Osservatorio

a cura di AVV. MARIA TERESA DE LUCA

Conti Correnti

Cass. Civ., Sez. I, ordinanza n. 4083 del 9 febbraio 2023 – relatore A. Zuliani

Conto corrente – distribuzione onere prova – produzione parziale estratti conto – azione di ripetizione – saldo zero - omissione produzione totale estratti conto non costituisce fatto impediente accertamento giudiziale del dare e dell'avere fra le parti

[…] Con l'unico motivo di ricorso [...] si denuncia «violazione e falsa applicazione di legge ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. dell'art. 1283 c.c., in relazione all'art. 2697 c.c.».
Nell'illustrare il motivo, da un lato, si contesta l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui «dalla c.t.u. contabile emerge come non sia stato provato l'intero andamento dei rapporti di conto corrente per i quali il […] ha prestato fideiussione, avendone il […] … prodotto solo alcuni estratti conto in aggiunta a quelli prodotti dalla Banca».
[…] Indubbiamente non compete alla Corte di Cassazione un riesame dell'accertamento del fatto, se non nei ristretti limiti di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (Cass. S.u. n. 8053/2014, per tutte), con i quali nemmeno si confronta il motivo di ricorso, dal momento che esso denuncia una violazione di norma di diritto e, in particolare, degli artt. 1283 e 2697 c.c.
Tuttavia, se ciò rende inammissibile il ricorso nella parte in cui censura la valutazione del fatto effettuata dalla corte d'appello sulla base della documentazione prodotta e della relazione del c.t.u., discorso diverso deve essere svolto per quanto riguarda l'affermazione e l'applicazione di una precisa regola di diritto riferita al fatto concreto come accertato dal giudice a quo.
Corretta è, nella sentenza impugnata, la premessa sulla distribuzione dell'onere della prova: colui che agisce in ripetizione ai sensi dell'art. 2033 c.c. ha l'onere di provare il fatto posto a fondamento della domanda, ovverosia la prestazione eseguita e il suo carattere indebito.
Nel caso qui in esame, il carattere indebito della prestazione (id est: del prelievo dal libretto di deposito effettuato alla banca) non è discussione, posto che la corte d'appello aveva già affermato la nullità delle clausole anatocistiche con la sentenza parziale.
Si tratta, quindi, soltanto di individuare e di conteggiare gli addebiti anatocistici, sulla base dell'unica documentazione disponibile a tal fine, ovverosia sulla scorta degli estratti dei conti correnti.
Ebbene, la rilevata parziale mancanza degli estratti conto – ove sussistente, come affermato dalla corte d'appello – comporta l'impossibilità per gli attori di provare tutti i fatti posti a fondamento dell'azione e, quindi, la necessità di respingere la domanda, ma soltanto in parte qua, senza che si giustifichi in alcun modo un rigetto integrale, esteso anche agli addebiti anatocistici provati e ai relativi effetti calcolabili sulla base della documentazione prodotta e acquisita.
È questo un principio che vale indifferentemente, tanto nel caso in cui attore – gravato dell'onere della prova – sia il cliente della banca, quanto nel caso in cui sia la banca ad agire, con

l'onere di provare il credito finale risultante dalle movimentazioni del conto. In entrambi i casi, l'attore subisce l'azzeramento dei crediti che potrebbero risultare dagli estratti conto mancanti, il che però non esclude la possibilità di vedere riconosciuto il proprio credito al netto di quell'azzeramento.
Il principio è stato recentemente espresso in alcuni condivisibili arresti di questa Corte: «Nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo iniziale a debito del cliente, la proposizione di contrapposte domande da parte della banca e del correntista implica che ciascuna delle parti sia onerata della prova della propria pretesa. Ne deriva che, in assenza di elementi di prova che consentano di accertare il saldo nel periodo non documentato, ed in mancanza di allegazioni delle parti che permettano di ritenere pacifica l'esistenza, in quell'arco di tempo, di un credito o di un debito di un certo importo, deve procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, documentato dagli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di essi» (Cass. n. 23852/2020; conf. Cass. nn. 22387/2021; 27362/2022).
Da ultimo, in termini esattamente pertinenti al caso di specie, si è statuito che: «Nei rapporti di conto corrente bancario, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione di danaro, che afferma essere stato indebitamente corrisposto all'istituto di credito nel corso dell'intera durata del rapporto – sul presupposto di dedotte nullità di clausole del contratto di conto corrente o per addebiti non previsti in contratto – è onerato della prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida "causa debendi" mediante deposito degli estratti periodici di tale conto corrente, riferiti all'intera durata del rapporto, con la conseguenza che, qualora egli depositi solo alcuni di essi, da un lato non adempie a detto onere per la parte di rapporto non documentata e, dall'altro, tale omissione non costituisce fatto impediente il sollecitato accertamento giudiziale del dare e dell'avere fra le parti, a partire dal primo saldo dal cliente documentalmente riscontrato» (Cass. n. 35979/2022).
La massima appena riportata può valere anche in questo caso come principio di diritto espresso ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.c., al quale dovrà attenersi, secondo la Corte di Cassazione, il giudice del rinvio.

Tribunale di Civitavecchia, Sezione Civile, sentenza n. 163 del 9 febbraio 2023

Conto corrente – azione ripetizione indebito – termine prescrizione – onere probatorio – ricorso alle presunzioni – consegna copia contratto da parte della banca – mancanza - sottoscrizione solo del cliente – requisito non strutturale ma funzionale – comportamenti concludenti

[…] la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con un orientamento ormai consolidato, ha chiarito che il termine ordinario di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito per le somme versate sul conto corrente inizia a decorrere dalla chiusura del conto corrente se si tratta di rimesse ripristinatorie della provvista, mentre decorre dal singolo versamento se quest'ultimo ha natura solutoria (Cass. Sez. U. 2 dicembre 2010, n. 24418).
La Suprema Corte ha poi meglio precisato che il suesposto principio muove dal rilievo per cui non può 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 quel momento non è configurabile alcun diritto di ripetizione. In conseguenza, se il correntista, nel corso del rapporto, abbia effettuato non solo prelevamenti ma anche versamenti, in tanto questi ultimi potranno 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. E questo accadrà ove si tratti di versamenti eseguiti su un conto in passivo 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'affidamento: non così 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 (Cassazione civile, sez. I, 23/12/2020, n. 29411).

È stato altresì chiarito dai più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità che l'onere probatorio relativo alla natura ripristinatoria e non solutoria delle rimesse grava sul correntista, di fronte all'eccezione di prescrizione formulata dalla Banca (Cassazione civile, sez. I, 06/12/2019, n. 31927).

Nel caso di specie non è contestato tra le parti che sul conto corrente oggetto di causa per tutto il periodo di apertura dello stesso siano state concesse delle aperture di credito.

[…] L'istituto di credito si è limitato ad eccepire che i versamenti effettuati sul conto corrente dalla S. Srl hanno natura solutoria in quanto si è verificato lo sconfinamento del fido concesso da parte dell'attrice nei contratti di apertura di credito depositati. Parte attrice ha contestato che tali contratti si riferiscano ad accordi presi tra le parti in relazioni ad operazioni effettuate sul conto corrente oggetto di causa.

A tal proposito si osserva che i documenti depositati da UBI Banca S.p.a […] non possono ritenersi prova idonea della misura del fido concesso, in quanto si tratta di contratti di apertura di credito in conto corrente nei quali non vi è alcun riferimento al conto corrente n. xxxx del 4.8.1998.

La corrispondenza di tali pattuizioni con quelle relative alle aperture di credito sul suddetto conto corrente, non può neanche ritenersi provata in via presuntiva. Il ricorso alle presunzioni sarebbe stato possibile laddove non fosse stata dedotta e non emergesse dagli atti di causa la presenza di altri conti correnti aperti dalla società attrice presso l'istituto convenuto nel periodo in contestazione.

[…] Secondo la prospettazione attorea il contratto prodotto in giudizio sarebbe affetto da nullità ai sensi dell'art. 117 D.lgs 385/1993 in quanto il documento depositato riporta la sola sottoscrizione della S. S.r.l (la cliente) e alla quale l'istituto di credito non avrebbe consegnato una copia.

Come noto l'art. 117, co.1 D.lgs 385/1993 prevede che i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.

La Cassazione a Sezioni Unite ha di recente affermato che il requisito della forma ex art. 1325 c.c., n. 4, essere inteso "non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa".

In applicazione di tale principio con riferimento ad un contratto di intermediazione finanziaria la Suprema Corte ha ritenuto che il dato della sottoscrizione dell'intermediario risulti «assorbito», quindi privo di rilievo, una volta che lo scopo perseguito dalla legge sia stato raggiunto attraverso la sottoscrizione del documento contrattuale da parte del cliente e la consegna a quest'ultimo di un esemplare del medesimo (Cass. SSUU nn. 898-1200 -1201- 1653/218). Tale principio è stato esteso dalle sezioni semplici, all'esito di un percorso giurisprudenziale non sempre lineare, anche ai contratti bancari (cfr: Cass. 5919/2015; Cass. n. 4564/2012; Cass. n.5919/2016).

Con specifico riferimento al contratto di conto corrente la Suprema Corte ha infatti ritenuto che una volta che risulti provata la sottoscrizione da parte del correntista e la consegna della scrittura a quest'ultimo, il consenso della banca, ai fini della formazione dell'accordo, può desumersi, come evidenziato dalle Sezioni Unite, proprio da questi comportamenti concludenti, quali appunto sono la consegna del documento negoziale, da essa predisposto, la raccolta della firma del cliente e l'esecuzione del contratto

(Cass Sez. 1 . Ord n. 16070 del 18/06/2018).
[…] Non vi è pertanto un'ipotesi di nullità ai sensi dell'art. 117 D.lgs 285/1993 che giustificherebbe l'applicazione al posto degli interessi pattuiti del tasso sostitutivo di cui all'art 117, co 7 D.lgs 285/1993, come richiesto da parte convenuta.
[…] Meritevole di accoglimento è invece l'eccezione di nullità della clausola contrattuale che prevede una diversa capitalizzazione degli interessi debitori (trimestrale) e creditori (annuale) contenuta nel contratto di conto corrente oggetto di causa […].
Come noto la Corte di Cassazione nell'anno 1999 accertando l'inesistenza di un uso normativo legittimante la capitalizzazione trimestrale degli interessi, ha dichiarato la nullità della clausola di capitalizzazione differenziata degli interessi anatocistici prevista dall'art. 7 N.U.B. (Norme uniformi bancarie) per contrarietà all'art. 1283 c.c. (cfr. Cass., 16 marzo 1999, n. 2374; Cass., 30 marzo 1999 n. 3096; Cass., 11 novembre 1999, n. 12507). Poco dopo l'art. 25 co 2 del D.lgs n 342/199 ha modificato l'art 120 del D.lgs 385/1993 prevedendo che il CICR stabilisse "modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria", disponendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente fosse assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori.
Il comma 3 del citato art. 25 ha previsto, per quanto qui interessa, che le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, fossero valide ed efficaci fino a tale data, e che, dopo di essa, dovessero essere adeguate - a pena di inefficacia da farsi valere solo dal cliente - al disposto della menzionata delibera, che avrebbe altresì stabilito le modalità e i tempi dell'adeguamento Il CICR, con la delibera del 9.2.2000, ha poi stabilito (art. 2) che nel conto corrente dovesse essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori e che le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della presente delibera dovessero essere adeguate alle disposizioni in questa contenute entro il 30 giugno 2000, con effetto dal successivo 1 luglio (art. 7, comma 1); in particolare, ove le nuove condizioni contrattuali non comportassero un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, gli intermediari finanziari, entro il medesimo termine del 30 giugno 2000, avrebbero potuto provvedere all'adeguamento mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e, previa comunicazione per iscritto alla clientela alla prima occasione utile, comunque, entro il 31 dicembre 2000 (art. 7, comma 2). L'approvazione specifica da parte del correntista (e quindi il perfezionamento di un nuovo accordo fondato sulla specifica adesione da parte di quel soggetto) era stabilita per la sola ipotesi in cui le nuove condizioni contrattuali comportassero un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate (art. 7, comma 3).
La Corte Costituzionale ha poi dichiarato incostituzionale l'art. 25 co 3 del D.lgs n 342/199 nella parte in cui consentiva la sanatoria di tutte le clausole stipulate prima dell'entrata in vigore della delibera CICR.
A seguito di tale pronuncia la Corte di Cassazione ha statuito che in ragione della pronuncia di incostituzionalità dell'art 25, co 3, del d.lgs 341 del 1999 le clausole anatocistiche inserite in contratti di conto corrente conclusi prima dell'entrata in vigore della delibera CICR 9 febbraio 2000 sono radicalmente nulle, con conseguente impraticabilità del giudizio di comparazione previsto dal comma 2 dell'art. 7 della delibera del CICR teso a verificare se le nuove pattuizioni abbiano o meno comprovato un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, sicché in tali contratti perché sia introdotta validamente una nuova clausola di capitalizzazione degli interessi, è necessaria una espressa pattuizione formulata nel rispetto dell'art. 2 della predetta delibera (Cassazione civile, sez. I, 19/05/2020,

n. 9140).
La Suprema Corte di Cassazione ha precisato, infatti che, sebbene la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, non abbia interessato il comma 2 di tale disposizione, che costituisce il fondamento del potere esercitato dal CICR mediante l'adozione della predetta delibera, tale pronuncia ha inciso indirettamente sulla disciplina transitoria dettata dall'art. 7 di tale provvedimento, in quanto, avendo fatto venir meno, per il passato, la sanatoria delle clausole che prevedevano la capitalizzazione degl'interessi, ha impedito di assumerle come termine di comparazione ai fini della valutazione dell'eventuale peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, in tal modo escludendo la possibilità di provvedere all'adeguamento delle predette clausole mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, come consentito dal comma 2 dell'art. 7, e rendendo invece necessaria una nuova pattuizione (cfr. Cass., Sez. I, 19/05/2020, n. 9140; 21/10/2019, nn. 26769 e 26779; Cassazione civile, sez. I, 21/06/2021 n. 17634).
Alla luce di tali principi nel caso di specie la nullità della clausola contrattuale relativa alla capitalizzazione degli interessi non può ritenersi sanata in quanto difetta la prova della pattuizione scritta dell'eventuale adeguamento della capitalizzazione degli interessi attivi. Non può essere condivisa, infatti, la prospettazione della banca convenuta che individua nel caso di specie una modifica migliorativa delle condizioni contrattuali perché il raffronto deve essere fatto con il regime giuridico applicabile al periodo ante 30.6.2000 che prevedeva l'impossibilità di alcuna capitalizzazione degli interessi, rispetto alla quale la capitalizzazione degli interessi passivi, anche se con medesima periodicità di quelle attività, sarebbe comunque peggiorativa. Pertanto, la pubblicazione sulla G.U. o l'avviso alla clientela effettuato dall'istituto di credito nel caso di specie non sono strumenti idonei a far ritenere validamente adeguato il contratto di conto corrente, con la conseguenza che la clausola che prevede la capitalizzazione degli interessi passivi deve ritenersi nulla e il saldo di conto corrente deve essere ricalcolato con l'esclusione di ogni forma di capitalizzazione degli interessi passivi.
È, infatti, altresì consolidata in giurisprudenza l›affermazione che, dichiarata nulla la clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi, al conto corrente bancario non è applicabile in via sostitutiva una diversa modalità di capitalizzazione (s.u. 24418/10 Cass. 17150/16).
Anche di recente la Cassazione ha stabilito che nelle controversie relative ai rapporti tra la banca ed il cliente correntista il quale lamenti la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito regolato in conto corrente e negoziato dalle parti in data anteriore al 22 aprile 2000, il giudice dichiarata la nullità della predetta clausola per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c. deve calcolare gli interessi a debito del correntista senza operare alcuna capitalizzazione (Cassazione civile, sez. I, 13/10/2017, n. 24156).

Corte di Cassazione, Sez. I, ordinanza n. 5375 del 21 febbraio 2023, Relatore R. Amatore

Conto corrente – forma scritta contratti – regime previgente entrata in vigore art. 3 L. n. 154/1992 – apertura di credito - conclusione per facta concludentia – comportamento rilevante della banca – nuovo regime - apertura di credito deve essere stipulata per iscritto a pena di nullità a meno che non sia già prevista e disciplinata nel contratto di conto corrente

[...] Sul punto giova ricordare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, nel regime previgente all'entrata in vigore dell'art. 3 della legge 17 febbraio 1992 n. 154, il quale ha imposto l'obbligo della forma scritta ai contratti relativi alle operazioni ed ai servizi bancari, era consentita la conclusione "per facta concludentia" di un contratto di apertura di credito, alla luce

del comportamento rilevante della banca, consistente nel pagamento di assegni emessi dal cliente senza copertura; conseguentemente, allorché in quel regime normativo fosse stato tacitamente stipulato un contratto di apertura di credito ed un fido di negoziazione di assegni, il relativo recesso, intervenuto prima dell'entrata in vigore della normativa citata, non richiedeva la forma scritta, potendo essere valida la semplice comunicazione anche verbale della banca al cliente, relativa all'intenzione di recedere dai contratti (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 17090 del 24/06/2008; cfr. anche: n. 2915 del 1992, n. 3842 del 1996, n. 19941 del 2006).
Nel nuovo regime normativo è stato altresì precisato che, sempre in tema di contratti bancari, l'apertura di credito deve essere stipulata per iscritto a pena di nullità - a meno che non sia già prevista e disciplinata nel contratto di conto corrente, stipulato per iscritto, come stabilito dalla delibera C.I.C.R. del 4 marzo 2003, in applicazione dell'art. 117, comma 2, d.lgs. n. 385 del 1993 - non essendo pertanto sufficiente a provarne l'esistenza la circostanza che l'affidamento risulti dal "libro fidi", né che il suo contenuto possa essere ricostruito attraverso l'esame del "regolamento di portafoglio", destinato solo a raccogliere l'insieme delle procedure tecnico operative per la gestione dei titoli (v. Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 926 del 13/01/2022; v. anche: Cass. n. 27836 del 2017, n. 7763 del 2017, n. 22385 del 2019).
Ciò posto, risulta evidente che il rapporto contrattuale oggetto di causa, e cioè il rapporto di conto corrente bancario - cui la società oggi ricorrente asseritamente riferisce l'esistenza di un affidamento - si era dispiegato, prima della sua formalizzazione per iscritto avvenuta nel 1992, nel periodo antecedente alla legge numero 154/1992 e all'introduzione, in virtù dell'articolo 117 TUB, dell'obbligo della forma scritta per i contratti bancari, con la conseguenza che l'eventuale apertura di credito da parte della banca avrebbe potuto essere provata da parte del correntista anche tramite l'allegazione di fatti, circostanze e presunzioni atte a dimostrare l'esistenza del fido.
Tuttavia, la Corte territoriale ha accertato l'inesistenza di tale rapporto di affidamento, con accertamento in fatto, non più censurabile in questa sede, se non deducendo il vizio di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. (per come perimetrato da Cass. Sez. Un. n. 8053/2014) […].
Diversamente, la società ricorrente ha invece richiesto alla Cassazione un nuovo apprezzamento dei fatti, attraverso la rilettura degli atti istruttori di natura documentale (v. estratti conto, andamento del conto, etc.), per accreditare innanzi al giudice di legittimità una valutazione diversa ed alternativa rispetto a quella apprezzata dai giudici di merito in ordine alla ritenuta sufficienza di elementi indiziari rivelatori dell'esistenza di un contratto di affidamento bancario, fattispecie quest'ultima invece esclusa dalla Corte territoriale sulla base di una motivazione congrua ed adeguatamente argomentata sulla cui base la diversa ricostruzione prospettata dalla società appellante è stata rigettata, da un lato, per la ritenuta mera tolleranza dimostrata dalla banca per le momentanee scoperture del conto corrente intervenute anche prima del 1992 e, dall'altro, per la mancata dimostrazione di un importo massimo di scopertura autorizzata.

CONTRATTI BANCARI IN GENERE

Corte di Cassazione, Sez. I, ordinanza n. 5017 del 17 febbraio 2023, relatore M. Vannucci

Fideiussione - mutamento condizioni patrimoniali creditore - trasformazione di società di persone in società di capitali - immutazione dell'identità soggettiva dell'ente – mancata autorizzazione fideiussione – dovere salvaguardia altro contraente

[…] Con il primo motivo la ricorrente deduce

che la sentenza impugnata è caratterizzata da falsa applicazione dell'art. 1956 cod. civ. quanto al presupposto del mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito, in quanto: la sentenza ritiene tale requisito integrato "dalla modificazione del tipo societario da società in nome collettivo a società a responsabilità limitata" e, secondo la ricorrente, ciò è errato in diritto perché la trasformazione non determina in sé alcun peggioramento delle condizioni patrimoniali della società debitrice.
Secondo la Cassazione […] la censura è inammissibile in quanto (come del resto evidenziato dalla stessa banca ricorrente) l'affermazione censurata - secondo cui la trasformazione di società di persone in società di capitali determina, in funzione dell'applicazione del precetto di cui all'art. 1956 cod. civ., "un teorico mutamento delle condizioni di solvibilità del debitore" - è dalla sentenza impugnata esclusivamente fatta "in linea astratta": essa non costituisce quindi ragione specifica della decisione; costituita, invece, dal non avere la banca informato il fideiussore […] dell'avvenuta cessione […].
[…] Invero: la trasformazione, di tipo evolutivo, di società di persone in società di capitali determina la sola modificazione della struttura e della organizzazione societaria, con immutazione dell'identità soggettiva dell'ente che conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti, anche processuali, del soggetto che la trasformazione ha effettuato (art. 2498 cod. civ.); tale tipo di trasformazione mantiene inalterata a ogni effetto, per le sole obbligazioni passive anteriori alla trasformazione, la responsabilità illimitata dei soci derivante dal precedente assetto giuridico, salvo che i creditori abbiano espressamente prestato il proprio consenso alla trasformazione (art. *2500-quinquies* cod. civ.); in particolare, il patrimonio della società, nelle sue componenti attive e passive, rimane inalterato per effetto della trasformazione e il fatto che per le obbligazioni sociali sorte dopo tale evento i soci non rispondano personalmente e illimitatamente non comporta, di per sé, alcun peggioramento delle condizioni economiche e finanziarie della società, rilevante, quanto ai relativi debiti garantiti da fideiussione anche per obbligazioni future della società prestata prima della sua trasformazione, in funzione dell'applicazione dell'art. 1956 cod. civ.; infatti, la consistenza quantitativa e qualitativa dell'indebitamento della società anteriore alla trasformazione non muta in conseguenza di tale evento, tanto per il titolare di crediti verso la società sorti prima della trasformazione che per il fideiussore dell'ente debitore.
È dunque da affermare, nell'interesse della legge (art. 363, terzo comma, cod. proc. civ.), il seguente principio di diritto: **«in funzione dell'applicazione dell'art. 1956 cod. civ., in tema di liberazione del fideiussore di un'obbligazione futura, quando il debitore garantito sia una società di persone la sua trasformazione in società di capitali successiva alla prestazione di tale tipo di fideiussione non determina di per sé, in ragione degli effetti della trasformazione disciplinati dall'art. 2498 cod. civ., alcun peggioramento delle condizioni patrimoniali della società debitrice in riferimento alla responsabilità dei soci della società trasformata, in quanto: a) delle obbligazioni sociali passive anteriori alla trasformazione costoro continuano a rispondere personalmente e illimitatamente, salvo che creditori sociali non abbiano prestato il proprio consenso alla trasformazione (art. *2500-quinquies* cod. civ.); b) per le obbligazioni sociali sorte dopo la trasformazione la non sussistenza di una responsabilità solidale e illimitata dei soci della società di capitali non determina alcun mutamento della consistenza quantitativa e qualitativa dell'indebitamento della società e del suo patrimonio anteriore alla trasformazione».**
[…] La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che l'ipotesi contemplata dall'art. 1596 cod. civ. - il creditore, senza autorizzazione del fideiussore, ha "fatto credito" al

terzo pur sapendo che le condizioni patrimoniali di costui sono frattanto significativamente peggiorate - «non può essere riferita alla sola instaurazione di nuovi rapporti obbligatori tra il creditore ed il terzo, cui si estenda la garanzia per debiti futuri in precedenza prestata dal fideiussore, ma abbraccia anche il modo in cui il creditore gestisce un rapporto obbligatorio già instaurato col terzo, coperto dalla garanzia fideiussoria, quando ne derivi un ingiustificato ed imprevedibile aggravamento del rischio cui è esposto il garante di non poter più utilmente rivalersi sul debitore di quanto eventualmente abbia dovuto corrispondere al creditore» (così, in motivazione, Cass. n. 21730 del 2010).

È stato così affermato il seguente principio di diritto:

«Se, nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente, si manifesta un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto a quelle conosciute al momento dell'apertura del rapporto, tali da mettere a repentaglio la solvibilità del debitore medesimo, la banca creditrice, la quale disponga di strumenti di autotutela che le consentano di porre termine al rapporto impedendo ulteriori atti di utilizzazione del credito che aggraverebbero l'esposizione debitoria, è tenuta ad avvalersi di quegli strumenti anche a tutela dell'interesse del fideiussore inconsapevole, alla stregua del principio cui si ispira l'art. 1956 cod. civ., se non vuole perdere il beneficio della garanzia, in conformità ai doveri di correttezza e buona fede ed in attuazione del dovere di salvaguardia dell'altro contraente, a meno che il fideiussore manifesti la propria volontà di mantenere ugualmente ferma la propria obbligazione di garanzia» (così, Cass. n. 21730 del 2010, cit.).

[…] la banca creditrice, se non vuole perdere la garanzia prestata dal fideiussore, non ha sua disposizione solo l'esercizio del potere di autotutela sopra indicato *(id est,* chiusura immediata del conto corrente bancario al darsi del presupposto indicato dal citato art. 1956); ben potendo, sempre in adempimento del dovere di buona fede e di correttezza di cui è titolare nel corso dell'esecuzione del rapporto di fideiussione relativa ad apertura di credito in conto corrente, informare il fideiussore (inconsapevole) del significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore principale, onde provocare una, possibile, espressa autorizzazione dello stesso fideiussore al mantenimento della garanzia.

La censura è invece fondata nella sola parte in cui la sentenza impugnata non accerta in quale momento la banca ricorrente abbia avuto contezza che l'indebitamento del debitore M. s.r.l., garantito dalla fideiussione per debiti futuri prestata dal controricorrente, abbia raggiunto la consistenza presa in considerazione dalla citata disposizione del codice civile per effetto diretto del menzionato conferimento di azienda: in assenza di tale accertamento l'affermazione della cessazione di efficacia della fideiussione in giorno anteriore al conferimento in questione (determinante l'aumento dell'indebitamento) è affatto arbitraria.

Entro tale limite il motivo è da accogliere, con l'affermazione del seguente principio di diritto:

«in funzione dell›applicazione dell›art. 1956 cod. civ., se nell›ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente si manifesta un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto a quelle conosciute al momento dell'apertura del rapporto non conseguente all'erogazione di ulteriore credito, tali da mettere a repentaglio la solvibilità del debitore medesimo, la banca creditrice, nel momento in cui viene a conoscenza di tale significativo peggioramento determinato dall'assunzione da parte del debitore principale di debiti di pregressi debiti di terzi verso la banca medesima […] è tenuta, a tutela dell›interesse del fideiussore per obbligazioni future, inconsapevole di tale peggioramento, in conformità ai doveri di correttezza e buona fede e in attuazione del dovere di salvaguardia dell'altro contraente, a porre immediatamente

termine al rapporto bancario impedendo ulteriori atti di utilizzazione del credito che aggraverebbero l'esposizione debitoria, ovvero ad avvisare il fideiussore di tale significativo peggioramento, pena la perdita di efficacia della garanzia: tale dovere sorge solo nel momento in cui la banca abbia consapevolezza di tale significativo peggioramento».

LEASING

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza n. 5657 del 23 febbraio 2023, Relatore: M. ROSSETTI

Leasing - leasing con clausola di indicizzazione al LIBOR e al tasso di cambio - natura - strumento finanziario derivato implicito - esclusione - immeritevolezza del contratto ex art. 1322 c.c. - esclusione

[...] Con ordinanza 16.3.2022 n. 8603 la Terza Sezione civile della Cassazione ha:
a) ravvisato l'esistenza d'un contrasto nella giurisprudenza della Corte stessa, circa la validità delle clausole di indicizzazione degli interessi inserite in contratti di vario tipo (sia di leasing che di mutuo) stipulati in valuta estera e identiche a quella oggetto del presente giudizio, nonché circa la loro qualificabilità come "strumenti finanziari derivati";
b) ritenuto "non persuasiva" l'opinione, espressa da alcune decisioni di questa Corte, secondo cui le suddette clausole non costituirebbero uno strumento finanziario derivato; c) sottoposto a queste Sezioni Unite le questioni seguenti:
c') se clausole come quella oggetto del contendere siano una mera forma di indicizzazione oppure un "derivato implicito", e quindi una scommessa con fine speculativo;
c'') se la clausola oggetto del contendere possa avere per effetto di snaturare la causa del contratto di leasing, trasformandolo in un contratto di altro tipo o in un contratto a causa mista;
c''') se il relativo patto contrattuale "comporti violazione dell'obbligo di buona fede, per la mancanza di chiarezza ed informazione, conseguenti alla natura puramente speculativa della clausola".
Preliminarmente rileva il Collegio come non possa propriamente parlarsi dell'esistenza d'un contrasto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione tema della qualificazione e della validità di clausole che, come quella oggetto del presente giudizio, prevedano la variazione degli interessi dovuti dall'utilizzatore d'un bene concesso in leasing, in funzione delle oscillazioni d'un indice sia finanziario che monetario.
La validità di tali clausole, in fattispecie identica a quella oggi in esame, è già stata esaminata in diverse occasioni dalla Corte. In particolare la questione è stata esaminata da Sez. 3, Sentenza n. 4659 del 22/02/2021, la quale ha escluso che le suddette clausole possano qualificarsi come "strumenti finanziari derivati impliciti"; e poi da Sez. 3, Ordinanza n. 26538 del 30.9.2021, la quale ha ritenuto erronea l'interpretazione del contratto con cui il giudice di merito aveva ritenuto "squilibrata", in quanto favorevole ad una sola delle parti, la suddetta clausola. Gli altri due precedenti segnalati come contrastanti dall'ordinanza di rimessione (Cass. 16907/19 e Cass. 23655/21) in realtà non possono ritenersi tali. Quanto a Sez. 3, Sentenza n. 16907 del 30.6.2019, tale decisione si è limitata a dichiarare - correttamente - insindacabile in sede di legittimità il giudizio con cui il giudice di merito aveva ritenuto "indeterminabile" la misura degli interessi dovuti dall'utilizzatore in leasing al concedente. Tale decisione, dunque, non ha affrontato né la questione della natura della clausola, né quella della sua contrarietà a buona fede. Quanto, infine, a Sez. 3, Ordinanza n. 26538 del 30.9.2021, tale decisione non solo si è occupata di un problema ben diverso (se e quanto il giudice di merito, nel motivare il giudizio di indeterminatezza d'una clausola di indicizzazione, potesse discostarsi dalle valutazioni già compiute su quella clausola

dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), ma per di più: -) aveva ad oggetto un contratto di mutuo e non di leasing; -) aveva ad oggetto un contratto stipulato con un consumatore e non tra imprese commerciali, come nel caso oggi in esame; -) aveva ad oggetto un contratto nel quale la clausola di indicizzazione prevedeva la variabilità non solo degli interessi, ma anche del capitale. Non esiste, dunque, alcun sostanziale contrasto nella giurisprudenza di questa Corte. Corte di Cassazione - copia non ufficiale 19 di 32 5. Sulla distinzione tra "derivati impliciti" e clausole di indicizzazione.

Prima di stabilire se una clausola come quella oggetto del presente giudizio patto costituisca o meno uno "strumento finanziario derivato" reputa la Corte doveroso premettere di non potere seguire le nimiae subtilitates con cui parte della dottrina ha proposto infinite distinzioni e sotto distinzioni in tema di strumenti finanziari derivati. Compito del giudice di legittimità è infatti assicurare "l'esatta interpretazione della legge", e l'esatta interpretazione consiste nel sussumere le nuove fattispecie concrete, fino a quando sia possibile, in categorie giuridiche note, piuttosto che partorirne continuamente di nuove.

Una clausola inserita in un contratto di leasing, la quale faccia dipendere gli interessi dovuti dall'utilizzatore dalla variazione di un indice finanziario insieme ad un indice monetario, in un caso come quello di specie, non è uno strumento finanziario derivato, e tanto meno un "derivato implicito".

Gli "strumenti finanziari derivati" sono accordi negoziali definiti dall'art. 1 d. lgs. 58/98.

[…] La clausola di cui si discorre, innanzitutto, non è uno strumento finanziario derivato in base alla normativa vigente ratione temporis. Il contratto di cui si discorre è stato stipulato nel 2006 […]. A quella data la nozione di "strumenti finanziari derivati" era contenuta nell'art. 1, comma 3, d. lgs. 24.2.1998 n. 58 (nel testo modificato dal d. lgs. 17.1.2003 n. 6, ed anteriore alle modifiche di cui al d. lgs. 29.12.2006 n. 303). Tali erano considerati: -) i contratti "futures" su strumenti finanziari, su tassi di interesse, su valute, su merci e sui relativi indici, anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti; -) i contratti di scambio a pronti e a termine (swaps) su tassi di interesse, su valute, su merci nonché su indici azionari (equity swaps), anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti; -) i contratti a termine collegati a strumenti finanziari, a tassi d'interesse, a valute, a merci e ai relativi indici, anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti; -) i contratti di opzione per acquistare o vendere gli strumenti indicati nelle precedenti lettere e i relativi indici, nonché i contratti di opzione su valute, su tassi d'interesse, su merci e sui relativi indici, anche quando l'esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti; -) le combinazioni di contratti o di titoli indicati nelle precedenti lettere. Nessuna di queste definizioni è idonea a ricomprendere la clausola oggetto del contendere.

Secondo la Cassazione la clausola in esame non costituirebbe comunque uno strumento finanziario neanche se la si volesse esaminare - per completezza ed astraendo dal caso concreto - alla luce della legislazione vigente.

"Strumento finanziario derivato", per la legge vigente, è solo l'operazione che rientra tra quelle definite come tali dal d. lgs. 58/98, e concordate nell'ambito delle operazioni previste dal suddetto testo unico. Questi "strumenti finanziari derivati" sono: -) o quelli previsti dall'Allegato I al d. lgs. 58/98, Sezione "C", punti 4-10 [art. 1, comma 2 ter, lettera (a), d. lgs. 58/98]; -) o quelli individuati dal Ministro dell'economia con proprio decreto (art. 1, comma 2 bis, d. lgs. 58/98). Tuttavia nessuna delle previsioni contenute nelle suddette norme è tale da includere, senza residui, la clausola di "rischio cambio" concordata dalle parti del presente giudizio. È evidentemente da escludere la ricorrenza nel caso di specie d'una ipotesi di "derivati connessi a merci" (d. lgs. 58/98,

Allegato I, Sezione C. nn. 5, 6 e 7); di "derivati per il trasferimento del rischio di credito" Corte di Cassazione - copia non ufficiale 21 di 32 (Allegati I, cit., n. 8); di derivati connessi a "variabili climatiche, tariffe di trasporto, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali" (Allegato I, cit., n. 10).

Resterebbero dunque soltanto le ipotesi di cui ai nn. 4 e 9, e cioè: -) n. 4: Contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, quote di emissione o altri strumenti finanziari derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti; -) n. 9: contratti finanziari differenziali. Tuttavia la clausola di cui si discorre non è sussumibile in alcuna di queste categorie, per la semplice ragione che attraverso essa le parti non hanno scambiato nulla; né hanno inteso trarre frutto da uno scambio di valori comunque determinati. Il contratto aveva infatti ad oggetto "la locazione finanziaria dell'immobile ivi catastalmente indicato" (così il controricorso, p. 3). Per effetto di esso la società concedente ha assunto l'obbligo di acquistare l'immobile, la società utilizzatrice quello di goderne e restituire le rate. Nessun "reciproco scambio di flussi di denaro" era previsto tra le parti, né fu interesse delle parti concludere quel contratto per lucrare sulle previste fluttuazioni valutarie, e tanto meno per coprire un rischio di credito. Infine, la clausola di "rischio cambio" inserita nel contratto di leasing oggetto del presente giudizio non può qualificarsi "strumento finanziario derivato" nemmeno facendo ricorso all'analogia, per due ragioni: sia perché la sua causa - per quanto dedotto dalle parti - nulla ha in comune con quella degli "strumenti finanziari derivati" elencati dalla legge; sia perché è privo di alcuni elementi essenziali che accomunano la maggior parte degli strumenti finanziari derivati tipici.

Quanto al primo aspetto, s'è visto che l'art. 1 d. lgs. 58/98 accomuna nella definizione di "strumenti finanziari derivati" ipotesi molto diverse tra loro, raggruppabili però in quattro fenotipi principali: la compravendita (ad es., l'acquisto di futures); la copertura di rischi (ad es., i credit default swap); la concessione dietro corrispettivo di un diritto di opzione; lo scambio di pagamenti il cui importo è determinato rinviando a variabili differenti. La clausola che àncora il saggio degli interessi dovuti dal debitore di un contratto di leasing ad un indice monetario non rientra in alcuna di queste categorie. La clausola suddetta, infatti, non costituiva una compravendita né un'opzione, e tanto meno aveva lo scopo di coprire un certo rischio o "scommettere" sull'andamento dei cambi. La clausola si limitava ad agganciare il debito dell'utilizzatore ad un valore monetario, e la Corte ha già stabilito che rientrano nella categoria degli "strumenti finanziari collegati alla valuta" soltanto quelli per mezzo dei quali le parti intendono speculare sull'andamento del mercato delle valute, e non quelli che si limitano a determinare il valore d'una prestazione rinviando ad un indice monetario, comunque determinato (Sez. 1, Sentenza n. 19226 del 04/09/2009, in motivazione). 5.5.2. Quanto al secondo aspetto, gli elementi unificanti di quella indistinta nebulosa che va sotto il nome di "strumenti finanziari derivati" sono, per quanto in questa sede rileva, almeno tre, già individuati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 8770 del 12/05/2020, a p. 11, § 4.5 dei "Motivi della decisione", ed in particolare: 1) oggetto del negozio deve essere la c.d. "differenzialità", e cioè l'intento di trarre vantaggio dalla differenza di due valori variabili: ad essa le parti mirano; su essa fanno leva per il perseguimento dei rispettivi interessi; è essa che costituisce il cuore dell'operazione economica.

Nel presente caso, invece, oggetto del negozio era indubitabilmente l'acquisto di un immobile, non la speculazione su un titolo; 2) uno strumento finanziario derivato presuppone l'esistenza di un "capitale nozionale", cioè la somma di denaro astrattamente assunta quale base di calcolo

dei reciproci flussi finanziari tra le parti: nel presente caso invece il capitale produttivo dei flussi finanziari era reale e realmente dovuto, e non già nozionale; 3) non era prevista nel contratto di leasing oggetto del contendere la possibilità - tipica dei derivati - di sciogliersi da esso avvalendosi dell'opzione "mark to market" (Cass. 8770/20, cit., § 4.7). 5.6. Non sono per contro condivisibili gli argomenti maggiormente enfatizzati da parte della dottrina per sostenere la tesi secondo cui clausole come quella qui in esame costituirebbero "strumenti finanziari derivati impliciti".

In primo luogo, la nozione stessa di "derivato implicito" è concettualmente inservibile per quanti ritengono che frustra fit per plura, quod potest fieri per pauciora. Se per "derivato implicito" si intendesse un patto dotato di una sua autonomia causale, ma aggiunto od accessorio ad altro negozio, la categoria non merita dignità concettuale: ci troveremmo infatti di fronte ad un normale negozio con una sua causa ed un suo oggetto, che se pur collegato ad altro negozio resta sottoposto alla disciplina per esso prevista dalla legge. Lo spedizioniere-vettore, ad es., assume le obbligazioni scaturenti dal contratto di spedizione e da quello di trasporto, ed a nessuno verrebbe in mente di sostenere che ha stipulato un "trasporto implicito". Se invece per "derivato implicito" si intendesse qualunque clausola contrattuale la quale abbia per effetto di subordinare le tipiche prestazioni dovute da una delle parti ad eventi futuri ed incerti, ovvero preveda che le contrapposte prestazioni di dare gravanti su ciascuna parte siano conguagliate per produrre un valore "differenziale", tale nozione sarebbe giuridicamente inutile. Infatti una pattuizione parte di un più ampio contratto, e priva di autonomia causale rispetto al negozio cui accede, non è pensabile come negozio autonomo, né esplicito, né implicito.

[…] In secondo luogo la tesi - formulata in dottrina - secondo cui qualsiasi clausola che faccia dipendere l'an e il quantum di una prestazione pecuniaria da un parametro esterno variabile sarebbe una scommessa finanziaria è insostenibile: essa infatti adotta una nozione di così sconfinata latitudine, che vi rientrerebbero - ad esempio - la vendita del raccolto futuro (emptio spei); l'assicurazione con clausola di regolazione del premio; l'indicizzazione del corrispettivo negli appalti a misura; e sinanche la tariffa di somministrazione di acqua da parte del gestore del servizio idrico. Anche questi princìpi sono stati già affermati da questa Corte, allorché ha stabilito che l'art. 1933, primo comma, c.c. non s'applica a quei contratti i quali, pur caratterizzati dall'alea, non sono riconducibili alla nozione di giuoco e di scommessa: e tra questi contratti rientrano quelli - proprio come nel caso di specie - in cui sia apposta una clausola di "rischio cambio", per l'eventualità che il corso di conversione della valuta in cui è espresso il credito venga a mutare nella vigenza del contratto (Sez. 3, Sentenza n. 2288 del 06/02/2004, Rv. 569925 - 01).

Allo stesso modo, costituisce un puro artificio la tesi (anch'essa sostenuta in dottrina) secondo cui la previsione di un tasso minimo dovuto dal cliente, inserita in un contratto di finanziamento a tasso indicizzato, costituirebbe una "inconsapevole vendita da parte del cliente al finanziatore" di una option floor, e dunque un contratto derivato. Infatti la previsione per cui, anche nel caso di fluttuazione dell'indice di riferimento per la determinazione degli interessi, il debitore sia comunque tenuto al pagamento di un saggio di interessi minimo, non è che una clausola condizionale, in cui l'evento condizionante è la fluttuazione dell'indice di riferimento al di sotto di una certa soglia, e l'evento condizionato la misura del saggio: dunque un patto lecito e consentito dall'art. 1353 c.c.. 5.6.4. Infine, la circostanza che le parti di un contratto decidano di regolare periodicamente i reciproci rapporti di dare ed avere mediante conguagli in denaro è una mera modalità di adempimento dell'obbligazione, ovviamente lecito (Sez. 3 - , Sentenza n. 921 del 17/01/2017), e di per sé inidonea a predicare l'esistenza d'uno strumento finanziario derivato. È da escludere, in particolare, che la sola pattuizione di regolazione

periodica delle reciproche obbligazioni variabili di dare ed avere, possa bastare per sussumere il contratto nella nozione di "contratti finanziari differenziali" di cui alla Sezione "C", n. (9), dell'Allegati I al d. lgs. 58/98. Accezioni così late della "differenzialità" finirebbero per assegnare a quest'ultima espressione un significato talmente ampio, da trasformarla in un concetto bon à tout faire, comprensivo - ad esempio - dei contratti di conto corrente bancario o delle assicurazioni con clausola di regolazione del premio.

La corretta qualificazione giuridica di clausole come quella oggetto del presente giudizio deve muovere del rilievo che il contratto oggetto del contendere aveva ad oggetto una operazione reale (leasing); prevedeva che il valore del debito complessivo dell'utilizzatore fosse determinato in franchi svizzeri, e accordava all'utilizzatore la facoltà di pagare in euro. Il contratto di leasing ha ovviamente sempre una funzione (anche) di finanziamento, ed un finanziamento può legittimamente essere concesso in valuta nazionale od in valuta estera. Un finanziamento in valuta estera ha lo scopo di evitare i rischi connessi alla svalutazione della moneta nazionale (e cioè il rischio della svalutazione per il creditore, e il rischio della rivalutazione per il debitore). Un finanziamento in moneta estera può avvenire con due modalità: a) la prima modalità è prevedere che l'indebitamento venga direttamente denominato ed erogato nella valuta estera (ad es., il concedente acquista l'immobile in franchi, e lo dà in locazione finanziaria all'utilizzatore, che avrà facoltà di pagare in franchi o in euro, secondo la previsione dell'art. 1278 c.c.); b) la seconda modalità è esprimere sia la provvista erogata dal concedente, sia le rate dovute dall'utilizzatore in valuta domestica, ma agganciarne il valore al rapporto di cambio con una valuta estera. In questo modo si realizza indirettamente lo stesso risultato della pattuizione sub (a).

In conclusione, un finanziamento (non importa se in forma di mutuo o di leasing) il cui importo è parametrato ad un rapporto di cambio è un debito di valore e non di valuta. La clausola di cui si discorre dunque non è che una normale clausola valore, attraverso la quale le parti individuano il criterio al quale commisurare la prestazione del debitore.

Pertanto: -) l'aleatorietà del contratto, lungi dal costituire un indice della presenza d'un "derivato implicito", non è che un effetto naturale d'una altrettanto normale clausola-valore; -) la previsione che eventuali conguagli a favore dell'una o dell'altra parte fossero regolati a parte, e non incidessero sul valore della rata (che restava costante) non è che una modalità esecutiva delle reciproche obbligazioni, insuscettibile di riverberare effetti di sorta sulla qualificazione del contratto. Il titolo dell'obbligazione infatti non muta sol perché cambi il termine di adempimento. Del resto, il creditore ha facoltà di accettare un adempimento parziale (art. 1181 c.c.) o di rinunciare al termine stabilito a suo favore (art. 1185 c.c.), e ciò dimostra che la possibilità di regolare a parte alcune delle obbligazioni e non altre, oppure una aliquota dell'unica obbligazione, è un effetto normale dello statuto delle obbligazioni civili.

Resta solo da aggiungere che le considerazioni sin qui svolte non mutano per il fatto che il contratto oggetto del presente giudizio prevedeva una doppia indicizzazione, agganciando le variazioni del canone sia alle variazioni del tasso LIBOR, sia alle variazioni del rapporto di cambio franco/euro. Ed infatti: a) l'indicizzazione del canone al tasso LIBOR costituisce una normale clausola onnipresente nei finanziamenti a tasso variabile; essa è pacificamente lecita e non costituisce un derivato; b) l'indicizzazione del canone alle fluttuazioni del rapporto di cambio costituisce una clausola-valore, secondo quanto appena esposto; così inquadrata, anch'essa è pacificamente lecita e non costituisce un derivato.

Non è dunque sostenibile che dalla combinazione di due clausole, tutte e due lecite e non costituenti uno strumento finanziario derivato, possa sorgere un contratto illecito e che costituisca uno strumento finanziario derivato.

Se la clausola di rischio cambio snaturi la causa del contratto di leasing. È ben vero che l'inserimento di elementi spurii in un contratto legalmente o socialmente tipico può determinarne la trasformazione in altro tipo. Per stabilire se un contratto, a causa di pattuizioni eterogenee rispetto allo schema tipico, abbia mutato causa e natura, questa Corte ha da tempo dettato tre criteri. Il primo criterio è che la qualificazione del contratto come "atipico" deve dipendere dai suoi effetti giuridici, non da quelli economici: anche la fideiussio indemnitatis può produrre gli effetti dell'accollo, ma non è un accollo. Il giudice pertanto per qualificare un contratto deve avere riguardo all'intento negoziale delle parti, non al risultato economico di esso, e tanto meno alla sua convenienza per una delle parti (ex multis, Sez. 3, Sentenza n. 10004 del 24/06/2003).

Il secondo criterio è che un contratto non muta natura e causa, sol perché uno dei suoi elementi presenti un'occasionale difformità rispetto allo schema legale tipico. Un contratto può dirsi atipico solo quando il rapporto per come disciplinato dalle parti diventi "del tutto estraneo al tipo normativo, perché trae le proprie ragioni di essere dall'adeguamento degli strumenti giuridici alle mutevoli esigenze della vita sociale e dei rapporti economici" (così già Sez. 3, Sentenza n. 3645 del 07/11/1969; ma sostanzialmente nello stesso senso, ex multis, Sez. 3, Sentenza n. 116 del 14/01/1974; Sez. 3, Sentenza n. 982 del 28/01/2002; Sez. 1, Sentenza n. 11096 del 11/06/2004). Il terzo criterio, infine, è che le prestazioni atipiche poste a carico di una delle parti non mutano la causa tipica del contratto, se in questo permane la prevalenza degli elementi propri dello schema tipico (principio, anche questo, pacifico e risalente, a partire da Sez. 3, Sentenza n. 116 del 14/01/1974, Rv. 367676 - 01).

Se così è, ne segue che la previsione di maggiori o minori obblighi a carico di una delle parti, rispetto a quelli scaturenti dallo schema contrattuale tipico, non è di per sé sufficiente a concludere che quel contratto, mercé la pattuizione di quegli obblighi aggiuntivi, abbia mutato causa e natura.

Questo è il principio che emerge, inequivoco, dall'analisi della giurisprudenza della Corte […] secondo cui non basta rilevare la presenza di obblighi aggiuntivi rispetto allo schema contrattuale tipico, per concludere che il relativo contratto abbia mutato causa e sia divenuto atipico.

L'applicazione di questi princìpi alle clausole di "rischio cambio" come quelle oggetto del presente giudizio impone di concludere che esse non mutano né punto, né poco, la causa del contratto di leasing. La presenza della suddetta clausola infatti non consente di affermare che, mercé essa, scopo dell'utilizzatore non fu acquisire un immobile, ma fu investire del denaro per realizzare un lucro finanziario invece che commerciale. Allo stesso modo, la presenza della suddetta clausola non basta per sostenere che fosse volontà del concedente concludere il contratto al solo fine di speculare sul tasso di cambio. Del resto, una banale conferma della impensabilità che un leasing immobiliare indicizzato sia assimilabile ad un contratto di investimento finanziario la si ricava, sul piano della logica, da un'ovvia reductio ad absurdum: se un risparmiatore, volendo investire il proprio denaro, si vedesse consigliare dall'intermediario finanziario la stipula d'un contratto di leasing immobiliare indicizzato ad una valuta estera, difficilmente quell'intermediario eviterebbe un giudizio di responsabilità per violazione della regola di adeguatezza, o suitability rule che dir si voglia.

[…] L'ordinanza di rimessione sollecita infine le Sezioni Unite, a stabilire se la pattuizione della clausola di rischio cambio, più volte descritta. costituisca una violazione dei doveri di correttezza e buona fede da parte della società concedente, "per la mancanza di chiarezza e di informazione, conseguenti alla natura puramente speculativa della clausola".

[…] osservano le Sezioni Unite che meritevolezza del contratto e rispetto dei doveri di buona fede sono questioni distinte e separate. Un contratto invalido può essere eseguito in buona fede, così

come uno valido può essere eseguito in mala fede. Il giudizio di meritevolezza serve a stabilire se il contratto possa produrre effetti; il giudizio sul rispetto della buona fede serve a stabilire molte cose: prima della stipula può servire a stabilire se il consenso di una delle parti sia stato carpito con dolo o dato per errore; dopo la stipula, può servire a stabilire come debba interpretarsi il contratto (art. 1366 c.c.); dopo l'adempimento, può servire a stabilire se questo sia stato inesatto (art. 1375 c.c.). Infine, il contratto immeritevole è improduttivo di effetti, il contratto eseguito senza buona fede fa sorgere il diritto alla risoluzione o al risarcimento del danno. Alla luce di questi noti princìpi è agevole concludere che la sola pattuizione di una clausola di rischio cambio come quella oggetto del presente giudizio non può costituire, da sola, violazione dei doveri di correttezza e buona fede da parte di un intermediario creditizio o finanziario. In ogni caso anche l'eventuale violazione dei suddetti doveri di correttezza nella fase delle trattative, e di buona fede nell'esecuzione del contratto, non potrebbe condurre ad una dichiarazione di "immeritevolezza" del contratto. Quelle violazioni potrebbero condurre teoricamente solo all'annullamento del contratto per vizio del consenso (errore o dolo), oppure all'affermazione di una responsabilità precontrattuale, od ancora al risarcimento del danno. Tali princìpi, proprio con riferimento ad una clausola-valore inserita in un contratto di mutuo, sono stati condivisi anche da CGUE 20.9.2017, in causa C-186/16, Andriciuc vs. Banca Românească, secondo cui se il finanziatore, pur essendo a conoscenza o potendo conoscere eventuali future fluttuazioni del cambio a sfavore del mutuatario, non lo avverte di tale circostanza in sede precontrattuale, viola il dovere di buona fede e, se il contratto è stipulato con un consumatore, pattuisce una clausola che Corte di Cassazione - copia non ufficiale 31 di 32 produce un significativo squilibrio tra le parti (è conforme CGUE 20.9.2018, in causa C-51/17, OTP Bank vs. Ilyés and Kiss).

La sentenza impugnata va dunque cassata con rinvio alla Corte d'appello di Trieste, in differente composizione, la quale tornerà ad esaminare l'appello proposto dalla RPS applicando il seguente principio di diritto: **"il giudizio di "immeritevolezza" di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c. va compiuto avendo riguardo allo scopo perseguito dalle parti, e non alla sua convenienza, né alla sua chiarezza, né alla sua aleatorietà". 9. Va, infine, formulato nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c. il seguente principio di diritto: "La clausola inserita in un contratto di leasing, la quale preveda che: a) la misura del canone varii in funzione sia delle variazioni di un indice finanziario, sia delle fluttuazioni del tasso di cambio tra la valuta domestica ed una valuta straniera; b) l'importo mensile del canone resti nominalmente invariato, e i rapporti di dare/avere tra le parti dipendenti dalle suddette fluttuazioni siano regolati a parte; non è un patto immeritevole ex art. 1322 c.c., né costituisce uno "strumento finanziario derivato" implicito, e la relativa pattuizione non è soggetta alle previsioni del d. lgs. 58/98**".

MUTUI E FINANZIAMENTI

Cass. Civ., Sez. III, ordinanza n. 3796 dell'8.2.2023 – relatore G. Fanticini

Mutuo fondiario – invalidità mutuo – superamento limite finanziabilità - irrilevanza

[…] col primo motivo di ricorso il ricorrente deduce (ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3), cod. proc. civ.) la violazione degli artt. 28 e 41 D.Lgs. n. 385 del 1993 (T.U.B.), 479 e 480 cod. proc. civ., perché il giudice di merito aveva statuito l'invalidità del mutuo fondiario azionato per violazione del limite di finanziabilità e, poi, ritenuto che lo stesso potesse essere convertito in limite ordinario, rispetto al quale non era tuttavia applicabile l'esenzione dall'obbligo di

notifica del titolo esecutivo prevista dal T.U.B.; invoca a sostegno delle proprie argomentazioni Cass., Sez. 3, Sentenza n. 17439 del 28/06/2019, Rv. 654435-01;
[…] Secondo la Cassazione la censura è infondata:
– *in primis*, contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, il giudice di merito non ha affatto riconosciuto l'invalidità del mutuo fondiario: difatti, la sentenza impugnata contiene plurime argomentazioni a sostegno dell'opposta soluzione, recentemente recepita da Cass., Sez. U, Sentenza n. 33719 del 16/11/2022, la quale esclude che il mutuo fondiario per un importo eccedente il limite di finanziabilità sia nullo e ciò preclude la sua conversione/riqualificazione in mutuo ordinario;
– alla luce di quest'ultima pronuncia va letta, dunque, la decisione del Tribunale di Lanciano, il cui riferimento alla possibilità di convertire/riqualificare il mutuo fondiario in mutuo ordinario (soluzione non praticabile) costituisce una mera facoltà prospettata nel caso in cui il negozio stipulato dalle parti possa reputarsi nullo, circostanza che il giudice, tuttavia, tende ad escludere per plurime ragioni (illustrate nella decisione);
– ciò posto, è indiscusso che il contratto azionato come titolo esecutivo sia un mutuo fondiario, come tale univocamente identificato; poiché è irrilevante, ai fini della sua validità e della sua conformità al tipo contrattuale, l'eventuale superamento della soglia di finanziabilità, è consequenziale l'applicabilità dell'art. 41, comma 1, T.U.B., che esenta il creditore dall'obbligo di previa notifica del titolo esecutivo.

Cass. Civ., Sez. III, ordinanza n. 4232 del 10 febbraio 2023 - Relatore P. A. CONDELLO

Mutuo fondiario – pagamento rate mutuo – obbligazione unica – termine da cui decorre prescrizione – ultima rata - unicità dell'obbligazione di restituzione -

[…] Con il primo motivo di ricorso il Comune ricorrente deduce che la Corte territoriale, accogliendo la domanda riconvenzionale proposta dall'Ente mutuante, ha violato l'art. 2935 cod. civ., che fa decorrere il termine prescrizionale «dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere», e sostiene che, nel caso di specie, il diritto al rimborso dei ratei del mutuo, scaduti negli anni 1981, 1982 e 1983, ben avrebbe potuto essere fatto valere sin dalla data della relativa scadenza, senza dover attendere la scadenza dell'ultima rata del mutuo.
[…] Con il secondo motivo, censurando la decisione impugnata per violazione ed errata applicazione dell'art. 2948, n. 4, cod. proc. civ., il Comune ricorrente lamenta che i giudici d'appello hanno ritenuto applicabile il termine decennale di prescrizione, non soltanto al debito derivante dal rimborso delle rate del mutuo, ma anche a quello relativo al pagamento degli interessi (compensativi e moratori) previsti nello stesso contratto.
[…] Il primo ed il secondo motivo, strettamente connessi, possono essere congiuntamente scrutinati e non meritano accoglimento secondo la Corte.
Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale della cassazione, nel contratto di mutuo il pagamento delle rate configura un'obbligazione unica ed il relativo debito non può considerarsi scaduto prima della scadenza dell'ultima rata. Pertanto, il momento da cui decorre la prescrizione deve essere individuato con riferimento alla scadenza dell'ultima rata del mutuo (Cass., sez. 3, 06/02/2004, n. 2301; Cass., sez. 3, 10/09/2010, n. 19291; Cass., sez. 3, 30/08/2011, n. 17798).
Si è, in particolare, spiegato: «la restituzione del capitale mutuato e l'inerente dovere costituiscono l'effetto del contratto e, al contempo, causa di estinzione; ma il dovere di restituzione è differito nel tempo, sicché il mutuo acquista il carattere di contratto di durata e le diverse rate in cui quel dovere è ripartito non costituiscono autonome e distinte obbligazioni, bensì l'adempimento frazionato di un'unica obbligazione. D'altronde, un mutuo

in cui l'obbligazione di restituzione non fosse differita nel tempo e fosse soggetta all'arbitrio del mutuante sarebbe economicamente inconcepibile, perché inutile per il mutuatario, il quale, essendo autorizzato a consumare la cosa mutuata (art. 1817 c.c.), non sempre (o quasi mai) sarebbe in grado di procurarsi immediatamente l'equivalente da restituire. Ed è proprio in ragione dell'unicità dell'obbligazione di restituzione che l'art. 1819 c.c. prevede, per il caso in cui sia stata convenuta la restituzione rateale ed il mutuatario non adempia l'obbligo del pagamento anche di una sola rata, che il mutuante possa chiedere l'immediata restituzione dell'intero» (Cass., n. 2301/04, cit.).
L'obbligazione di restituzione del tantundem eiusdem generis, gravante in capo al mutuatario, può avvenire in una unica soluzione oppure ratealmente; in tale secondo caso, dal pagamento rateale, che deve essere oggetto di apposita convenzione tra le parti, come si ricava dall'art. 1819 cod. civ., non può desumersi la presenza di prestazioni periodiche, dovute per un'unica causa continuativa, per cui le singole scadenze segnano il termine di adempimento delle singole obbligazioni autonome ed indipendenti le une dalle altre - come avviene nel caso della retribuzione e di altri emolumenti derivanti dall'unica causa solutoria costituita dal rapporto di lavoro (Cass., sez. L, 01/02/1988, n. 862; Cass., sez. L, 11/01/1988, n. 108) - bensì dell'unico debito derivante dal mutuo, in cui la rateizzazione in più versamenti periodici di un determinato importo non può che far considerare, indipendentemente dalla durata del rapporto, queste prestazioni come l'adempimento parziale di un'unica obbligazione restitutoria. Il frazionamento del debito non muta, dunque, la natura unitaria del contratto di mutuo, cosicché non sono individuabili tante prescrizioni per quante sono le rate del mutuo, ma un unico termine di prescrizione decennale, che non decorre dalla scadenza delle singole rate, ma piuttosto dalla scadenza dell'ultima rata. Inoltre, l'unicità del debito contratto non determina il frazionamento di esso neanche con riferimento agli interessi previsti nel piano di ammortamento che del finanziamento costituiscono il corrispettivo, o agli interessi moratori, fondati sul presupposto dell'inadempimento, cosicché non opera la prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, cod. civ. (Cass., sez. 3, 14/07/1994, n. 1110; Cass., sez. 2, 30/08/2002, n. 12707; Cass., sez. 3, 08/08/2013, n. 18915).
Infatti, il criterio informatore di tale ultima disposizione normativa è quello di liberare il debitore dalle prestazioni scadute, quando esse siano periodiche, ossia debbano essere soddisfatte periodicamente ad anno, od in termini più brevi, e, pertanto, dalla previsione di tale norma esula l'ipotesi di debito unico, rateizzato in più versamenti periodici. Di conseguenza, quando nei versamenti rateizzati sono inclusi gli interessi sulla somma dovuta, anche il debito di interessi si sottrae all'applicazione della prescrizione quinquennale, giacché identica è la causa debendi sia della prestazione principale che di quella degli interessi (Cass., sez. 1, 15/07/1965, n. 1546).
Non discostandosi da siffatti principi la sentenza impugnata ha ritenuto applicabile al contratto di mutuo di cui si discute il termine prescrizionale decennale, «con decorrenza dalla scadenza dell'ultima rata prevista dal piano di ammortamento, cioè dal 31.12.1999» e non operante, con riguardo agli interessi, la prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, cod. proc. civ., il che impone di escludere i vizi di violazione di legge denunciati.

Corte di cassazione, Sez. I, ordinanza n. 4597 del 14 febbraio 2023, relatore A. Fidanzia

Mutuo fondiario – computo del Taeg – commissione estinzione anticipata – esclusione – pagamento di tutti i ratei mutuo – inadempimento - tasso di mora pattuito e tasso effettivamente applicato - inadempimento presupposto per l'applicazione degli interessi moratori - indicatore

di costo ISC pubblicizzato e quello effettivamente applicato dalla Banca - l'ISC non costituisce un tasso di interesse, un prezzo o una condizione economica direttamente applicabile al contratto - sanzione della nullità per la mancata o non corretta indicazione dell'ISC/TAEG è prevista esclusivamente per il caso del credito al consumo - erronea indicazione dell'ISC non incide sulla validità del contratto - clausola di salvaguardia, che ha finalità di assicurare che gli interessi non oltrepassino la soglia dell'usura c.d. "oggettiva"

[…] Con il primo motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 644 comma 1° cod. pen., 1421 cod. civ., L. 108/1996b e 121 TUB.
Lamenta la ricorrente che ai fini del computo del TAEG occorre tenere conto di ogni onere, spesa, commissione, interesse collegato alla erogazione del credito, a qualsiasi titolo convenuto. Ne consegue che tra i costi da considerare ai fini della verifica della usurarietà del finanziamento rientra anche la penale pattuita in ipotesi di estinzione del mutuo.
[…] Secondo la cassazione il motivo è infondato poiché la stessa (vedi Cass. n. 7352/2022; conf. 23866/2022) ha recentemente enunciato il principio di diritto […] secondo cui, in tema di usura bancaria, ai fini del superamento del "tasso soglia" previsto dalla disciplina antiusura, non deve essere considerata come voce di costo la commissione di estinzione anticipata del finanziamento, non costituendo quest'ultima una remunerazione, a favore della banca, dipendente dalla durata dell'effettiva utilizzazione del denaro da parte del cliente, bensì un corrispettivo previsto per lo scioglimento anticipato degli impegni a quella connessi.
Con il secondo motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 1 L 108/96, nonché la violazione dell'art. 360, comma 1 n. 5 cod. proc. civ. per manifesta ed irriducibile contraddittorietà.
[…] La Corte (vedi Cass. n. 1818/2021) ha recentemente enunciato il principio di diritto secondo cui "In tema di mutuo, la parte mutuataria non ha interesse ad agire per la declaratoria di usurarietà degli interessi moratori, allorché manchino i presupposti della mora per avere l'obbligato adempiuto al pagamento di tutti i ratei, di modo che possa escludersi che possano trovare applicazione detti interessi". La predetta sentenza non ha fatto altro che esplicitare un principio già evincibile dalla recentissima sentenza delle Sezioni Unite n. 19597/2020 (vedi punto VI, pag. 29 e 30).
In particolare, se è pur vero che le Sezioni Unite hanno ritenuto che, ove il mutuatario domandi la nullità della clausola sugli interessi moratori "in corso di svolgimento del rapporto", lo stesso ha un interesse ad agire (rispondendo tale interesse ad un'esigenza di certezza del diritto in ordine alla validità ed efficacia di una clausola che gli potrebbe essere applicata), tuttavia, è stato anche precisato che, in tale ipotesi, se il finanziato ottenga sentenza di nullità della clausola, ciò non vuol dire che, da quel momento, egli potrà non adempiere e pretendere che nessun interesse gli sia applicato e comunque, ove sia realizzato l'inadempimento "rileva unicamente il tasso che di fatto sia stato richiesto ed applicato al debitore inadempiente; cade l'interesse ad agire per l'accertamento della eventuale illegittimità del tasso astratto non applicato….".
Il ragionamento con cui le Sezioni Unite hanno ritenuto che, nel contratto di mutuo ancora in corso di svolgimento, ciò che rileva in concreto, in caso di inadempimento, non è il tasso di mora pattuito (e non applicato), ma quello effettivamente applicato, deve, a maggior ragione, trovare applicazione nell'ipotesi, quale quella di specie, in cui il rapporto si sia ormai estinto e non si sia verificato l'inadempimento: costituendo l'inadempimento il presupposto per l'applicazione degli interessi moratori, ove vi sia certezza che l'inadempimento non si verificherà mai per essere sempre state onorate tempestivamente le rate di mutuo fino all'estinzione del rapporto (avvenuta nel caso di specie nel lontano 2011), il mutuatario non avrà

nessun interesse a far accertare l'usurarietà di un tasso che gli non potrà mai essere applicato.
[...]Con il terzo motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 117 TUB e della delibera CICR 4.3.03.
Il ricorrente lamenta che il giudice di primo grado, nonostante la discrasia tra l'indicatore di costo ISC pubblicizzato, pari al 3,731 %, e quello effettivamente applicato dalla Banca, pari al 3,978 %, non ha ritenuto di sanzionare la condotta dello stesso istituto di errata indicazione di tale voce con la comminatoria di nullità ai sensi dell'art. 117 comma 6 TUB.
[...] Va preliminarmente osservato che l'indicatore sintetico di costo (ISC) è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla deliberazione del CICR del 4.3.2003, che ha demandato alla Banca d'Italia il compito di individuare "le operazioni e i servizi per i quali ... gli intermediari sono obbligati a rendere noto un "Indicatore Sintetico di Costo" (ISC) comprensivo degli interessi e degli oneri che concorrono a determinare il costo effettivo dell'operazione per il cliente, secondo la formula stabilita dalla Banca d'Italia".
Tale indice rappresenta un valore medio espresso in termini percentuali che svolge una funzione informativa, finalizzata a mettere il cliente nella posizione di conoscere il costo totale effettivo del finanziamento prima di accedervi, di rendere il cliente edotto dell'effettiva onerosità dell'operazione.
Proprio perché svolge una mera funzione di pubblicità e trasparenza, l'ISC non costituisce un tasso di interesse, un prezzo o una condizione economica direttamente applicabile al contratto; non rientra nelle nozioni di "tassi, prezzi e condizioni" cui esclusivamente fa riferimento l'art. 117 comma 6 TUB".
D'altra parte, la sanzione della nullità per la mancata o non corretta indicazione dell'ISC/TAEG è prevista esclusivamente per il caso del credito al consumo, nell'ambito della cui disciplina l'art. 125 bis comma 6 TUB (peraltro entrato in vigore effettivamente solo nel 2010 e quindi successivamente alla stipula del contratto di mutuo di cui è causa) prevede che "Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'articolo 124. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto".
Ne consegue che, come correttamente affermato dal giudice di primo grado, l'unico rimedio di cui può avvalersi il mutuatario, al quale siano state applicate condizioni più sfavorevoli di quelle pubblicizzate dalla banca, è di natura risarcitoria (sempre che il mutuatario sia in condizione di provare di aver subito un pregiudizio nonché il nesso di causalità tra condotta scorretta della banca e danno).
Ciò in quanto l'erronea indicazione dell'ISC, integrando la violazione di una regola di condotta della banca (dovere di informazione trasparente delle condizioni del contratto di mutuo applicate alla clientela), non incide sulla validità del contratto (vedi S.U. n. 26724/2007) e può quindi dar luogo soltanto a responsabilità precontrattuale o contrattuale.
Con il quarto motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 1344 cod. civ., per avere ritenuto valida la c.d. clausola di salvaguardia prevista dal contratto di mutuo all'art. 8 delle "norme generali".
[...] Va osservato che la Corte (vedi Cass. n. 26286/2019; Conf. 41284/2021) ha già più volte enunciato il principio di diritto secondo cui la clausola di salvaguardia, che ha la finalità di assicurare che gli interessi non oltrepassino mai la soglia dell'usura c.d. "oggettiva", "non presenta profili di contrarietà a norme imperative, essendo, al contrario, volta ad assicurare l'effettiva applicazione del precetto d'ordine pubblico che fa divieto di pattuire interessi usurari, né ha carattere elusivo, poiché il principio d'ordine pubblico che governa la materia è costituito dal divieto di praticare interessi usurari, non dalla sanzione che consegue alla violazione di tale divieto".

Tribunale di Termini Imerese, Sezione Civile, sentenza n. 215 del 22 febbraio 202323, Estensore C. Musola

Mutuo fondiario – tasso corrispettivo effettivo globale – formula ricavata dai provvedimenti della Banca d'Italia – formula contratto mutuo - nullità parziale del mutuo per indeterminatezza - illegittimità dei tassi di mora e corrispettivi - domanda di rimodulazione del piano di ammortamento – ammortamento alla francese – validità - specifica indicazione delle condizioni economiche – non sussistenza violazione dell'art. 1283 c.c.

[…] Gli attori instauravano il presente procedimento al fine di ottenere una pronunzia volta a:
- dichiarare la nullità di tutti i contratti di finanziamento stipulate dagli attori per mancanza di sottoscrizione da parte dell'istituto di credito convenuto;
- accertare e dichiarare la nullità parziale del contratto di mutuo ipotecario a tasso variabile per indeterminatezza del suo oggetto relativamente alla clausola che determina gli interessi in quanto contraria agli artt. 821, 1346 e 1284 c.c. e all'art. 117 TUB, IV e VI comma;
[…] - condannare il convenuto alla restituzione di tutti gli interessi indebitamente corrisposti dagli attori e alla rimodulazione del piano di ammortamento residuo con l'eliminazione di tutti gli interessi ovvero con l'applicazione del tasso sostitutivo ex art. 117, comma 7 del TUB;
[…] Il Tribunale afferma che relativamente al contratto di mutuo […] per determinare il tasso corrispettivo effettivo globale pattuito, il Ctu ha applicato la formula che si evince dalle istruzioni e dai provvedimenti della Banca d'Italia vigenti al tempo del finanziamento: n V S = (vk + sk) * (1 + i)-tk k=1 (dove V = valore attuale del prestito; S = spese iniziali; n = numero delle rate previsto dal piano d'ammortamento; vk = importo delle rate periodiche; sk = spese periodiche; tk = intervallo di tempo, espresso in anni o frazioni di anno, tra la prima rata e ciascuna rata successiva; k = numero d'ordine di ciascuna rata; i = tasso che rende uguale, su base annua, la somma del valore attuale di tutti gli importi che compongono il prestito erogato alla somma del valore attuale di tutte le rate del piano d'ammortamento).
La questione maggiormente dibattuta ha riguardato la verifica del rispetto della normativa in tema di usura e della determinatezza del TAEG in riferimento al contratto di mutuo ipotecario.
[…] il Consulente ha dimostrato che, confrontando la formula utilizzata in perizia (n V S = (vk+ sk) * (1 + i)-tk k=1) con la formula suggerita dalla Ctp […] la sommatoria del valore attuale dei singoli prestiti erogati equivale all'importo indicato con la lettera V (Valore attuale del prestito). Infatti, il prestito, nel caso di cui si tratta, è stato erogato in unica soluzione.
Il CTP, quindi, ha evidenziato che il diverso valore del tasso effettivo globale non dipende, come sostiene il CTP, dalla formula (algoritmo) utilizzata ma dalle spese ed oneri considerati per determinarlo.
[…] La documentazione presa in esame dal Consulente soddisfa il requisito della forma scritta previsto dall'art. 117 TUB, finalizzato alla tutela della trasparenza dell'operazione bancaria nei confronti del contraente debole, in ossequio al principio introdotto dalle SSUU con la sentenza n. 898/2018 che, seppur affermato in materia di intermediazione mobiliare, è indubbiamente valevole anche per i contratti bancari, per i quali è previsto il medesimo requisito di forma.
Per quanto concerne la declaratoria di nullità parziale del mutuo per indeterminatezza ed illegittimità dei tassi di mora e corrispettivi, con conseguente domanda di rimodulazione del piano di ammortamento, tale doglianza risulta smentita dalle emergenze processuali.
Il contratto di mutuo oggetto di causa, redatto per iscritto, contiene specifica indicazione delle condizioni economiche pattuite, rispettando appieno le prescrizioni di cui all'art. 117 TUB.
Il Consulente, infatti, ha evidenziato la presenza, in atti, della documentazione dalla quale è stata

possibile evincere le condizioni contrattuali convenute. In particolare, l'art. 3 del contratto di mutuo reca l'indicazione del tasso di interesse applicato e dell'ICS; quanto ai tassi di mora, tale informazione si evince dall'art. 5. Ai sensi dell'art. 6, è stato pattuito un piano di ammortamento alla francese che rispecchia pienamente le prescrizioni tipiche di tale ammortamento, indicando una rata costante composta in parte da capitale ed in parte da interessi, con accrescimento progressivo del capitale e decremento progressivo della parte di interessi.

Quindi, anche la richiesta di rimodulazione del piano di ammortamento ex art. 117 Tub, settimo comma, per indeterminatezza del tasso non può essere accolta non essendo applicabile la norma (art. 117 Tub) e, quindi, la sanzione indicata.

Con specifico riferimento all'anatocismo, in particolare, in relazione al piano di ammortamento c.d. alla francese, va escluso qualsiasi effetto anatocistico in quanto la previsione di un piano di rimborso del mutuo graduale - in particolare con rata fissa - non comporta alcuna violazione dell'art. 1283 c.c. poiché: 1) gli interessi di periodo vengono calcolati sul solo capitale residuo; 2) alla scadenza della rata gli interessi maturati non vengono capitalizzati, ma sono pagati come quota interessi della rata di rimborso del mutuo, essendo tale pagamento periodico della totalità degli interessi elemento essenziale e caratterizzante, in particolare, dell'ammortamento alla francese dove la rata è costante e la quota capitale rimborsata è determinata per differenza rispetto alla quota interessi; 3) peraltro, visto che la rata paga, oltre agli interessi sul capitale a scadere, anche una quota del debito in linea capitale - quota man mano crescente con il progredire del rimborso - a ciò segue che il pagamento a scadenza del periodo x riduce il capitale che fruttifica nel periodo x+1, ossia si verifica un fenomeno inverso rispetto alla capitalizzazione.

In sostanza, una volta raggiunto l'accordo sulla somma mutuata, sul tasso, sulla durata del prestito e sul rimborso mediante un numero predefinito dì rate costanti, la misura della rata discende matematicamente dagli indicati elementi contrattuali; il rimborso di un mutuo acceso per una certa somma, ad un certo tasso e con un prefissato numero di rate costanti, può avvenire solo mediante il pagamento di rate costanti di quel determinato importo (Trib. Roma sez. XVII, 19/02/2020, n.3659) (Cass. civ. Sez. III, sent. 17447 del 28.6.2019).

Per quanto attiene la doglianza di usurarietà degli interessi di mora del mutuo, il Consulente, applicando la formula T.E.G.M. già illustrata, ha evidenziato il superamento del tasso-soglia vigente nel periodo in cui il suddetto contratto fu sottoscritto ed ha provveduto, conseguentemente, ad elidere dal piano d'ammortamento gli interessi, precisando che: Il TEG così individuato, confrontato con il tasso effettivo globale soglia (TEG-soglia) del trimestre corrispondente alla data di pattuizione per la categoria di operazioni attinente alla tipologia del contratto esaminato, è risultato superiore al tasso-soglia […].