

Anatocismo: il punto sulla situazione (anche alla luce di alcune esperienze dello studio legale Polato)

Premesso che non abbiamo assolutamente la pretesa di ripercorrere o analizzare una vicenda su cui ormai si sono versati veri e propri “fiumi di inchiostro”, ci sembra comunque utile fare un breve riepilogo della situazione, evidenziando altresì alcune “curiosità” sul tema, basate in gran parte su casi affrontati dallo studio legale Polato.

Prendiamo le mosse dalle annose e controverse questioni relative:

- all’applicazione del termine, quinquennale o decennale, di prescrizione dell’azione delle somme indebitamente incamerate dagli istituti di credito a titolo di interessi anatocistici e/o ultralegali;
- nonché all’individuazione del momento iniziale della decorrenza della stessa.

LA PRESCRIZIONE DECENNALE E IL MOMENTO DI DECORRENZA DELLA STESSA; LE DIFESE DELLE BANCHE.

Nonostante la giurisprudenza di legittimità e di merito avessero da diverso tempo già statuito pacificamente che il termine di prescrizione doveva intendersi **decennale** e decorrente dalla **chiusura del conto corrente**¹ di riferimento, le banche cercarono inizialmente di “arginare” gli

¹ Per coloro che intendessero approfondire meglio la vicenda in diritto, ricordiamo una serie di pronunce rilevanti in argomento. La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 2262 del 09 aprile 1984, con riferimento ad un contratto di apertura di credito da utilizzarsi mediante conto corrente, aveva statuito 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, come già ha ritenuto questa Corte sia con riferimento al deposito bancario regolato in conto corrente sia con riguardo al mandato (Sent. 06/07/1976 n. 2505) - ove siano previste più prestazioni del mandatario e qualora le parti, come nella specie, non abbiano pattuito diversamente -, alla cui disciplina è soggetto prevalentemente il contratto di operazioni bancarie (Sent. 21/12/1971 n. 3701; 06/12/1974 n. 4043), qui ricorrente. **Difatti, 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 solo variazioni quantitative dell'unico originario rapporto costituito tra banca e cliente** (Cass. 30/04/1969 n. 1392; e 25/07/1972 n. 2545)".*

Questo indirizzo non è mutato nel corso degli anni successivi, come conferma la sentenza della Cassazione (Sez. I, 03 maggio 1999, n. 4389) secondo cui, anche se con riferimento in quel caso ad un libretto di deposito (che ha natura e causa ben differente da quella del conto corrente): *"La prescrizione del diritto alla restituzione di somme depositate nel deposito bancario inizia a decorrere non già dalla data della richiesta di restituzione e neppure da quella del rifiuto della banca ma ... da quello dell'ultima operazione compiuta, se il rapporto si sia sviluppato attraverso accreditamenti e prelievi: ciò in quanto, essendo il diritto alla restituzione un diritto di credito nel quale si è convertito il diritto di proprietà del depositante, il mancato esercizio di siffatto diritto dà luogo immediatamente a quello stato di inerzia che è il presupposto della prescrizione"*.

Non va poi dimenticato come la Corte di Cassazione (Sez. I, 14 aprile 1998 n. 3783) avesse già da molto tempo prima statuito che: *" Il termine di prescrizione del diritto, per la banca, di avvalersi della garanzia fideiussoria prestata per l'apertura di credito in conto corrente non decorre dalla data di costituzione della garanzia, ma dalla data in cui il debito garantito è divenuto esigibile per effetto del recesso della banca dall'apertura di credito e dalla chiusura del conto corrente"*.

Ricordiamo anche la pronuncia del Tribunale di Mantova 21/01/2005 GU Bernardi, secondo cui *"**Quanto al dies a quo della decorrenza del termine prescrizione deve poi ritenersi che lo stesso vada individuato in quello della chiusura definitiva del rapporto atteso che il contratto per la disciplina in conto corrente di operazioni bancarie è un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico articolato in una pluralità di atti esecutivi sicché i singoli addebitamenti o accreditamenti non danno luogo a distinti rapporti ma determinano solo variazioni quantitative dell'unico originario rapporto sicché solamente con il saldo finale si stabiliscono definitivamente i crediti ed i debiti fra le parti** (in tal senso vedasi App. Lecce 22-10-2001 in Foro It., 2002, I, 555; Cass. 9-4-1984 n. 2262;*

effetti dirompenti di tali giudicati asserendo che in realtà gli interessi di conto corrente si sarebbero dovuti assoggettare alla disciplina di cui all'art. 2948, comma 1 n. 4, c.c., il quale prevede una prescrizione **quinquennale** per *“gli interessi e, in generale, tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi”*.

Corollario di tale principio era pertanto che il momento iniziale della decorrenza del termine prescrizionale dovesse coincidere con il momento del pagamento dell'interesse sul conto corrente, ossia con la singola operazione “incriminata”, e non già con la chiusura definitiva del rapporto tra la banca e il correntista.

Apparentemente l'eccezione sembrerebbe fondata, dal momento che gli interessi di conto corrente effettivamente avevano, a quel tempo (ossia sino all'intervento del CICR con la famigerata delibera del 09/02/2000² con la quale si è definitivamente imposta la medesima cadenza annuale per il computo degli interessi di conto corrente attivi e passivi), una cadenza infra-annuale ossia nel dettaglio: trimestrale, per ciò che concerneva gli interessi passivi; ed annuale per quelli invece attivi.

In realtà essa è frutto di un equivoco interpretativo di fondo assai grave.

Il contratto di conto corrente bancario infatti costituisce un rapporto **unitario e complesso** di poste attive e passive (prelievi e/o versamenti), che la banca e il correntista ritengono **inesigibili**³ (ossia in altri termini non liquidabili reciprocamente) sino al momento della chiusura del rapporto; momento in cui si procede a compensazione a favore della parte risultata creditrice in quel dato momento storico⁴.

A chiudere il cerchio era sopravvenuta la Cassazione (**Sez. Un. Sentenza 2 dicembre 2010, n. 24418**) di cui riportiamo per la loro estrema chiarezza uno stralcio delle motivazioni: *“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 unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro.***

*Non può, pertanto, ipotizzarsi, il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico, definibile come pagamento, che l'attore pretende essere indebito, **perché prima di quello non è configurabile alcun diritto di ripetizione.***”

In altre parole la Cassazione ha statuito che non è possibile eliminare o elidere delle “poste” di conto corrente in questo o quel momento storico nel corso della durata del rapporto, essendo evidente che il calcolo degli interessi passivi (e anche, sia pur del tutto marginalmente, di quelli attivi) è ingenerato sulla scorta delle somme che di volta in volta si accumulano e maturano sullo

per l'affermazione di tale principio in tema di garanzia prestata per il rapporto di conto corrente vedasi Cass. 23-3-2004 n. 5720; Cass. 11-5-1999 n. 4659; Cass. 14-4-1998 n. 3783; Cass. 19-6-1997 n. 5481; Cass. 18-4-1996 n. 3662”.

² La stessa è rinvenibile pressoché ovunque sul web.

³ Art. 1823 c.c.

⁴ In realtà succede che la banca “tollerì” uno scoperto di conto sino a un certo limite, che può essere contrattualmente fissato (apertura di credito in conto corrente, affidamento ecc. ecc.) oppure stabilito “di fatto” o per “fatti concludendi” (vedasi meglio oltre sul punto). Oltre tale limite la banca invita dapprima il correntista a rientrare dello scoperto entro un termine solitamente stringente, dopo il quale agisce per il recupero delle somme.

stesso. Eliminando una parte dei conteggi “a monte” (ossia a far data da un certo anno a ritroso nel rapporto) si modifica sensibilmente il risultato di quelli “a valle”, ingenerando così una situazione “parziale”, erronea e quindi totalmente inveritiera e irrealistica.

Tra poco affronteremo la questione inerente il concetto di atto giuridico definibile come pagamento, dal momento che è l’unica questione rimasta ancora “in sospeso” nei contenzioni con le banche in tema di anatocismo.

L’INTERVENTO DEL LEGISLATORE “SALVA BANCHE”

Successivamente di poco alla predetta pronuncia della Suprema Corte sopravvenne, come alcuni ricorderanno, il famoso “decreto milleproroghe”⁵ (detto anche, per quel che concerne l’argomento in questione, “salva banche”), con il quale il legislatore improvvidamente stabilì 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.*”**

In “parole povere” si stabiliva che:

- il momento in cui il diritto poteva essere fatto valere dal correntista decorreva **dall’annotazione della posta passiva** sul conto corrente e non già dal momento di chiusura del conto corrente;
- in ogni caso non si poteva chiedere la ripetizione di somme già corrisposte al momento della data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto medesimo, ossia la disposizione aveva carattere **retroattivo**.

Inutile dire che tale intervento “a gamba tesa” del legislatore suscitò enorme scalpore tra gli avvocati e le associazioni che da sempre si erano battute in tema di usura.

SEGUE: L’INTERVENTO RISOLUTORE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Numerosi furono i ricorsi alla **Corte Costituzionale**, la quale dopo circa due anni, **con la sentenza n. 78/2012 del 02/04/2012**, finalmente dichiarò **“l’illegittimità costituzionale dell’articolo 2, comma 61, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10.”**, sulla scorta sostanzialmente delle seguenti considerazioni:

- a parte la correzione relativa ai versamenti con carattere solutorio su cui torneremo tra poco, la Corte Costituzionale ha ribadito come la citata sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite n. 24418 del 02/12/2010 avesse già confermato l’orientamento della precedente giurisprudenza di legittimità, a sua volta in sintonia con l’orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito, secondo il quale **“Se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, *il termine***

⁵ In particolare **l’art. 2, comma 61, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225**.

di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati”;

- quanto poi al carattere retroattivo della norma censurata, lo stesso lede in primo luogo il canone generale della ragionevolezza delle norme (art. 3 Cost.) e l’art. 6 della CEDU⁶ in quanto, dice la Corte Costituzionale: *“La Corte europea dei diritti dell’uomo ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, **il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall’art. 6 della Convenzione ostono, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all’ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l’esito giudiziario di una controversia** (ex plurimis: Corte europea, sentenza sezione seconda, 7 giugno 2011, Agrati ed altri contro Italia; sezione seconda, 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; sezione quinta, 11 febbraio 2010, Javaugue contro Francia; sezione seconda, 10 giugno 2008, Bortesi e altri contro Italia).”*

Riassumendo:

- non solo non era affatto necessario alcun intervento interpretativo ad opera del legislatore, dal momento che il termine iniziale di decorrenza della prescrizione dell’azione di ripetizione era stato già pacificamente stabilito dalla giurisprudenza di legittimità e di merito da diversi anni addietro; non v’era insomma alcuna *“situazione di oggettiva incertezza del dato normativo”* che giustificasse siffatto intervento;
- per di più il carattere retroattivo della norma non era affatto giustificato da imperative ragioni di interesse generale (ma solo di interesse per le banche...), e quindi costituiva **un indebita ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia!** Basti pensare all’illegittima disparità di trattamento che si sarebbe verificata rispetto a coloro che avessero proposto l’azione giudiziaria di recupero dopo l’entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

Le cose quindi sono ritornate al loro posto, e ad oggi il parametro di riferimento rimane quello determinato dalla Cassazione nelle sentenze a Sezioni Unite del 2010 n. 24418.

PAGAMENTI SOLUTORI E RIPRISTINATORI

Vediamo ora in dettaglio, come sopra promesso, la differenziazione tra pagamento “solutorio” e “ripristinatorio” che costituiscono ad oggi unico spartiacque valido per la definizione del momento iniziale del termine prescrizione decennale dell’azione di ripetizione.

Un’operazione di conto corrente (versamento del correntista) ha carattere “solutorio” quando è volta **al ripianamento ad opera del cliente del c.d. extra-fido** (ossia dello sconfinamento dall’affidamento di credito concesso dall’istituto di credito) oppure dello scoperto di conto, laddove tale affidamento non sia stato concesso contrattualmente dalla banca alla genesi del rapporto.

⁶ Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo stipulata a Roma il 04/11/1950 e successivamente più volte modificata nel corso degli anni.

Ha invece carattere ripristinatorio laddove invece il versamento sul conto corrente abbia lo scopo di **mera ricostituzione** della provvista esistente sullo stesso **nei limiti del fido concesso dalla banca**.⁷

Nel caso di pagamenti “solutori” quindi la prescrizione decorre dal momento del pagamento effettivo, ossia dell’annotazione sul conto del medesimo; nel caso invece di meri ripristini della provvista di conto corrente, dalla chiusura definitiva di quest’ultimo.

A questo punto diviene pertanto essenziale stabilire con certezza se e quando un versamento sul conto corrente ha valenza di **pagamento** (ossia solutoria), essendo evidente la ripercussione che tale dato assume in concreto per i conteggi che il Consulente Tecnico d’Ufficio incaricato effettuerà in corso di causa; la prescrizione dell’azione in un momento anteriore alla chiusura del conto inevitabilmente comporterà infatti una riduzione più o meno sensibile del periodo di riferimento per l’analisi contabile.

Un conto è definito “scoperto” dalla Cassazione nel momento in cui non accede ad alcuna apertura di credito a favore del correntista, neppure verbale ovvero per *facta concludentia*.

Secondo una giurisprudenza consolidata infatti **la pattuizione relativa alla trasformazione del conto in apertura di credito può realizzarsi anche per facta concludentia** (tra le altre, Cass. n. 14470/2005); nella specie - chiarisce il giudice *a quo* – “*già una clausola del contratto di conto corrente prevedeva le condizioni per l’apertura di credito e la concessione di continui sconfinamenti, protratti costantemente nel tempo, ha dato luogo al perfezionarsi di tale apertura*” (Cassazione civile, sez. I, 17 febbraio 2011, n. 3903).

Possiamo quindi affermare che un conto è “scoperto”: non solo nel momento in cui non esiste un contratto scritto di apertura di credito; ma anche se nel corso del rapporto non si siano, comunque, verificati continui sconfinamenti, che protratti costantemente nel tempo, abbiano dato luogo al perfezionarsi di un’apertura di credito per *facta concludentia*.

⁷ Le motivazioni della sentenza a Sezioni Unite n. 24418/10 sono molto chiare al riguardo: “*Occorre allora aver riguardo, più ancora che al già ricordato carattere unitario del rapporto di conto corrente, alla natura ed al funzionamento del contratto di apertura di credito bancario, che in conto corrente è regolata. Come agevolmente si evince dal disposto degli artt. 1842 e 1843 c.c., l’apertura di credito si attua mediante la messa a disposizione, da parte della banca, di una somma di denaro che il cliente può utilizzare anche in più riprese e della quale, per l’intera durata del rapporto, può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità eseguendo versamenti che gli consentiranno poi eventuali ulteriori prelevamenti entro il limite complessivo del credito accordatogli. Se, pendente l’apertura di credito, il correntista non si sia avvalso della facoltà di effettuare versamenti, pare indiscutibile che non vi sia alcun pagamento da parte sua, prima del momento in cui, chiuso il rapporto, egli provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato. In tal caso, qualora la restituzione abbia ecceduto il dovuto a causa del computo di interessi in misura non consentita, l’eventuale azione di ripetizione d’indebito non potrà che essere esercitata in un momento successivo alla chiusura del conto, e solo da quel momento comincerà perciò a decorrere il relativo termine di prescrizione. **Qualora, invece, durante lo svolgimento del rapporto il correntista abbia effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove risultino indebiti), in quanto abbiano avuto lo scopo e l’effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca. Questo accadrà qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo (o, come in simili situazioni si preferisce dire “scoperto”) cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell’accreditamento. Non è così, viceversa, in tutti i casi nei quali i versamenti in conto, non avendo il passivo superato il limite dell’affidamento concesso al cliente, fungano unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere.***”

Ragionando dunque “a contrario” il conto è privo di affidamento quando:

- non vi sia un contratto scritto;
- e quando gli sconfinamenti siano solo sporadici e non continuativi (e tollerati dunque dalla banca).

La concessione di affidamento per fatti concludenti è assai frequente in quei rapporti di conto corrente stipulati con le banche da società o imprese per scopi commerciali o comunque “professionali”; mentre è più rara nei rapporti con i consumatori, le cui movimentazioni sono solitamente ben più modeste e ingeneratrici quindi di interessi passivi assai ridotti.

Tali argomentazioni potranno e dovranno essere quindi introdotte nei giudizi inerenti clausole di conto corrente anatocistiche a fronte delle prevedibili schermaglie delle banche volte a far passare qualsiasi operazione su conto corrente (o il maggior numero possibile di esse) come “solutoria”, onde ridurre il più possibile il periodo di “osservazione” sui conti correnti in esame ricorrendo alla “mannaia” della prescrizione anticipata rispetto alla chiusura dei medesimi conti.

ALCUNE IMPLICAZIONI DI NATURA PROCESSUALE (E NON SOLO) SULL’ECCEZIONE DI PRESCRIZIONE

Ulteriore osservazione di carattere più tecnico e processuale si impone tuttavia all’esito di quanto appena esposto.

La giurisprudenza di merito più recente (e prevalente) ha infatti statuito che sia preciso onere della banca:

- indicare specificatamente le singole operazioni espletate dal correntista extra-fido e a cui l’eccezione di prescrizione invocata si riferisca, con conseguente onere di produrre la relativa documentazione (e ciò in quanto già la quasi totalità della Giurisprudenza ante Sezioni Unite del 2010 da decenni sosteneva l’esistenza del “pagamento” nelle c.d. operazioni extra-fido);
- contestare la “sporadicità” degli sconfinamenti, tale da inficiare la regola della concessione di un affidamento in conto corrente per *facta concludentia*!

Il Tribunale di Napoli (Sezione III, Dott. Fulvio Troncone, Sent. 1083 del 1° febbraio 2011), ha inoltre statuito come sia onere della banca convenuta in giudizi inerenti l’anatocismo su conti correnti effettuare nei termini di cui agli artt. 166 e 167 c.p.c. (**ossia entro i 20 giorni antecedenti l’udienza indicata dall’attore nell’atto di citazione**) i seguenti adempimenti:

- 1) esibire il contratto di affidamento che indichi il limite dell’affidamento oltre il quale l’operazione è considerata extra-fido oppure asserire, e comprovare, che non vi è alcun contratto e che gli sconfinamenti siano sporadici e non si protraggano costantemente nel tempo;
- 2) elencare in dettaglio le rimesse che superino detto limite;
- 3) produrre gli e/c comprovanti detto supero ed il tempo in cui si è verificato, ovvero oltre 10 anni prima della domanda giudiziale o della preventiva richiesta stragiudiziale di restituzione delle somme indebitamente percepite.

In difetto di tali produzioni, la banca deve ritenersi decaduta dall’eccezione di prescrizione di ripetizione dell’indebito.

Ma vi è altra e conclusiva considerazione da svolgere: se il contratto originario è viziato da nullità parziali (ad es. clausola anatocistica illegittima, ecc.), anche l’estratto conto porterà dei saldi viziati che non potranno dunque definire se quella singola eccepita rimessa sia solutoria o meno!

Solo quindi previa epurazione degli estratti conto dagli effetti delle clausole nulle, con i conseguenti addebiti illegittimi, si può pervenire al c.d. “saldo ricalcolato”, ossia si potrà individuare il limite dell’affidamento oltre il quale l’operazione è sempre da considerarsi extra-fido; e si potrà pertanto valutare se quella specifica operazione sia solutoria o meno, nei sensi indicati dalla più volte citata sentenza delle S.U. n. 24418 del 2 dicembre 2010.

Queste sono dunque presumibilmente “le nuove frontiere” della questione in tema di anatocismo, in attesa che la Cassazione determini sempre nuovi e più precisi criteri-guida a tutela dei risparmiatori.

(a cura di avv. Giampiero Martinis)