

SULLE RAGIONI DI INAPPLICABILITA' DELL'ART. 2
QUINQUIES COMMA 9 D.L. 29/12/2010 N.255
(MILLEPROROGHE) E MOTIVI DI INCOSTITUZIONALITA'

“L’art. 2 quinquies, comma 9 del DL 29 Dicembre 2010 n. 225¹, contenuto nel maxi emendamento al decreto milleproroghe approvato con il voto di fiducia posto dal governo e convertito nella Legge n° 10 il 26/02/2011, ha subito posto alla attenzione degli osservatori un duplice aspetto di approfondimento.

Il primo aspetto, più immediato ed istintivo, riguarda la questione della legittimità costituzionale della legge, questione questa che, subito all’indomani dalla approvazione, è già stata recepita dal dott. Andrea Loffredo, G.U. del Tribunale di Benevento il quale, con ordinanza resa in data 10/3/2011 nella causa RG n. 2102/07 ha ordinato d’ufficio – ex art. 23, II comma Legge 11/3/53 n. 87 – la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale perché svolga il controllo ed esprima il giudizio di legittimità della legge in parola, rilevato che essa ha “portata innovativa che ci porta a varie interpretazioni, alcune delle quali palesemente in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 24, 102, 41 e 47 della Costituzione”.

In calce riporto integralmente i condivisibili “Motivi di diritto” posti dal Giudice a sostegno del proprio provvedimento².

¹ Art. 2 quinquies, comma 9 DL 29/12/2010 n. 225: “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 e decorre 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”.

² Motivi di diritto in ordinanza 10/3/2011 RG 2102/07:: Invero nella prima parte della impugnata norma il legislatore manifesta apertamente l’intento di attribuire alla stessa natura di norma di interpretazione autentica dell’art. 2935 codice civile (“La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”) aggiungendo 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 “. E’ evidente l’intento e la finalità di consentire l’applicazione retroattiva, e quindi anche ai giudizi pendenti, della norma, alla stregua di ogni vera ed autentica legge di interpretazione autentica.

Orbene le norme interpretative, che il legislatore può adottare quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario di una norma, non possono violare i limiti generali all’efficacia retroattiva delle leggi, che attingono alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento. Tra detti principi spiccano il rispetto del principio generale di ragionevolezza, il principio del divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento, il principio della tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti per l’effetto nomofilattico delle pronunce della Corte di Cassazione, la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico, il rispetto e la non invasione delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario.

Nel caso dell’impugnata norma tali limiti risultano platealmente superati, atteso che:

1) Non vi era alcun dubbio interpretativo in ordine alla decorrenza della prescrizione dei diritti nascenti dall’annotazione nelle operazioni bancarie regolate in conto corrente, atteso che sul punto vi era costante ed uniforme giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, la quale ultima peraltro, recentemente, con sentenza a sezioni Unite n. 24418/10 del 2/12/2010, aveva ribadito quanto sostenuto da anni e cioè che “ 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 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 “. Relativamente a tale recente decisione, giova precisare che la Suprema corte ebbe a pronunciarsi a Sezioni unite non per difformità di orientamenti tra diverse Sezioni della stessa, ma unicamente “per la particolare importanza delle questioni sollevate”.

2) Da decenni gli esperti di diritto bancario e la stessa giurisprudenza hanno chiarito come sia corretto distinguere gli atti giuridici da cui sorgono diritti di credito dalle semplici operazioni contabili di accredito ed addebitamento, le quali si effettuano secondo la tecnica delle scritture e delle registrazioni, per cui l’operazione contabile di accredito o di addebito non corrisponde alla costituzione di crediti o di debiti, ma è semplicemente un modo di rappresentare le modificazioni oggettive e quantitative che subisce un unico rapporto obbligatorio nel corso del suo svolgimento. Ne consegue che durante il corso del rapporto non si attribuisce a nessuno dei due contraenti la veste di debitore o di creditore ma si lascia ciascuna delle parti, fino a completa estinzione del rapporto, nella sua rispettiva posizione originaria. Per tali motivi sia la dottrina che la giurisprudenza hanno sempre ritenuto che i contratti bancari di credito con esecuzione ripetuta di più prestazioni, sono contratti unitari, che danno luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi che la serie di versamenti, prelievi ed accreditamenti determina solo variazioni quantitative dell’unico originario rapporto. Per cui solo con il conto finale si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti fra di loro e se ne determina l’esigibilità. Ne deriva l’irragionevolezza della norma impugnata, in quanto sotto forma malcelatamente interpretativa, di fatto innova e si scontra non solo con la disciplina normativa e la natura giuridica propria delle operazioni bancarie in conto corrente di cui agli artt. 1852-1857 c.c. ma anche con il principio generale affermato dall’art. 2935 c.c. in tema di decorrenza della prescrizione.

3) Le norme sulla prescrizione, pur avendo una natura sostanziale, producono i loro effetti sul piano processuale, atteso che invocando l’effetto estintivo delle stesse è possibile impedire ai titolari di diritti di ottenerne la realizzazione in via giudiziaria. Ne consegue che, ove l’impugnata norma si applicasse anche per il

Il secondo aspetto, forse di minor appariscente immediatezza, attiene alla applicabilità della norma in esame alla materia qui trattata e conseguentemente, all’impatto che, in termini pratici, essa potrà avere sulle migliaia di cause in corso e sulle domande ancora potenzialmente proponibili.

Tratteremo le due questioni in ordine inverso, in quanto riteniamo che il secondo spunto di valutazione sia giuridicamente più decisivo e tale da poter attribuire alla questione di legittimità costituzionale un valore residuale ed al ricorso a detto strumento di difesa un grado sussidiario.

L’obiettivo della legge in parola è di tutta evidenza.

Esso mira ad assegnare, rectius a imporre per legge, alla azione di ripetizione di indebito oggettivo, unicamente riferita alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, la decorrenza iniziale del termine decennale di prescrizione, ex art. 2946 cod. civ., in coincidenza con ogni singola annotazione operata in conto. La legge, ponendosi, nella stesura lessicale, come interpretativa dell’art. 2935 cod. civ.³ in applicazione al

contratto tipico codicistico del conto corrente di corrispondenza bancario, verrebbe ad avere, almeno nella intenzione del legislatore, valore retroattivo.

Per tale effetto verrebbero immediatamente dichiarati prescritti, hinc inde, sia i diritti di ripetizione di indebito oggettivo o di riaccredito e rettifica del saldo per le somme annotate in conto in applicazione di clausola contrattuale dichiarata nulla (penso alla clausola anatocistica di capitalizzazione periodica degli interessi come a quella di addebito di interessi a saggio ultralegale – o addirittura usurario – (Legge 108/96) – di

passato e ai giudizi in corso, si avrebbe non solo una violazione del principio di uguaglianza e un’ingiustificata disparità di trattamento, ma anche una frustrazione dell’articolo 24 della Costituzione, oltre che un’invasione ingiustificata delle prerogative proprie della Magistratura Ordinaria con violazione dell’art. 102 della Costituzione.

4) L’impugnata norma realizza, infine, un’eclatante violazione dei principi di tutela del risparmio delle famiglie e delle imprese, delle quali ultime intacca la libera di iniziativa economica, così violando gli artt. 41e 47 della Costituzione. La norma in parola, infatti, paradossalmente contenuta in una legge titolata “Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie” più che sostenere famiglie ed imprese incide invece negativamente sulle legittime aspettative di esse di ottenere in restituzione ingenti somme indebitamente contabilizzate dalla controparte durante lo svolgimento di rapporti in conto correnti e percepite in violazione di norme di ordine pubblico quale il divieto dell’anatocismo e del decorso della prescrizione dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, favorendo così anche condotte dagli effetti tendenzialmente usurari. D’altra parte la norma, di iniziativa governativa ed inserita con un maxi emendamento nel testo di un ennesimo decreto legge c.d. Milleproroghe a pochi giorni dalla scadenza dello stesso e sottoposto a voto di fiducia con conseguenziale sostanziale frustrazione del potere del Parlamento di apportarvi delle modifiche (è noto che molti dei deputati e dei senatori sono avvocati che ben conoscono il contenzioso civile in atto tra banche e correntisti), pur se definita dai primi commentatori come “legge salva banche”, rischia di pregiudicare irrimediabilmente anche il diritto delle banche ad ottenere in restituzione somme date a mutuo ai correntisti in regime di apertura di credito in conto corrente, se annotate prima di dieci anni dalla formale richiesta di rientro o di pagamento del saldo finale di chiusura del conto.

Le considerazioni sopra sviluppate valgono a maggior riguardo alla seconda parte dell’impugnata norma, vale a dire a quella sorta di norma transitoria la quale dispone che “... 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”. Trattasi di norma del tutto assurda ed incomprensibile, la quale, senza null’altro aggiungere e precisare, determina che chi (anche una banca) per sua sventura si trovi ad aver versato alla data del 27/2/2011 (data di entrata in vigore della legge di conversione n. 10/2011) degli importi a credito in un rapporto regolato in conto corrente non può ottenerli “in ogni caso” in restituzione dal suo debitore. Per non far torto all’intelligenza di nessuno si omette ogni ulteriore commento, semplicemente rilevando che detta seconda parte dell’impugnata norma fa strage non solo delle principali regole giuridiche e costituzionali sopra richiamate, ma anche dei più elementari canoni di logica e avvedutezza richiesti nella regolamentazione normativa dei rapporti tra consociati.

P.Q.M.:

Letti gli artt. 134 e 137 della costituzione, 1 della legge costituzionale 9/2/1948 n. 1 e 23 della legge 11/3/1953 n. 87 il tribunale Ordinario di Benevento promuove di ufficio, per violazione degli artt. 3, 24, 41, 47, 102 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale della legge 26/2/2011 n. 10 di conversione con modificazioni del decreto legge 29/12/2010 n. 225 nella parte in cui all’art. 1 comma 1, richiamando l’allegato “Modificazioni apportate in sede di conversione al decreto legge 29 dicembre 2010 n. 225” ha introdotto nell’ordinamento giuridico la seguente norma: “Modificazioni apportate in sede di conversione al decreto legge 29 dicembre 2010 n. 225: all’art. 2 dopo il comma 19 sono aggiunti i seguenti commi: ... omissis ... “ 61. 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”. Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Presidente del Consiglio dei Ministri nonché comunicata al Presidente del Senato e al Presidente della Camera dei Deputati e all’esito sia trasmessa alla Corte Costituzionale insieme al fascicolo processuale e con la prova delle avvenute regolari predette notificazioni e comunicazioni.

³ Art. 2935 cod. civ: “Decorrenza della prescrizione: La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.”

commissioni di massimo scoperto, spese fisse di chiusura periodica, valute fittizie, adottate con rinvio per relationem ad “usi di piazza”) sia quelli di pagamento, per le ragioni che vedremo più avanti, di somme annotate dalla banca a debito del correntista in periodo ultradecennale, questione, questa, probabilmente sfuggita, nella fretta della stesura del testo di legge, al disattento legislatore.

La disamina della questione posta, in questi termini, dalla legge, non può prescindere dal richiamo della storica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 24418, perché è di solare trasparenza il legame filologico con la medesima sia per il collegamento temporale assai breve e sia per il suo indirizzo diametralmente opposto, che riconduce così alla stessa in modo certamente non casuale.

Chiudendo un dibattito giurisprudenziale assai lungo, sorto sin dall’origine del “revirement” della Suprema Corte in ordine alla attribuzione di valenza negoziale, e non normativa, alla clausola delle norme ABI di applicazione della capitalizzazione degli interessi, e quindi della sua inidoneità a derogare al divieto anatocistico dettato dall’art. 1283 cod. civ. , le Sezioni Unite, con una decisione che non può non vedersi come normofilattica, hanno statuito che per le domande di ripetizione dell’indebitto oggettivo derivanti dalla accertata nullità di tale clausola contrattuale – così come di altre – il termine di decorrenza della prescrizione, per applicazione del combinato disposto dagli artt. 2935 e 2033 del codice civile, deve essere posto in corrispondenza con l’avvenuto pagamento.

Ritenuto che il contratto di conto corrente bancario è un contratto di durata, all’interno del quale si sviluppano singoli atti esecutivi tutti riconducibili alla natura unitaria del rapporto, la Suprema Corte ha concluso che il pagamento delle poste attive o passive addebitate o accreditate in conto avviene unicamente all’atto della chiusura del conto.

In caso di apertura di credito regolata in conto, consistente nella messa a disposizione, anche di fatto, da parte della banca di somme di denaro, i singoli versamenti operati in conto dal correntista all’interno di detta concessione di credito non rappresentano un pagamento delle partite annotate a debito a vario titolo, ma hanno unicamente una funzione ripristinatoria dell’ammontare del credito disponibile. Si sottraggono a tale funzione unicamente i versamenti operati in conto su saldi “sconfinati” in extrafido, ossia eccedenti il limite dell’affidamento contrattualmente concesso – con le precisazioni che non è qui il caso di approfondire – i quali, essendo finalizzati a rientrare nei detti limiti di credito, hanno funzione solutoria, ossia di pagamento, della porzione eccedente, con conseguente coincidente decorrenza del termine prescrizione ripetitorio.

Pertanto, e fatta salva questa ultima distinzione, finché permane la concessione del credito, allorché il cliente si veda addebitate somme non dovute, il diritto alla restituzione permane integro fino al momento della chiusura del conto, momento esecutivo della obbligazione di pagamento e dal quale dunque decorre il termine di prescrizione.

Tale importante statuizione, anche in considerazione della fonte dalla quale scaturisce, è giuridicamente ineccepibile.

Essa si basa su due fondamentali capisaldi: il primo è quello sancito dall’art. 1422 cod. civ.⁴, che indica come imprescrittibile il termine per fare valere la nullità di un contratto e la nullità relativa che attiene a singole clausole dello stesso, ed il secondo,

⁴ Art. 1422 cod.civ.: “Imprescrittibilità dell’azione di nullità: L’azione per far dichiarare nullità non è soggetta a prescrizione salvi gli effetti dell’usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione.”

fondato sull'art. 2033 cod. civ.⁵, che, riferendosi a “chi ha eseguito un pagamento non dovuto” statuisce esplicitamente che nelle azioni di ripetizione di indebitto oggettivo il presupposto imprescindibile è il pagamento.

Non possono dunque esistere dubbi “interpretativi”, nemmeno in relazione al contratto di conto corrente bancario, che il riferimento all'art. 2935 cod. civ., ossia al fatto che il diritto inizia a prescriversi dal momento in cui esso può essere fatto valere, nelle azioni di ripetizione di indebitto, il termine a decorrere dal quale il diritto può essere fatto valere origina dal momento dell'avvenuto pagamento.

E, dunque, in tema di conto corrente, la ricognizione dell'origine del termine di prescrizione ritorna a ricondurre all'insegnamento e alle distinzioni offerte dalle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Solo un interprete poco attento potrebbe ritenere che tale assetto logico giuridico venga smantellato dalla legge in esame, pur se l'intento, ad una prima lettura, possa apparire quello.

L'inganno in cui è indotto a cadere il lettore del testo letterale della legge scaturisce dalla errata confusione indotta dall'uso del termine “annotazione”.

Così come anche lessicamente desumibile dall'uso dei termini della stessa norma qui oggetto di critica, nelle “operazioni bancarie regolate in conto corrente” le annotazioni costituiscono delle mere operazioni contabili che esauriscono la loro valenza nella specifica scritturazione, ma non fanno sorgere tra le parti, di per sé, diritti credito-debitori i quali, come detto, originano e decorrono unicamente dall'avvenuto pagamento delle relative poste annotate.

Di conseguenza, al pari della inconferenza che esse assumono in relazione all'art. 1194 cod. civ., in merito alla imputabilità delle rimesse del debitore, dette annotazioni sono altrettanto irrilevanti in tema di decorrenza del termine prescrizione per la ripetizione degli eventuali indebiti ad esse riferiti.

Inutile spenderci oltre. E' noto infatti che l'estratto conto bancario, che contiene analiticamente le annotazioni in parola, rappresenta un mero documento contabile nel quale le operazioni menzionate o riassunte, negli estratti scalari, non danno luogo alla costituzione di autonomi rapporti di credito reciproco ma rappresentano un atto documentale esecutivo di un unico negozio.

E dunque, per concludere, anche se la legge in commento dovesse passare indenne al vaglio di legittimità della Consulta, essa non appare comunque idonea a modificare i principi dettati dalla Suprema Corte in merito alla decorrenza prescrizione: pur se la apparente valenza interpretativa dell'art. 2935 cod. civ. applicato alle operazioni bancarie, sembrerebbe farlo, nessuna prescrizione alla domanda di ripetizione di indebitto può essere ricondotta temporalmente ad una semplice scritturazione contabile, che non costituisce il momento del pagamento, senza intervenire a modificare anche la struttura tipica della azione ex art. 2033 cod. civ. – cosa che la legge non fa e non può fare – fondata appunto sulla pregiudiziale imprescindibile dell'avvenuto trasferimento patrimoniale.

La disamina interpretativa della norma conduce dunque a concludere che la portata della prescrizione relativa ai diritti nascenti dalla annotazione in conto non riguarda i diritti ripetitori di indebitto, ma si limita a completare la normativa già esistente in tema di decadenza dalla impugnazione delle annotazioni in conto, integrando la

⁵ Art. 2033 cod.civ.: “Indebito oggettivo: Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda.”

stessa, come già indicata dall'art. 1832 cod. civ.⁶. con un ulteriore termine prescrizionale che si va ad inserire nella struttura tipica della disciplina bancaria, in analogia con altre forme tipicizzate di obbligazioni contrattuali.

Così però come è ormai pacificamente noto che la decadenza di cui all'art. 1832 cod. civ. attiene solo alla regolarità contabile di quanto scritturato, il termine prescrizionale aggiunto riguarderà gli stessi diritti di impugnazione, ma non potrà intaccare i diritti che geneticamente derivano e hanno condotto alle annotazioni stesse.

E, del resto, a ben vedere, se l'interpretazione da darsi al valore costitutivo di diritto di credito della annotazione fosse quello inteso dalla lettura superficiale della norma, più che i correntisti dovrebbero essere le banche ad augurarsi che essa venga abrogata al più presto perché gli effetti sarebbero devastanti proprio per gli istituti di credito, i quali si vedrebbero dichiarare inesorabilmente prescritti tutti i crediti annotati in conto nel periodo ultradecennale in tutti i rapporti affidati tuttora in essere o chiusi da non più di un decennio, con conseguenze inimmaginabili per tutto il sistema bancario nazionale.

La ratio ispiratrice del legislatore, che traspare evidente dalla lettura della norma, verrebbe in tal modo pericolosamente rovesciata.

Ciò detto circa l'ambito applicativo del nuovo termine prescrizionale, un ulteriore approfondimento va dedicato alla apparente retroattività della norma.

A prescindere dai profili di costituzionalità, di cui diremo oltre, quanto sopra detto evidenzia che la norma, nonostante la sua dicitura lessicale, non è retroattiva, non avendo valore interpretativo ma istitutivo di un nuovo principio all'interno di una struttura giuridica esistente.

E' lo stesso legislatore, peraltro, a confermare la impossibile portata retroattiva laddove egli aggiunge, alla breve dicitura normativa, la integrazione che così testualmente recita: "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 tal modo aggiungendo una limitazione agli effetti retroattivi e apparentemente legittimando una inammissibile condizione di sperequazione con i diritti quesiti.

Gli effetti retroattivi di una legge devono essere identici per tutte le condizioni soggettive da essa trattate e non possono disciplinare in modo diverso e sperequato situazioni soggettive identiche rispetto a condizioni oggettive già maturate.

La norma in commento non si applica, dunque, per tutte queste ragioni, alle domande di ripetizione di indebito già proposte o ancora esercitabili.

Il giorno 1 marzo 2011, a soli quattro giorni dalla conversione in legge del decreto contenente il maxiemendamento in parola, il Tribunale di Treviso, sezione distaccata di Conegliano, ha pronunciato la sentenza n. 73/2011⁷ depositata in pari data, con la

⁶ Art. 1832 cod.civ: "Approvazione del conto: L'estratto conto trasmesso da un correntista all'altro s'intende approvato, se non è contestato nel termine pattuito o in quello usuale o altrimenti nel termine che può ritenersi congruo secondo le circostanze. L'approvazione del conto non preclude il diritto di impugnarlo per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o per duplicazioni. L'impugnazione deve essere proposta, sotto pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di ricezione dell'estratto conto relativo alla liquidazione di chiusura, che deve essere spedito per mezzo di raccomandata.

⁷ Sentenza n. 73/2011: P.Q.M.: "il Giudice unico, definitivamente pronunciando nella causa civile promossa con atto di citazione da xyz S.p.a. contro xxx e con l'intervento in causa di xxx, ogni diversa domanda eccezione e deduzione respinta:

1) Dichiarò l'illegittimità, per tutto il periodo di cui alle contabili prodotte in causa, della applicata prassi, operata dalla xxx nei confronti di xyz, di capitalizzazione degli interessi passivi con qualsiasi periodicità, dell'addebito di somme per interessi debitori a saggio ultralegale e C.M.S. fino al 01.01.1998 e di spese fisse di chiusura periodica del conto;

2) condannò xxx al pagamento in favore di xyz della somma complessiva di € XXXXX,XX a titolo di indebito, con gli interessi ex D.lgs 241/2002, a partire dal di della pubblicazione della presente sentenza fino a saldo;

3) pone definitivamente a carico della xxx le spese della C.T.U. contabile svolta dal dottor ***** nella misura già liquidata;

quale, senza considerare la prescrizione così come “novellata”, ha condannato la banca al rimborso di quanto maturato per tutto il periodo di cui alle contabili prodotte in causa, bene interpretando i sopradescritti motivi di inapplicabilità della recentissima legge.

In data 3 marzo 2011 la Corte di Appello di Ancona ha depositato una ordinanza resa nella causa RG 1393-1/1⁸ con la quale ha anch'essa escluso la natura interpretativa della norma in commento e ribadito la inapplicabilità della stessa alle azioni di ripetizione di indebito.

A pochi giorni dalla conversione in legge, la giurisprudenza si sta dunque quotidianamente formando in modo monocrorde ed in termini critici orientati conformemente alle osservazioni sopra svolte.

Il secondo spunto di riflessione riguarda il profilo di incostituzionalità della norma in esame.

La Corte ha più volte ribadito che il legislatore, nell'adottare norme di interpretazione autentica, deve porre mente alla presenza di incertezze sulla applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali relativi alla stessa, e alla contemporanea salvaguardia di una serie di limiti alla efficacia retroattiva, quali la tutela dei principi costituzionali e dei valori fondanti della civiltà giuridica. Tra essi è da ricomprendere il principio generale di ragionevolezza che impone il divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento, e quello dell'affidamento, posto a salvaguardia delle aspettative che i cittadini legittimamente ripongono nella tutela giurisdizionale, quale principio connaturato allo stato di diritto e alla certezza dell'ordinamento giuridico e che si esercitano attraverso il principio costituzionalmente inviolabile del diritto alla difesa (art. 24 Cost⁹.) in un giusto processo (art. 111 Cost¹⁰).

Una norma interpretativa, per essere ragionevolmente e costituzionalmente tale, deve dunque, ante omnia, essere tale da non ledere i valori costituzionali di cui all'art. 3¹¹

4) condanna xxx al pagamento in favore di xyz, delle spese di lite che liquida in € XXXX, di cui € XXX per onorari oltre IVA e CAP nonché al rimborso delle spese di C.T.P. sostenute da parte attrice;

5) autorizza la distrazione delle spese, anche di C.T.P. come liquidate al punto che precede, in favore del procuratore dell'attrice avv. *****.

⁸ RG 1393-1/1: “La norma contenuta all'art. 2, comma 61, del d.l. 225/2010, convertito con modificazioni dalla legge n. 10/2011, non è applicabile alle azioni di ripetizioni di indebito già intraprese nei confronti delle banche, sia perché le azioni in questione non hanno nulla a che fare con l'annotazione in conto, sia perché il disposto della norma in questione ha indubbiamente portata innovativa e non interpretativa e, come tale, non può produrre l'estinzione del diritto azionato con effetto retroattivo”.

⁹ Art. 24 Cost.: “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari”.

¹⁰ Art. 111 Cost.: “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.”

(principio di uguaglianza) e all'art. 24 (diritto dei cittadini ad agire in giudizio) che si fondano sul canone di ragionevolezza delle norme, sulla garanzia di certezza delle stesse e sull'anzidetto principio di affidamento giurisdizionale.

Va poi aggiunto che, osservati tali vincoli, una norma retroattiva può essere adottata dal legislatore allorquando egli ritiene essa indispensabile ad interpretare incertezze sulla applicazione della legge o a dirimere contrasti giurisprudenziali. La retroattività trae dunque ragioni dalla indispensabile funzione interpretativa.

La legge in esame viola singolarmente e cumulativamente tutti questi principi costituzionali.

Partiamo da quest'ultimo, ossia dalla funzione interpretativa.

Ben lontana dalla ratio di dirimere un contrasto giurisprudenziale, detta norma, al contrario, è geneticamente dettata proprio dall'intento di contrapporsi a un contesto giurisprudenziale e dottrinale ormai definitivamente certo e ampiamente consolidato ed ha anzi il contrapposto effetto di contraddire la consacrazione normofilattica offerta sulla materia, solo due mesi prima, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, massimo organo giurisdizionale, sostituendo, alle precise indicazioni dalla stessa illustrate, un assetto prescrizioneale opposto.

Essa, in tal modo, non soltanto non assolve alla funzione di chiarezza giurisdizionale insita nella connotazione interpretativa, ma anzi si contrappone ad essa stravolgendo in tal modo i principi costituzionali di affidamento e di certezza del diritto, contraddicendo in modo del tutto nuovo ed inatteso una indicazione ormai completamente già formata.

Nel dichiarato intento di interpretare la decorrenza della prescrizione ex art. 2935 cod. civ. in tema di operazioni bancarie, essa, di fatto, interviene poi, esegeticamente, anche nell'ambito dei principi fondanti la azione ex art. 2033 cod. civ., sostituendo alla pregiudiziale indispensabile dello spostamento patrimoniale tra l'accipiens e il solvens, ossia ad un atto giuridico definibile come pagamento, la attribuzione di tale valore ad un mero atto di formalità contabile che, per pacifica dottrina e giurisprudenza - solo confermata dalle Sezioni Unite nel suo tracciato logico-giuridico - non rappresenta affatto il momento del pagamento.

Detta norma dunque, come già detto nella trattazione della sua inapplicabilità alla fattispecie che ci occupa, ha un valore non interpretativo ma innovativo, atto ad introdurre un nuovo termine prescrizioneale alle azioni di mera impugnazione della regolarità contabile della scritturazione di annotazione che, come detto, integra, con le stesse preclusioni, il termine decadenziale già codicisticamente previsto.

Ma ancor di più, se si volesse ritenere che essa abbia valore interpretativo e dunque effetti retroattivi, sarebbe evidente la violazione del principio di uguaglianza.

Essa infatti non soltanto inciderebbe sui diritti acquisiti, stravolgendo innumerevoli azioni giudiziarie in corso, magari in sede di appello, con palese violazione degli artt. 24 Cost. (diritto di difesa) e 111 Cost. (principio del giusto processo), ma genererebbe una inaccettabile situazione di ineguaglianza e privilegio, penalizzando i diritti di alcuni e salvaguardando i diritti di altri, fondati sulle medesime ragioni, ma solo perché nel frattempo già realizzati.

Un ulteriore profilo di incostituzionalità si palesa nella violazione dell'art. 102 Cost. (potestà giurisdizionale) in quanto la legge in esame, introducendo una

¹¹ Art. 3 Cost.: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E' compito della repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese."

interpretazione diametralmente opposta a quella fornita in modo costante dalla giurisprudenza e senza il supporto di alcuna considerazione dogmatica sulla struttura tipica del conto corrente e della ripetizione di indebito, viola palesemente la integrità delle attribuzioni costituzionali della Autorità Giudiziaria, e si pone anzi in aperta contrapposizione con le stesse, contrapposizione che appare tanto più evidente se si considera il nesso eziologico-temporale con la richiamata sentenza delle Sezioni Unite, e che genera un grave vulnus nel caposaldo, pure costituzionalmente tutelato, della conoscibilità della regola di diritto e nella ragionevole prevedibilità della sua costante applicazione.

Per concludere si può osservare che, in via residuale ed in disparte rispetto a detta considerazioni di inadeguatezza costituzionale, si debba comunque escludere che la norma in commento possa avere valore retroattivo, ponendosi essa solo come norma di innovazione creativa per via legislativa da applicarsi, con le attribuzioni e i limiti dianzi trattati, solo a casi futuri.

Nelle azioni giudiziarie in corso sarà dunque opportuno, a conclusione della analisi svolta, sottoporre alla attenzione del Giudice le ragioni di inapplicabilità della novella alle azioni ripetitorie di indebito e sottolineare le questioni di incostituzionalità e irretroattività solo quali spunti di riflessione integrativa e sussidiaria alle precedenti, anche senza proporre in modo formale, salvo necessità, la relativa apposita eccezione.

Avv. Franco Fabiani
Avv. Giorgio Zanfrini