

NOTE

**Anatocismo bancario
e prescrizione: le
Sezioni Unite e la
difficile applicabilità del
decreto mille proroghe.
Continua il match tra
correntisti e banche.**

Fernando Greco

Professore Associato di Diritto Privato
Università del Salento

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione tentano di far calare il sipario su di una problematica, quella dell'anatocismo (ovvero la capitalizzazione degli interessi di un capitale allo scopo di renderli alla loro volta produttivi di altri interessi) che ha particolarmente arricchito il dibattito dottrinario e giurisprudenziale degli ultimi anni vuoi per le rilevanti implicazioni di carattere tecnico-giuridico, vuoi per le inevitabili ricadute sul piano economico ed in particolare sui bilanci degli Istituti di Credito. Prova a stoppare questo tentativo il recentissimo decreto Milleproroghe, convertito con la legge n. 10/2011 del 26 febbraio 2011 che, con una sorprendente, quanto particolarmente tempestiva previsione (attraverso un emendamento nel passaggio al Senato), prova a tendere un salvagente al sistema bancario in relazione alle situazioni pregresse alimentando il tormentato iter giurisprudenziale che ha reso la materia oggetto di indagine un inesauribile contenitore di problemi.

Va innanzitutto ricordato l'orientamento sfavorevole al sistema bancario che si è andato affermando in giurisprudenza e che aveva, già in passato, indotto il Governo, (approfittando della delega per il riordino del T.U.B.) con il d.lgs. 342/1999, a salvare le vecchie clausole anatocistiche, consentendone l'applicabilità se adeguate alle nuove regole dettate dalla delibera del CICR del 9 febbraio 2000. E' noto che la Corte Costituzionale con la decisione del 17 ottobre 2000 ha dichiarato incostituzionale l'art. 25 del decreto legislativo che introduceva un terzo comma all'art. 120 T.U.B.

I giudici delle Sezioni Unite nella sentenza che si annota confermano il precedente indirizzo delle Sezioni Unite del 2004 che aveva posto la parola fine sulla *querelle* circa la legittimità delle clausole anatocistiche trimestrali, relativamente ai contratti conclusi fino all'entrata in vigore della delibera CICR del 9 febbraio 2000.

La decisione in commento conferma l'assenza di qualsivoglia dubbio circa la nullità di tali clausole, ex art. 1418, primo comma c.c., per contrarietà all'art. 1283 c.c. Dunque le Sezioni Unite ribadiscono che la clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi corrisponde ad un uso negoziale imposto al correntista e non ad un uso normativo, con conseguente impossibilità di derogare alla regola contenuta all'art. 1283 c.c. Come già evidenziato il "tentativo" legislativo del 1999 caduto sotto la scure della Consulta fa sì che la capitalizzazione degli interessi (in base alla delibera del CICR) sia consentita solo per i contratti successivi all'entrata in vigore della delibera del CICR ovvero stipulati a far data dal 22 aprile 2000."

Successivamente, la decisione in commento affronta il problema collegato alle conseguenze della

declaratoria di nullità. Si precisa, nella motivazione della decisione, come la giurisprudenza già in passato avesse avuto occasione di affermare che il termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme trattenute dalla banca indebitamente, a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente, decorre dalla chiusura definitiva del rapporto, trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi.

Ed in effetti già nel 1984 la Cassazione aveva affermato che il momento iniziale del termine prescrizione decennale per il reclamo delle somme indebitamente trattenute dalla banca a titolo di interessi decorre dalla chiusura definitiva del rapporto, ove siano previste più prestazioni del mandatario e qualora le parti non abbiano pattuito diversamente. In particolare, i giudici precisavano che i contratti bancari di credito, con esecuzione ripetuta di più prestazioni, sono contratti unitari, che danno luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi; perciò la serie successiva di versamenti, prelievi ed accreditamenti non dà luogo a singoli rapporti (costitutivi od estintivi), ma determina variazioni quantitative dell'unico originario rapporto costituito tra banca e cliente, con la conseguenza che solo con il conto finale si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti.

Dunque, il termine prescrizione in questione inizia a decorrere soltanto dalla chiusura definitiva del rapporto. E' solo in questo momento che si produce definitivamente il saldo dei crediti e debiti tra le parti, trattandosi di un rapporto giuridico di durata, unitario, seppur articolato in una pluralità di atti esecutivi. Trattasi di contratti funzionalmente preordinati ad assicurare ad una o entrambe le parti una utilità durevole proporzionale alla durata del rapporto, che tale utilità procurano non mediante - o, a seconda dei casi, non solo mediante - l'adempimento (continuativo o reiterato) di una obbligazione, bensì per mezzo di altri tipi di effetti giuridici o situazioni giuridiche. In questa direzione legittimamente il cliente ha il diritto di esercitare l'azione di ripetizione degli interessi indebitamente trattenuti dalla banca nell'arco di durata dell'intero rapporto, finché quest'ultimo non si sia chiuso.

Si abbandona - da parte delle Sezioni Unite - definitivamente il punto di vista di una parte della giurisprudenza di merito che aveva ritenuto che nei contratti di durata ogni singola prestazione avesse una sua autonomia, sicché ognuna di esse resterebbe soggetta alle regole comuni e, quindi, anche a quelle sulla decorrenza della prescrizione con la conseguenza che l'azione di ripetizione, per la restituzione delle somme illegittimamente addebitate dalla banca sul conto corrente, decorrerebbe dall'esecuzione di ogni singolo addebitamento e non dalla chiusura del conto.

In quest'ultima prospettiva, in modo arbitrario, si è attribuita del tutto illegittimamente, alle operazioni contabili di accredito (come il versamento nel conto) quella funzione solutoria (di pagamento) che, invece, non hanno.

Va dunque azzerata l'idea che il termine di prescrizione inizi a decorrere dal giorno della *chiusura periodica del conto*, potendo da quel momento il cliente esercitare il diritto di ripetizione, sul presupposto che la banca abbia esatto gli interessi, e, dunque, il cliente abbia il diritto ed il potere di agire in giudizio, ex art. 2935 cod. civ., per ripetere quanto indebitamente annotato.

Di fronte al definitivo chiarimento delle Sezioni Unite arriva ancora un colpo di scena o se si preferisce un tentativo di colpo di spugna. Il decreto Milleproroghe sembrerebbe annientare la posizione di vantaggio che i clienti avevano maturato nei confronti delle banche per effetto della decisione in esame. Se dunque, per le ragioni già specificate, la Cassazione aveva affermato che il termine prescrizione di dieci anni dovesse decorrere dal giorno di chiusura del conto corrente, la versione appena licenziata prevede che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizi a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. Stando al dato normativo, indubbiamente più favorevole alle banche, l'azione di ripetizione degli interessi anatocistici dovrebbe essere proposta nell'arco di dieci anni tra la data di ciascun singolo accredito (o versamento) in favore della banca e la data di proposizione della domanda giudiziale, e, quindi, anche durante lo svolgimento del rapporto. Di conseguenza, il contenzioso giudiziario, avente ad oggetto la ripetizione degli interessi relativi ai rapporti instaurati prima della delibera CICR, sarebbe considerevolmente ridimensionato in barba all'analisi tecnico giuridica delle Sezioni Unite.

In realtà quella che in prima battuta potrebbe apparire una pietra tombale sul contenzioso in materia è candidamente annientata dalla stessa decisione delle Sezioni Unite e dalla disciplina codicistica (indubbiamente non superata dal recente intervento normativo). Nella sentenza si afferma testualmente che il pagamento avviene solo con la chiusura del conto e non con l'annotazione. Ne consegue, ex art. 2033 c.c., che solo al momento della chiusura del conto sorge il diritto di ripetere ciò che si è pagato e dunque da questo momento inizia a decorrere il termine prescrizione. Da qui l'assoluta irrilevanza giuridica della previsione contenuta nel mille proroghe dato che presupposto della decorrenza del termine prescrizione è ovviamente il pagamento e non l'annotazione.

Con molta probabilità sarà sfuggito, nella redazione del testo normativo, il contenuto della decisione

delle Sezioni Unite che chiarisce un ulteriore aspetto della questione circa le ipotesi in cui, durante lo svolgimento del rapporto, il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, laddove questi ultimi possano essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Per i giudici di legittimità ci si trova in situazioni di questo tipo tutte le volte in cui 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'accreditamento.

Diversamente, osservano le Sezioni Unite, tutte le volte in cui i versamenti in conto non superino il passivo ed in particolare il limite dell'affidamento concesso al cliente si tratterà di atti ripristinatori della provvista, della quale il correntista può ancora continuare a godere, e non di pagamenti.

In questi ultimi casi, un versamento eseguito dal cliente su un conto il cui passivo non abbia superato il limite dell'affidamento concesso dalla banca con l'apertura di credito non ha nè lo scopo nè l'effetto di soddisfare la pretesa della banca di vedersi restituire le somme date a mutuo (credito che, in quel momento, non sarebbe scaduto nè esigibile) ma esclusivamente l'effetto di ripristinare la misura dell'affidamento utilizzabile nuovamente in futuro dal correntista: dunque, non costituisce un pagamento ex art. 2033 c.c.

In questa prospettiva, la circostanza che, in quel momento, il saldo passivo del conto sia influenzato da interessi illegittimamente fin lì computati si traduce in un'indebita limitazione della facoltà di maggior indebitamento, ma non si tratta mai di pagamento anticipato di interessi. Di pagamento, nella descritta situazione, potrà dunque parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all'atto della chiusura del conto.

La chiarezza della motivazione in ordine alla nozione di pagamento fa sì che la previsione del mille proroghe circa la decorrenza del termine prescrizione "dal momento dell'annotazione" sia del tutto idonea ad impedire il meccanismo ex art. 2033 c.c.. Se la *ratio* posta a fondamento della norma, da ultimo richiamata, è proprio quella di apprestare un rimedio giuridico completo per tutte le situazioni in cui un'attribuzione patrimoniale sia stata eseguita senza una giustificata ragione, è del tutto ovvio che

sino alla chiusura del conto, e nei limiti dell'affidamento, non ci sia alcun adempimento (avente natura solutoria) in senso tecnico giuridico.

Non esiste infatti alcuna percezione effettiva di denaro da parte dell'istituto di credito, ma solo un eventuale incremento del credito utilizzabile; non può, quindi, decorrere alcun termine di prescrizione dal giorno dell'addebito in conto. Del resto, agli addebiti eseguiti sul conto corrente dall'istituto di credito "per soddisfare le proprie ragioni creditorie" non consegue un credito esigibile della banca verso il correntista. Soltanto con la chiusura del rapporto e la formazione del saldo finale il credito bancario diventa esigibile.

Non è possibile sovrapporre il concetto di "disponibilità" che assicura al correntista una facoltà di disposizione, all'esigibilità e non vi è dubbio che il presupposto per l'esigibilità del credito della banca è la chiusura del rapporto. Fino alla sua chiusura, il conto corrente, è un mero prospetto contabile in cui sono annotate reciproche poste di dare ed avere con la periodica trimestrale formazione di un saldo differenziale meramente fattuale, da cui deriva la facoltà del correntista di disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito: solo con il saldo finale – giova ribadirlo – si giungerà ad un saldo esigibile con un unico risultato solutorio. Infatti, nel corso del rapporto non si ha un pagamento in senso tecnico degli interessi e del capitale, non vi è un debitore che imputi un pagamento, ma vi è un correntista che effettua un versamento ottenendo una mera registrazione a credito sul conto priva di qualsiasi imputazione di pagamento per interessi e competenze eventualmente maturati.

Le Sezioni Unite applicano ciò che è ormai *ius receptum* con riferimento ai pagamenti revocabili, ex art. 67, Il co., L.F. – RD n. 267/1942; il pagamento, rilevante ai fini di detta norma, va ravvisato in tutti i casi in cui venga superato il limite del fido, ovvero non sussista neppure un rapporto derivante da apertura di credito, o ancora il conto sia diventato scoperto per recesso della banca o, infine, i versamenti concernano un conto corrente per il quale quest'ultima abbia disposto la sospensione, anche solo di fatto, dell'affidamento concesso: in tutti questi casi i versamenti concernenti un conto corrente vengono, a seguito di una delle predette vicende, ad assumere un'evidente funzione solutoria, essendo in tale ipotesi il debito certo ed esigibile.

In altre parole, affinché il pagamento possa essere considerato, sulla base dell'art. 1191 c.c. , atto materiale per il quale non è necessario *l'animus solvendi*, deve reputarsi il versamento atto diverso dal pagamento, allorquando risulti la volontà delle parti di rivolgerlo ad uno scopo diverso dal pagamento

del debito. E' ovvio che tale volontà possa risultare *per facta concludentia* dallo stesso comportamento della banca, ossia dalle risultanze del conto corrente.

Proprio per questo i giudici ribadiscono la distinzione tra "conto scoperto" e "conto semplicemente passivo". Per scoperto di conto s'intende sia l'ipotesi dell'assenza di un rapporto avente per effetto quello di costituire, a favore del correntista, un credito disponibile verso la banca (anticipazione bancaria o apertura di credito), sia l'ipotesi del cosiddetto "sconfinamento" dal fido concesso; in entrambi i casi le rimesse che affluiscono sul conto vengono ad avere un carattere solutorio, nel limite in cui eliminano lo scoperto.

Diversamente, nel caso di conto assistito da apertura di credito, essendo il conto soltanto passivo ma non scoperto, il debito del correntista non è immediatamente esigibile e le rimesse non hanno, perciò, funzione solutoria.

In questi casi, come già detto, le rimesse hanno la funzione di ripristino della disponibilità. In buona sostanza la Corte ribadisce e mette un punto fermo sulla diatriba che ha agitato dottrina e giurisprudenza in merito alla concezione stessa del pagamento quale semplice atto materiale, trasformato in atto in cui comunque rileva la causa, costituita dalla volontà delle parti di qualificare tale attività, colorandola ben oltre la semplice neutralità con l'*animus solvendi*, ovvero con la semplice volontà ripristinatoria.

In conclusione le annotazioni operate dall'azienda in un conto corrente bancario) non costituiscono la conseguenza di reciproche rimesse e non esprimono l'esistenza di debiti e crediti di ciascun contraente nei confronti dell'altro ma rappresentano semplici variazioni quantitative dell'ordinario rapporto di credito o di debito con la banca. Il cliente non effettua nessun pagamento indebito ma semplicemente è uno spettatore che "subisce una annotazione".

Il dato più problematico è senz'altro rappresentato dall'elevato contenzioso in materia che, ovviamente, ha ispirato la confusa disposizione nel decreto mille proroghe. Ci si trova in una situazione paradossale e cioè alla fine di un percorso segnato dalla decisione delle Sezioni Unite e l'avvio di un dibattito sul contenuto della norma ribattezzata salva-banche. Va detto sin d'ora che un ordine del giorno approvato alla Camera impegna il Governo a mettere nuovamente mano alla questione anche se, giova ribadirlo, il tenore letterale della norma non è in grado di incidere sul contenzioso in atto dato che le Sezioni Unite fanno espresso riferimento (ai fini del *dies a quo* del termine prescrizione) alla nozione di pagamento

e, per le ragioni già spiegate e nei limiti di quanto esplicitato dagli stessi giudici, l'annotazione non ha carattere solutorio e come tale è inidonea a determinare la decorrenza del termine prescrizionale. Quindi la formulazione della norma sul piano tecnico giuridico è sbagliata e come tale non idonea a raggiungere gli obiettivi per i quali è stata introdotta.

L'intervento normativo crea ulteriore confusione rispetto ad una vicenda definitivamente chiarita grazie alla Cassazione e si qualifica come una forma di sanatoria del periodo pregresso che, per ovvie ragioni, ha suscitato e susciterà posizioni molto critiche da parte di coloro che hanno attivato contenziosi con le Banche. Bisognerà vedere se il legislatore avrà il coraggio di correggere il tiro o se, ancora una volta, assisteremo ad un ulteriore inasprimento nel *match* tra correntisti e banche.