a disposizione l'intera somma oggetto dell'affidamento, in modo da poter adempiere all'obbligazione contratta con il cliente di mettere a sua disposizione tale importo, in tutto o in parte, nel caso e nella misura in cui questi decida di farne utilizzo.
Come evidenziato dal condivisibile orientamento affermato da una parte della giurisprudenza di merito (Tribunale di Milano, VI Sezione Civile, 27 marzo 2013, Giudice dott. Antonio Stefani), *"l'autonomia contrattuale riconosciuta alle parti dall'art. 1322 c.c. consente alle stesse di convenire il pagamento di una simile commissione, posto che la stessa è volta a remunerare l'onere della Banca di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto di conto (cfr. Istruzioni Banca d'Italia per rilevazione tassi usura, ed. 2002, par. C5) ed è quindi*

meritevole della tutela giuridica apprestata dall'ordinamento. A ciò si aggiunga che, successivamente alla stipula del contratto oggetto di causa, è intervenuto lo stesso legislatore a disciplinare la CMS, dapprima con l'art. 2-bis, decreto-legge n. 185/2008, conv. dalla legge 2/2009 e quindi con l'art. 117-bis TUB (introdotto con la legge n. 214/2011), il che attesta che anche l'ordinamento positivo ha riconosciuto la meritevolezza degli interessi perseguiti con la pattuizione della CMS".

Non sussiste, conseguentemente, neppure la nullità del patto per difetto di causa.

Il requisito dell'oggetto determinato o determinabile.

Quanto ai contratti anteriori alla legge di trasparenza bancaria, la CMS era normalmente nulla per rinvio alle NUB ovvero agli usi su piazza, che omettevano qualsiasi indicazione sul calcolo della stessa. Quanto ai contratti successivi al TUB, la CMS viene dichiarata nulla in giurisprudenza a) ove vi sia la mancata indicazione da parte della banche dei criteri e delle modalità di calcolo del tasso, tali da non consentire al cliente di comprenderne l'effettiva portata e di verificarne l'esatta e corretta applicazione, ovvero b) perché tali indicazioni devono essere contenute nell'ambito del contratto di apertura di credito in c.c. ovvero nel documento di sintesi allegato e non in latri documenti informativi successivi o negli estratti conto.

La CMS è invece valida se vi sia una chiara pattuizione e modalità di calcolo, in particolare sia nei limiti del fido che oltre il fido concesso: il consenso del cliente ai fini dell'accordo può essere validamente prestato soltanto ove la stessa abbia precisato: 1) l'esatta percentuale; 2) la base di calcolo; 3) i criteri (Es. sull'utilizzato o sull'accordato) e la periodicità di addebito (Es. trimestrale).

Sul punto, deve osservarsi che, secondo un orientamento giurisprudenziale generalmente seguito, la nullità della predetta clausola si ha non solo in caso di mancata indicazione della percentuale di calcolo ma anche di non completa specificazione in cosa debba intendersi per massimo scoperto, non bastando quindi ad escludere la nullità la sussistenza solo del primo dei predetti requisiti, dovendo invece essere previamente specificato su quali importi e per quali periodi essa venga applicata (cfr. ad es. Trib. Milano, 05.07.2010, secondo cui: "*è nulla, ex art. 1346 c.c., per indeterminatezza dell'oggetto la clausola che prevede la commissione di massimo scoperto indicandone semplicemente la percentuale di calcolo e non specificando se per massimo scoperto debba intendersi il debito massimo raggiunto anche in un solo giorno o piuttosto quello che si prolunga per un certo periodo di tempo"* – v. anche Trib. Padova, 10.06.2011).

La *ratio* sottesa a tale principio giurisprudenziale è infatti quella di consentire al cliente di comprendere la reale entità della commissione e di verificarne la corretta applicazione da parte della banca.

Deve osservarsi che entrambi i requisiti risultano essere rispettati dall'istituto di credito, solo quando nel contratto di conto corrente originario tale onere è stato espressamente convenuto, precisandone in modo sufficientemente determinato anche la misura con successiva indicazione della base di calcolo, cioè quando dal contratto o dal documento di sintesi emerge che la commissione trimestrale di massimo scoperto è stata pattuita dalle parti in misura percentuale e, ad esempio, sotto la voce "legenda", viene specificato che per essa si intende la "commissione percentuale dovuta dal cliente sul massimo saldo debitore" ovvero anche "sull'affidamento", evidentemente maturato nel corso del periodo trimestrale.

Il requisito della forma scritta.

Dopo la legge di trasparenza bancaria del 1992 ed il TUB del 1993, non vi è dubbio che la stessa, sulla base della norma dell'art. 1284 c.c. (in senso lato ha natura di ulteriore onere) deve essere convenuta con patto scritto, trattandosi di elemento non naturale ma accidentale del negozio.

Viene fatto salvo quanto previsto dalla legge del 2009 in merito all'introduzione della CMDS con lo strumento dello *ius* e quindi con le modalità di cui all'art. 118 TUB, senza necessità di stipula di un nuovo contratto in forma scritta e quindi di una nuova pattuizione originaria. La normativa regolata dalla legge 2/2009, con riferimento alla commissione di messa a disposizione fondi, prevede infatti che i contratti in corso *"alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto sono adeguati alle disposizioni del presente articolo entro centocinquanta giorni dalla medesima data. Tale obbligo di adeguamento costituisce giustificato motivo agli effetti dell'articolo 118, comma 1, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia."*. Nessun rilievo ha quindi la contestazione dell'omissione di una nuova pattuizione contrattuale, dato che la stessa legge ordinaria introduttiva dell'onere contrattuale aveva stabilito che le banche si potessero adeguare mediante lo strumento dello *ius variandi*, costituendo tale adeguamento per definizione un giustificato motivo.

Articolo 117-bis (Remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti) *"1. I contratti di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente,* ***una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento,*** *e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate. L'ammontare della commissione, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo per i conti correnti,* ***non può superare lo 0,5 per cento, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente*** *(1). 2. 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.*

3. Le clausole che prevedono oneri diversi o non conformi rispetto a quanto stabilito nei commi 1 e 2 sono nulle. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto. "

Nell'attuale testo dell'art. 117 TUB prevale dunque la nozione di commissione sull'affidamento che si aggiunge al tasso di interesse sull'utilizzo nei limiti del fido nei limiti del 2 per cento annuale (0,5% trimestrale), mentre in caso di sconfinamento è possibile esclusivamente non più la CMS sull'utilizzato o scoperto di conto ma la CIV in misura fissa e in valore assoluto (costi affrontati dalla banca ai fini della necessaria istruttoria per valutare la permanenza del merito creditorio in caso di sconfinamento oltre fido o in assenza di fido), che si aggiunge al tasso debitore ultra-fido.

A differenza della precedente CMS calcolata sull'utilizzato effettivo e sul saldo debitore massimo del periodo, la CMDS opera per remunerare direttamente il fido concesso e quindi – come dice lo stesso *nomen iuris* – quale corrispettivo volto a compensare la messa a disposizione di somme liquide in affidamento, che non possono essere altrimenti destinate e che segnano un vero e proprio vincolo ed impegno per l'istituto di credito erogatore.

Esempio di quesito su commissioni, con descrizione delle condizioni contrattuali tempo per tempo vigenti e con mandato al CTU di individuarle nei contratti bancari oggetto di causa (quesito Tribunale di Brescia):

1. *commissioni di massimo scoperto (c.m.s.), se la stessa c.m.s. sia stata applicata percentualmente sino a tutto il II^ trimestre 2009 sugli affidamenti e sui prelievi extra affidamento oltre che su scoperti di conto corrente;*
2. *commissione c.d. omnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente per il periodo di applicazione dal 1 luglio 2009 al 28 dicembre 2011 (ex art. 2-bis, 1° co, d. l. 29 novembre 2008, convertito con modificazioni in legge 28 gennaio 2009, n. 2);*
3. *commissione c.d. omnicomprensiva calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento per il periodo di applicazione dal 29 dicembre 2011 al 01 ottobre 2012 (ex art. 117-bis, 1° co, TUB2-bis, 1° co, d. l. 29 novembre 2008, convertito con modificazioni in legge 28 gennaio 2009, n. 2) e che, in ogni caso, non può superare lo 0,5%, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente;*
4. *commissione c.d. omnicomprensiva calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento per il periodo di applicazione dal 02 ottobre 2012 (ex art. 117-bis, 1° co come modificato dall'art. 1, comma 1-bis, d. l. 24 marzo 2012, n. 29 convertito con modificazioni dalla legge 18 maggio 2012, n. 62) che, determinata in coerenza con la delibera del CICR anche in relazione alle*

specifiche tipologie di apertura di credito e con particolare riguardo ai conti correnti, non può, in ogni caso, superare lo 0,5%, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente;

5. *altre remunerazioni variamente denominate dalle banche (quale, per esempio, la commissione oltre disponibilità fondi) espresse non in termini percentuali sugli scoperti di conto e sui prelievi oltre gli affidamenti per il periodo di applicazione dal 1 luglio 2009 sino al 02 ottobre 2012;*
6. *commissione di istruttoria veloce (C.I.V.) per sconfinamenti in assenza di affidamenti ovvero oltre i limiti del fido ex art. 117-bis, 2° co, TUB per il periodo di applicazione dal 02 ottobre 2012;*

In caso di espunzione contabile per omessa pattuizione o indeterminatezza della stessa o ancora difetto di causa, questo sarà lo specifico mandato da conferire al CTU:

"espunga totalmente dal conteggio spese, commissioni di massimo scoperto ed oneri in quanto non è stata dimostrata la loro sottoscrizione nel contratto originario, ove possibile distinguendo e non procedendo a detta espunzione nel periodo successivo per legittimi addebiti di spese, oneri e CMS applicati in esecuzione delle aperture di credito/affidamenti successive a partire dal…"

3. I GIORNI DI VALUTA.

La valuta di un'operazione è il giorno a partire dal quale la somma corrispondente produce interessi: a) la valuta effettiva è la data reale in cui la banca acquista o perde la disponibilità giuridica delle somme; b) la valuta bancaria è quella con cui la banca sottraendo o aggiungendo un certo numero di giorni alla valuta effettiva di fatto percepisce maggiori interessi.

Quindi si tratta di:

- scopertura fittizia e percezione di interessi nei conti debitori, per effetto del gioco delle valute;
- mancata remunerazione al cliente dei risparmi utilizzati nei conti creditori, sempre per effetto dei giorni valuta.

Deve esservi espressa pattuizione in forma scritta ex art. 117 TUB trattandosi di ulteriore onere a carico del cliente, senza che possa farsi riferimento agli usi, all'indicazione *ex post* sugli estratti conto ovvero ancora genericamente alla "data di regolamento".

In assenza va dato mandato al CTU per il ricalcolo, esempio di quesito:

"non risultando la pattuizione per iscritto della valuta per versamenti e prelievi, dica se è in grado, dalla lettura dell'estratto conto, di ricostruire le valute applicate per ogni tipo di operazione, dica se le valute applicate siano o meno corrispondenti alle condizioni pubblicizzate nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi (art. 117, comma 7 lettera b) T.U.B.) ed in caso di mancata pubblicità consideri, quale data di valuta, sia per l'accredito che per

l'addebito, la data dell'operazione risultante dall'estratto conto, accertando quindi se vi sia stato accordo scritto in ordine al computo dei cc.dd. giorni valuta e, in caso contrario, procedendo all'azzeramento degli stessi".

E' sempre comunque meglio precisare nel quesito, se il mandato non ricomprende l'azzeramento dell'effetto delle valute, che il CTU:

"non procederà nel conteggio degli interessi debitori ad alcuna rettifica dei saldi per valuta risultanti dagli estratti di conto corrente, in quanto la società cliente non ha specificamente dedotto tale circostanza né tempestivamente impugnato le registrazioni su conto delle valute".

Una parte della giurisprudenza di merito ritiene che la questione inerente i giorni di valuta attenga alla contabilizzazione delle operazioni, quindi eventuali erroneità calcolo avrebbero dovuto formare oggetto di espressa contestazione entro il termine di decadenza decorrente dalla trasmissione degli estratti conto e, in difetto di ciò, le stesse devono considerarsi superate per effetto della tacita approvazione degli stessi estratti conto.

A mio avviso, tuttavia, censurare l'illegittimità dei giorni di valuta significa contestarne l'omessa pattuizione ai sensi dell'art. 117 TUB (efficacia sostanziale o validità del rapporto obbligatorio), non fare valere un mero errore di scritturazione o di calcolo che sarebbe soggetto alla decadenza ex artt. 1832 c.c. e 119 comma 3 del TUB: in tal senso, come è noto, la Cassazione (Sez. I n. 11626 del 26 maggio 2011) ha affermato che *"ai sensi dell'art. 1832 c.c., la mancata contestazione dell'estratto conto e la connessa implicita approvazione delle operazioni in esso annotate riguardano gli accrediti e gli addebiti considerati nella loro realtà effettuale, nonché la verità contabile, storica e di fatto delle operazioni annotate, ma non impediscono la formulazione di censure concernenti la validità ed efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti".*

In ogni caso, va affermata l'infondatezza nel merito quanto alla contestazione riguardante le cosiddette "valute fittizie", ossia la postergazione delle valute con riferimento alle singole operazioni in conto corrente, quando la difesa sul punto articolata sia rimasta relegata ad una affermazione assolutamente generica, non implicando mai l'individuazione degli importi a tal fine contestati; dall'altro lato, e soprattutto, ove la decorrenza delle valute risulti espressamente pattuita dalle parti nel modulo di adesione ai servizi in c.c. (in cui accanto alle diverse tipologie di versamento per contanti ed assegni sono indicati i giorni lavorativi di applicazione): pertanto, trattandosi di materia certamente rimessa alla libera disponibilità delle parti, le annotazioni in conto effettuate in conformità agli accordi negoziali non possono essere qualificate come illegittime.

Non sussiste peraltro difetto di causa trattandosi di materia soggetta alla libertà negoziale delle parti.

Appare condivisibile tale posizione della giurisprudenza di merito: *"per quanto riguarda le censure svolte relativamente al sistema di determinazione delle valute c.d. "fittizie" ed al sistema di calcolo*

degli oneri e spese connessi allo svolgimento del rapporto, si deve osservare che si tratta di questioni formulate in modo generico ed indeterminato, che non tengono conto della specifica disciplina pattizia e non dimostrano come l'addebito a dire dell' attrice illegittimo per tale ragione si discosti e si ponga in contrasto con i criteri pattuiti per regolare le operazioni di accredito e di addebito, con le valute indicate nei documenti contabili e negli estratti conto periodicamente inviati alla correntista." (Tribunale Torino 5.7.2016 est. Dott.ssa Maurizia Giusta, in *expartecreditoris.it*).

E' fatto salvo inoltre il necessario rispetto da parte della banca dell'art. 120 commi 1 e 1 *bis* TUB.