Ass. ... € 11,80

TRIBUNALE ORDINARIO DI COMO

1228/2009 Sent.
Mg.
N.1982/06 R.G.C.
N. 4241 Cron.
N. 7108 Rep.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Ordinario di Como, Sezione Civile, in funzione di Giudice monocratico e quindi in persona della Dr.ssa Laura Raddino

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa civile

TRA

[redacted] in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante pro – tempore, signor [redacted] con sede in [redacted], [redacted] elettivamente domiciliato in [redacted] via [redacted] presso lo studio dell'avvocato Franco Fabiani che la rappresenta ed assiste in giudizio in virtù di delega in atti.

OPPONENTE

E

[redacted] ([redacted]); in persona del suo [redacted] all'avvocato [redacted] con sede in [redacted], elettivamente domiciliata in [redacted] via [redacted]

Oggetto: Opposizione a decreto ingiuntivo

Udienza di p.c. Del 12.03.2009

Scadenza termine Ex art. 190 c.p.c. Del 01.06.2009

Deposito minuta Del 07.07.2009

Fatto avviso il 12/8/09

Il Cancelliere

[redacted] presso lo studio dell'avvocato [redacted] che unitamente all'avvocato [redacted] del Foro di [redacted] la rappresenta ed assiste in giudizio in virtù di delega in atti.

OPPOSTA

CONCLUSIONI

Per l'opponente: "Piaccia all'Ill.mo Tribunale, contrariis reiectis, accogliere la domanda come dalla attrice e dunque dichiararsi la illegittimità della applicata prassi di capitalizzazione degli interessi a debito, nonché del'applicazione delle altre voci di addebito contestate come indebite e, per l'effetto, condannare l'istituto di credito oggi convenuto a pagare alla attrice la somma di Euro 24.154,49 come risultante dalla esperita istruttoria in risposta al formulato quesito peritale (pag.13), oltre rivalutazione monetaria e interessi legali di mora calcolati dalla data di cessazione del rapporto di conto corrente al momento del saldo effettivo.

Con condanna della convenuta soccombente al pagamento degli oneri di CTU, ivi incluso quanto provvisoriamente anticipato.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa, comprensivi di oneri per consulenza tecnica di parte, oltre rimborso forfettario spese generali (12,5%) IVA e CPA come per legge da liquidarsi in via di distrazione a favore dello scrivente procuratore antistatario

che dichiara di avere anticipato le spese e non riscosso diritti ed onorari."

Per l'opposta: "Voglia il Tribunale Ill.mo, contrariis reiectis, e previe le declaratorie del caso:

- dichiarata ex officio la nullità e/o l'invalidita e/o l'inefficacia della procura speciale rilasciata dalla società attrice al proprio legale, congiunta all'atto di citazione in data 21.2006, notificato alla banca in data 11.04.2006, dichiarare in ogni caso inammissibili le domande formulate dalla stessa attrice, e/o comunque respingerle, assolvendo [redacted] da ogni pretesa avversaria, comunque accogliendo le sue difese ed eccezioni, esposte anche in via di subordine;
- in ogni caso, con il favore delle spese giudiziali e conseguenti."

del Tribunale di Como.
Oggi 07 LUG. 2009
IL CANCELLIERE

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

[redacted] (di seguito indicata [redacted]), già titolare del conto corrente [redacted] acceso il 30/1/98 presso [redacted] (poi [redacted], a seguito dell'intervenuta fusione per incorporazione in quest'ultima della [redacted]) e poi estinto nel mese di novembre 2002, ha convenuto avanti a questo Tribunale la Banca stessa lamentando l'avvenuta applicazione, nella gestione del conto corrente, di clausole non pattuite e comunque nulle e pertanto prive di efficacia, relative in particolare all'illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, all'ingiustificato addebito delle spese fisse di chiusura trimestrale del conto e della commissione di massimo scoperto, nonché all'applicazione unilaterale di interessi ultralegali non pattuiti e, per alcuni periodi, di interessi usurari per il superamento dei relativi tassi soglia stabiliti ai sensi della legge 108/96. Ha chiesto, pertanto, la condanna della controparte alla restituzione degli importi indebitamente trattenuti percepiti per i suddetti titoli.

La convenuta [redacted] si è tempestivamente costituita, eccependo in via preliminare la non ripetibilità, ai sensi dell'art. 2034 c.c., degli interessi ultralegali, anche anatocistici, già corrisposti dal correntista e ha affermato, in ogni caso, la legittimità dei tassi da essa applicati secondo lo *ius variandi* esercitato in conformità a quanto concordato contrattualmente con la controparte e a quanto stabilito dalla legge e la legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi, anche sulla base del riconoscimento contenuto nella l. 154/92, o, in subordine, l'ammissibilità della capitalizzazione semestrale o annuale, con esclusione in ogni caso del

ricalcolo per i periodi prescritti e con applicazione dell'art. 1194 comma 2° c.c.; ha contestato le pretese avversarie anche in tema di commissione di massimo scoperto e di spese di chiusura conto e rilevato la genericità delle allegazioni avversarie sulla usurarietà dei tassi applicati.

Disposta ed esperita CTU, le parti hanno precisato le conclusioni come in epigrafe all'udienza del 12/3/2009 e la causa è stata trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Va preliminarmente esaminata la questione della prospettata nullità della procura al difensore dell'attrice, sollevata da parte convenuta solo ad istruttoria esaurita, nell'udienza del 12/2/2008, ma astrattamente rilevabile d'ufficio, attenendo essa alla valida costituzione del rapporto processuale.

La procura risulta in realtà validamente conferita dal legale rappresentante della [redacted] all'avv. Franco Fabiani su foglio separato ma congiunto materialmente all'atto di citazione, con sottoscrizione autenticata dall'avvocato stesso ai sensi dell'art. 83 comma 2° c.p.c. (come novellato dall'art. 1 l. 27/5/97 n. 141), e ciò nonostante essa faccia riferimento complessivamente sia all'attività stragiudiziale da promuoversi nei confronti della [redacted] in relazione al rapporto di conto corrente in oggetto sia alla rappresentanza ed assistenza nel procedimento giudiziario da introdurre, con riferimento a quel conto corrente, nei confronti dello stesso istituto. L'attuale disposto dell'art. 83 c.p.c., interpretato alla luce dei criteri letterale, teleologico e sistematico approfonditamente esaminati ed illustrati da Cass. Civ. Sez. Unite 10/3/98 n. 2642 che qui si richiama, consente infatti di affermare che la posizione

topografica della procura (a margine o in calce all'atto introduttivo del giudizio o su foglio separato materialmente congiunto all'atto stesso) è idonea non solo a conferire certezza sulla provenienza dalla parte del potere di rappresentanza (autenticità), ma anche a dar luogo alla presunzione di riferibilità della procura stessa al giudizio a cui l'atto accede (specificità), pur in mancanza di ogni menzione espressa della causa, "a condizione che dal testo non si rilevi una contraria volontà". Tale presunzione, ha precisato la Suprema Corte nella suddetta sentenza, rappresenta uno strumento per attuare il principio di conservazione dell'atto e "*presunzione* e *principio di conservazione* raffigurano ulteriori argomenti per giustificare l'efficacia della procura alla luce della tutela degli interessi in gioco e della garanzia del diritto di difesa"; poiché gli interessi in gioco sono principalmente l'interesse privato della parte alla scelta del professionista e ad essere da questi rappresentata e difesa nell'ambito di un giudizio determinato (nell'esercizio del fondamentale diritto di difesa costituzionalmente garantito) nonché l'interesse privato della controparte a conoscere con certezza il soggetto cui vanno sostanzialmente riferiti gli atti processuali (concorrendo con tali interessi privati anche interessi più generali, ma di carattere strumentale ed accessorio), "non appare accettabile una interpretazione formalistica delle disposizioni del codice di diritto civile, la quale pretende che la parte che conferisce la procura vi enunci espressamente quanto la legge già consente all'altra di ritenere, in ragione del fatto che l'atto contro di lei rivolto contiene la procura conferita al difensore, con il risultato non di tutelare la controparte contro iniziative assunte dalla prima, ma di mettere a rischio il diritto di difesa di

quest'ultima, vanificando il precetto costituzionale". Conformi a tale impostazione sono anche Cass. Civ. Sez. lavoro 27/8/2003 n. 12558 e Cass. Civ. Sez. I, 19/12/2008 n. 29785.

Nessun indice di volontà contraria al promovimento del presente giudizio è desumibile dal testo della procura materialmente unita all'atto di citazione, che menziona proprio il rapporto di conto corrente in oggetto e manifesta la volontà di far valere i diritti relativi a tale rapporto nel procedimento giudiziario "da introdurre", salve le iniziative stragiudiziali (la mera apposizione in calce alla procura di una data antecedente a quella dell'atto non è di per sé sufficiente a interrompere il collegamento funzionale fra i due documenti derivante dalla loro congiunzione materiale, come stabilito dalla disposizione di legge).

Si può, ora, passare al merito della controversia, e, in primo luogo, alla contestata applicazione della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi nello svolgimento del rapporti di conto corrente bancario in oggetto.

L'art. 1283 c.c., affermando in sostanza il generale divieto dell'anatocismo, consente eccezionalmente la capitalizzazione degli interessi a determinate condizioni (ossia solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza e sempre che siano scaduti da almeno sei mesi), facendo salvi gli "usi contrari". A partire dalla primavera del 1999, e in particolare con la sentenza n. 2374 del 16/3/99 e con la coeva sentenza n. 3096 del 30/3/99, si è andato affermando nella giurisprudenza della Suprema Corte, con un orientamento postosi in consapevole e motivato contrasto con le pronunce del ventennio precedente, il principio secondo cui gli "usi contrari" suscettibili di derogare

al precetto contenuto nell'art. 1283 c.c. sono solo gli *usi normativi* in senso tecnico, di cui all'art. 8 disp. prel. c.c., e secondo cui, di conseguenza, le clausole bancarie anatocistiche (relative alla capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori nel corso di tutto il rapporto e, quindi, al di fuori delle limitate ipotesi eccezionali previste dall'art. 1283 c.c.), sono nulle, in quanto la loro stipulazione risponde ad un *uso meramente negoziale*, di cui all'art. 1340 c.c., ed incorre quindi nel divieto del suddetto art. 1283 c.c.. Tale orientamento, ormai pressoché consolidatosi per effetto di numerose pronunce che vi hanno aderito, richiamando, approfondendo e avvalorando le argomentazioni delle prime sentenze sopra citate (si vedano, fra le altre, Cass. n. 3845/99, 12507/99, 6263/2001, 15706/2001, 1281/2002, 4490/2002, 4498/2002, 8442/2002, 2593/2003, 12222/2003, 13739/2003, sino alla Sezioni Unite n. 21095/2004 e alla n. 4095/2005), partendo dal presupposto del carattere necessariamente normativo dell'uso derogatorio consentito dall'art. 1283 c.c., esclude che possa ravvisarsi, alla base della clausola anatocistica generalmente contenuta nei contratti bancari, un uso di tale portata, che si caratterizza non solo per la ripetizione generalizzata, uniforme e costante di un comportamento (elemento oggettivo) ma anche per la consapevolezza di prestare così osservanza ad una vera e propria norma giuridica, già esistente o che si ritiene debba far parte dell'ordinamento (*opinio iuris ac necessitatis*; elemento soggettivo). Risulta convincente, in particolare, l'analisi del fenomeno nel tempo effettuata già dalla prima sentenza n. 2374/99, la quale ha rilevato che la capitalizzazione trimestrale degli interessi scaduti a debito del cliente è stata prevista per la prima volta dalle "norme bancarie uniformi" in materia di conto corrente di

corrispondenza e servizi connessi predisposte dall'ABI (Associazione Bancaria Italiana; associazione di categoria) con effetto dal gennaio 1952, non aventi natura normativa, ma solo pattizia, quali proposte di condizioni generali di contratto indirizzate dall'associazione alle banche associate; dal recepimento di tali indicazioni da parte degli istituti di credito sono derivate prassi negoziali conformi, diffuse nel territorio nazionale. La Suprema Corte ha rilevato che la diffusione, con tali prassi, anche della capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori non è dovuta alla spontanea adesione ad un precetto giuridico, conosciuto e sentito come tale, ma ad un ben diverso atteggiamento psicologico dei clienti delle banche: "dalla comune esperienza, infatti, emerge che l'inserimento di tali clausole è acconsentito da parte dei clienti non in quanto ritenute conformi a norme di diritto oggettivo già esistenti o che sarebbe auspicabile che fossero esistenti nell'ordinamento, ma in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive dell'associazione di categoria, insuscettibili di negoziazione individuale e la cui sottoscrizione costituisce al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari", per cui si tratterebbe al più di mere clausole d'uso ai sensi dell'art. 1340 c.c.. Né vale ad attestare l'esistenza di un uso normativo con il contenuto che qui interessa la mera presenza del riferimento alla capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori per i contratti bancari nelle raccolte di molte Camere di Commercio, poiché da un lato la presunzione derivante dall'inserimento in tali raccolte, ai sensi dell'art. 9 disp. prel. c.c., "riguarda soltanto l'esistenza dell'uso, e non anche la natura, normativa o negoziale" e, d'altro lato, l'accertamento degli usi locali compiuto dalle Camere di Commercio, in

epoca successiva alla pubblicazione delle "norme bancarie uniformi", presumibilmente non è che effetto del rilievo di prassi negoziali conformi alle condizioni generali predisposte dall'ABI. Si deve aggiungere che nemmeno può ricavarsi l'esistenza di un uso normativo circa la capitalizzazione dal testo della Lettera Circolare della Federazione Fascista delle Banche risalente al 1929, anch'essa avente la funzione di suggerimento di determinate clausole contrattuali e, dunque, di proposta di contenuto negoziale. Anzi, proprio l'esigenza di suggerire la specifica pattuizione della capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, manifestata all'epoca dalla Federazione Fascista delle Banche e successivamente dall'ABI, è ulteriore elemento per escludere l'esistenza di un uso in tal senso, generalizzato e caratterizzato dal convincimento della conformità alla legge.

Nemmeno un "riconoscimento normativo" della periodica capitalizzazione degli interessi applicata nei contratti di durata bancari poteva trarsi dal disposto dell'art. 8 della l. 17/2/92 n. 154 ("Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari"), là dove stabiliva che la completa e chiara informazione da fornirsi dalla banca al cliente dovesse riguardare, oltre a tassi di interesse, decorrenze delle valute, altre somme a qualsiasi titolo addebitate o accreditate al cliente, anche la "capitalizzazione degli interessi"; la evidente genericità di tale disposizione, infatti, non consente di riferirla con certezza ad ipotesi di anatocismo diverse da quelle eccezionali ammesse dall'art. 1283 c.c. .

La conclusione derivante da tutto quanto esposto è che la previsione della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente della banca, basata su di un uso meramente negoziale, è nulla ai sensi dell'art. 1283

c.c., poiché fuoriesce dalle ipotesi eccezionali di anatocismo consentite da tale norma, essendo frutto di una pattuizione antecedente alla scadenza degli interessi. Detta conclusione è stata autorevolmente ribadita da Cass. Civ. Sezioni Unite 7/10/2004 n. 21095, la quale, ripercorrendo e confermando le argomentazioni della sentenza 2374/99, è pervenuta ad affermare che "le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi configurano violazione del divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 del c.c., non rinvenendosi l'esistenza di usi normativi che soli potrebbero derogare al divieto imposto dalla suddetta norma, neppure nei periodi anteriori al mutamento giurisprudenziale in proposito avvenuto nel 1999, non essendo idonea la contraria interpretazione giurisprudenziale seguita sino ad allora a conferire normatività ad una prassi negoziale che si è dimostrata poi essere *contra legem*" (la sentenza ha sottolineato che, anche in materia di usi normativi, la funzione della giurisprudenza non può che essere ricognitiva dell'esistenza e dell'effettiva portata dell'uso, e mai, invece, creativa della regola stessa).

Non può, per altro verso, legittimarsi la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi nei conti correnti bancari, al di fuori della disciplina generale dell'art. 1283 c.c., quale naturale conseguenza delle periodiche chiusure del conto corrente in forza del combinato disposto degli artt. 1831 c.c. (la chiusura del conto è fatta alle scadenze stabilite dal contratto), 1823 comma 2° c.c. (se alla scadenza non è richiesto il pagamento del saldo, questo si considera quale prima rimessa del nuovo conto) e 1825 c.c. (sulle rimesse decorrono gli interessi), dettati tutti in materia di conto corrente ordinario. Infatti non possono applicarsi al conto corrente bancario

le norme dettate per il conto corrente ordinario, ad eccezione di quelle espressamente richiamate dall'art. 1857 c.c. (ossia i soli artt. 1826, 1829 e 1832), stanti le notevole differenze strutturali esistenti fra i due contratti: mentre nel conto corrente bancario le rimesse sono effettuate dal solo cliente, le partite di dare/avere si compensano progressivamente, il solo correntista può disporre in ogni momento delle somme risultanti a suo credito e ogni parte può recedere in ogni momento se il contratto è a tempo indeterminato, per cui la chiusura del conto non è necessaria per la liquidazione del saldo ma serve soltanto all'istituto di credito per conteggiare il suo corrispettivo, nel conto corrente ordinario le rimesse sono bilaterali, il saldo attivo è inesigibile dal creditore sino alla scadenza del termine e la chiusura periodica del conto è necessaria per rendere esigibile il saldo e consentire il recesso unilaterale.

Della posizione assunta dalla Corte di Cassazione in relazione all'illegittimità della prassi bancaria di procedere alla capitalizzazione trimestrale degli interessi ha preso atto il legislatore, il quale, con l'art. 25 D. Lgs. 4/8/99 n. 342, ha previsto eccezionalmente la possibilità di stabilire contrattualmente, nell'esercizio dell'attività bancaria, la produzione degli interessi sugli interessi, purché la medesima periodicità venga assicurata sia per gli interessi attivi a favore della banca, sia per gli interessi attivi a favore dei correntisti, affidando il compito di stabilire le concrete modalità al C.I.C.R., che vi ha provveduto con deliberazione del 9/2/2000, avente efficacia, per sua stessa previsione, anche sui contratti stipulati anteriormente, ma con effetti solo a partire dall'1/7/2000 (si veda l'art. 7 della delibera). Poiché la Corte Costituzionale, con la pronuncia del 17/10/2000 n. 425, ha dichiarato

illegittimo, per eccesso di delega, il comma 3° dell'art. 25 D. Lgs. 342/99 che preservava validità ed efficacia alle clausole anatocistiche dei contratti bancari antecedenti all'entrata in vigore della nuova disciplina, lo svolgimento dei rapporti di conto corrente preesistenti, fino al 30/6/2000, rimane soggetto inevitabilmente (secondo i principi generali della successione delle leggi nel tempo) alla normativa all'epoca vigente, che, come si è visto, non consentiva l'anatocismo come applicato nei rapporti bancari.

Secondo quanto esposto, il rapporto di conto corrente bancario in oggetto dovrà essere depurato degli effetti della capitalizzazione trimestrale.

Dovranno essere applicati solo gli interessi semplici, senza possibilità di inserzione automatica di clausole prevedenti capitalizzazioni di diversa periodicità (semestrale, annuale), in quanto l'anatocismo è permesso dalla legge solo a determinate condizioni e, in mancanza, rimane non pattuito tra le parti (né può applicarsi l'art. 1284 c.c., che prevede l'anno solare solo come elemento per la determinazione della misura del saggio degli interessi legali, e dunque con particolare e diversa finalità, e non con riferimento alla capitalizzazione degli interessi; sull'illegittimità della capitalizzazione anche annuale, al di fuori delle limitate condizioni poste dall'art. 1283 c.c., si richiamano Trib. Roma 28/1/2007, Trib. Genova 12/4/2006, Trib. Mantova 16/1/2004, App. Milano 4/4/2003 e App. Torino, 21/1/2002).

In secondo luogo, quanto al tasso degli interessi debitori dovuti dal cliente alla banca, va rilevato che nel caso di specie il contratto di conto corrente (doc. 1 di parte convenuta) non contiene la generica clausola richiamante "le condizioni praticate usualmente dalle Aziende di credito sulla piazza"

(clausola che, in tali termini, risulterebbe nulla, perché avente contenuto indeterminabile in violazione dell'art. 1346 c.c., in quanto non offrirebbe elementi sufficienti per consentire la concreta individuazione del tasso convenzionale; si veda Cass. Civ. Sez. I, 6/12/2002 n. 17338 proprio con riferimento a clausola di tale tenore, generalmente compresa in passato nei contratti bancari in applicazione delle "norme bancarie uniformi"). La clausola n. 7 comma 3° del contratto prevede invece che gli interessi vanno corrisposti dal correntista "nella misura pattuita ed indicata nel modulo allegato", ma il "modulo allegato" non è stato prodotto e non è dato sapere se esista, se sia stato presentato alla correntista Fotoincisione e se sia stato dalla stessa sottoscritto. Il contratto, dunque, così come documentato in atti, non risulta contenere la specifica pattuizione del tasso di interesse debitorio, voluta e prescritta dall'art. 1284 comma 3° c.c.. Nemmeno è stato documentato l'inoltro alla cliente delle comunicazioni relative all'esercizio da parte della Banca dello *ius variandi* previsto dall'art. 16 del contratto (il doc. 20 prodotto da parte convenuta con la propria memoria istruttoria contiene solo "duplicati" delle lettere di comunicazione portanti tutti la data del 20/7/2006, senza riscontro alcuno di trasmissione e recapito alla correntista in tempo utile per esercitare il diritto di recesso previsto dalla stessa clausola 16 e dall'art. 118 TUB), *ius variandi* che, del resto, mancherebbe, come si è visto, di una pattuizione iniziale di riferimento.

A partire dall'entrata in vigore della l. 154/92, gli interessi applicati in forza di pattuizioni nulle per indeterminatezza e indeterminabilità dei tassi vanno sostituiti con interessi calcolati ai sensi dell'art. 5 della l. 154/92 (legge sulla

trasparenza bancaria) e successivamente ai sensi dell'art. 117 del D. Lgs 385/93 (T.U.B.) di analogo contenuto, essendo queste ultime norme speciali rispetto all'art. 1284 c.c.. Va specificato, ai fini dell'individuazione dei tassi sostitutivi previsti dall'art. 5 l. 154/92 e dall'art. 117 D.L.gs. 385/93, che il significato delle espressioni "operazioni attive" (per le quali si applica il "tasso nominale minimo" dei buoni ordinari del Tesoro...) e "operazioni passive" (per le quali si applica il "tasso nominale massimo" dei buoni ordinari del Tesoro...) va inteso con riferimento alla posizione della Banca, per cui sono operazioni attive quelle di erogazione del credito e sono passive quelle di raccolta del risparmio. Per quanto riguarda i saldi del conto corrente a debito per il cliente, dunque, va applicato il "tasso nominale minimo". Tale interpretazione è, del resto, conforme alla natura sanzionatoria della norma, visto che la sostituzione del tasso consegue alla nullità della clausola che lo aveva pattuito, predisposta dalla banca.

Non vale, ad ovviare all'indeterminatezza, la comunicazione al cliente degli estratti conto o delle lettere di trasparenza, perché manca in ogni caso il requisito della pattuizione per iscritto, ai sensi dell'art. 1284 c.c..

Va effettuata, pertanto, la sostituzione degli interessi applicati sui saldi debitori del conto corrente intestato alla [redacted] con i criteri sopra precisati (secondo il relativo conteggio alternativo effettuato dal CTU).

In terzo luogo, risultano del tutto indeterminate ed indeterminabili la misura e le modalità di applicazione della c.d. "commissione di massimo scoperto"(CMS). Non solo non è dato sapere, in base delle disposizioni contrattuali, su quale grandezza vada applicata la percentuale (sul limite dell'apertura di credito, sulla sua massima utilizzazione, sulla media del

conto passivo, entro o oltre il fido?), ma nemmeno è chiaro quale sia la sua funzione e giustificazione (il diffuso richiamo ad una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, contrasta con la prassi bancaria che sembrerebbe di fatto, il più delle volte, calcolare detta commissione in misura percentuale non del limite dell'affidamento ma dell'esposizione debitoria massima raggiunta in concreto nel periodo considerato). Ne consegue, evidentemente, la nullità, rilevabile d'ufficio, della pattuizione, in quanto contrastante con l'art. 1346 c.c..

Tutto ciò considerato, lo svolgimento del rapporto di conto corrente in oggetto va rideterminato, escludendo gli effetti della capitalizzazione trimestrale e della commissione di massimo scoperto e applicando gli interessi secondo il disposto dell'art. 117 TUB.

Va precisato che nessun impedimento a tale rideterminazione può derivare dalla mancata contestazione degli estratti conto e dall'approvazione tacita che ne fa derivare l'art. 1832 c.c. (norma dettata in materia di conto corrente ordinario, ma richiamata dall'art. 1857 c.c. anche per il conto corrente bancario). Tale incontestabilità delle risultanze del conto, conseguente all'approvazione tacita ex art. 1832 c.c., si riferisce, infatti solo agli addebiti e agli accrediti nella loro realtà effettuale, e "non impedisce la contestazione della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori che da essi derivino, né l'approvazione o la mancata impugnazione del conto comportano che il debito fondato su di un negozio nullo, annullabile o inefficace (o, comunque, su situazione illecita) resti

definitivamente incontestabile " (così, fra le altre, Cass. Civ. Sez. I, 26//2001 n. 10186).

Per quanto esposto, va adottato, fra i vari conteggi alternativi effettuati dal CTU, quello con eliminazione della capitalizzazione trimestrale (senza capitalizzazione annuale o semestrale sostitutiva), con eliminazione della commissione di massimo scoperto e con applicazione dei tassi "minimi" previsti dall'art. 117 T.U.B (lo si veda nel "prospetto 19" allegato alla relazione peritale). Tale conteggio non può essere censurato per la mancata applicazione del disposto dell'art. 1194 c.c. (ossia dell'imputazione prima agli interessi e poi al capitale dei versamenti effettuati dal correntista), poiché nella struttura e funzione peculiari del rapporto di conto corrente bancario (come sopra già ricordate) le poste passive per il correntista, in costanza di rapporto, non costituiscono crediti liquidi ed esigibili della banca (solo in caso di revoca del fido o comunque di recesso o di chiusura del rapporto di conto corrente la banca potrebbe pretenderne il pagamento) e le rimesse del correntista, nell'ambito del rapporto, non hanno funzione solutoria e non costituiscono pagamenti in senso proprio (ai quali si riferisce l'art. 1194 c.c.), ma vanno semplicemente a collocarsi fra le poste attive del conto in evoluzione.

Secondo il suddetto conteggio, a fronte della somma complessiva di lire 71.645.974 effettivamente addebitata alla [redacted] a titolo di interessi e CMS nel corso del rapporto di conto corrente, avrebbe dovuto essere addebitato il solo importo complessivo di lire 27.241.905. La differenza, ammontante a lire 44.404.069 pari a euro 22.932,79, va restituita alla società attrice ai sensi dell'art. 2033 c.c., con gli interessi legali dalla

domanda giudiziale al saldo (non risulta, infatti, la mala fede della Banca nell'addebito degli interessi anatocistici, a fronte di un mutamento giurisprudenziale andatosi affermando proprio nel corso del rapporto in oggetto, e nemmeno nell'applicazione del tasso di interesse ultralegale, non potendosi equiparare la mancata prova della pattuizione degli interessi applicati alla consapevole imposizione unilaterale di interessi non dovuti, specie a fronte della prassi bancaria, all'epoca imperante, di applicare tassi abitualmente praticati su piazza; altrettanto è a dirsi per la CMS). Non è dovuta la rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valuta (se l'indebito ha per oggetto una somma di denaro, la conseguente obbligazione restitutoria è governata dal principio nominalistico; si veda, fra le altre, Cass. Civ. 6/11/2001 n. 13687) e non avendo l'attrice dimostrato, anche solo in via presuntiva, né specificamente allegato, di avere subito, per l'esborso non dovuto, un danno maggiore di quello ripianabile mediante la corresponsione degli interessi legali, ai sensi dell'art. 1224 comma 2° c.c..

Va rilevato, a questo proposito, con riferimento all'eccezione sollevata da parte convenuta, che non emergono i presupposti della "spontaneità della dazione" (è la banca ad addebitare gli interessi, senza una preventiva specifica autorizzazione data di volta in volta dal cliente; si veda, sul punto, Cass. Civ., 9/4/84 n. 2262) e del "convincimento di eseguire doveri morali o sociali", necessari, ai sensi dell'art. 2034 c.c., per la configurabilità di un'obbligazione naturale ai sensi dell'art. 2034 c.c. e dunque per la conseguente irripetibilità della prestazione degli interessi.

Il CTU ha, infine, verificato i tassi di interesse applicati dalla Banca rispetto

ai tassi soglia rilevati trimestralmente dal Ministero del Tesoro ai sensi della l. 108/96 in materia di usura (si vedano i prospetti illustrati dal Consulente dott. [redacted] alle pagg. 9, 10 e 11 della relazione depositata il 12/11/2007). Ne è emerso il superamento della soglia per i tassi applicati nel 3° trimestre 2000. Tanto risulta confrontando gli interessi applicati, compresa CMS e addebiti di spese collegate all'erogazione del credito (come previsto dall'art. 644 comma 4° c.p., secondo cui "per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito"), con il tasso soglia rilevato come da decreto ministeriale per il periodo di competenza, aumentato della percentuale relativa alla CMS separatamente rilevata (infatti secondo le istruzioni della Banca d'Italia pubblicate sulla G.U. n. 196 del 21/8/99, rivolte alle banche e agli intermediari finanziari per la rilevazione del TEG ai fini della determinazione del tasso soglia, "la commissione di massimo scoperto non entra nel calcolo del TEG; essa viene rilevata separatamente, espressa in termini percentuali"). Il CTU, secondo tale conteggio, ha riscontrato il superamento, rispetto al tasso soglia all'epoca vigente, degli interessi addebitati nel terzo trimestre 2000 (si veda il prospetto a pag.9). Si deve osservare, a questo proposito, che se è vero che, ai sensi dell'art. 1 del DL 394/2000 poi convertito nella legge 24/2001, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono pattuiti, indipendentemente dal momento del pagamento (e dunque del concreto addebito), è anche vero che tale disposizione risulta introdotta con precipuo riferimento alle sanzioni

previste dall'art. 644 c.p. e dall'art. 1815 comma 2° c.c.. Gli interessi che, come nel caso di specie, risultino superare il tasso soglia solo nel momento del loro pagamento, allora, non soggiacciono alla sanzione di cui al comma 2° dell'art. 1815 c.c. (in forza della quale non sarebbe dovuto alcun interesse) né si configura rispetto ad essi il reato di usura, ma rimangono comunque contrari alla norma imperativa desumibile dall'art. 644 c.p. (l'art. 1 DL 394/2000 è norma di interpretazione autentica da intendersi in senso stretto, che si riferisce all'applicabilità delle sanzioni, ma non alla fattispecie di usura in sè); si profila, pertanto, la nullità della clausola di previsione di interessi ultra soglia, ai sensi dell'art. 1419 c.c., e, essendo esclusa la sanzione di cui all'art. 1815 comma 2° c.c., il tasso applicato viene sostituito dal tasso soglia, potendosi interpretare la previsione normativa contenuta nella l. 108/96 come norma di etero integrazione contrattuale ai sensi dell'art. 1339 c.c. (solo con tale interpretazione si consente alla norma di operare efficacemente, secondo la sua *ratio*, anche in caso di pattuizione di interessi a tasso variabile o di esercizio di un pattuito *ius variandi* da parte della Banca).

Nel caso di specie, dunque, va assicurato che il tasso applicato nel 3° trimestre dell'anno 2000 sia ricondotto nei limiti del tasso soglia. Considerato che in concreto, nel conto corrente in oggetto, sono la CMS e le spese addebitate a determinare l'innalzamento del tasso oltre la soglia (infatti il solo interesse puro applicato non oltrepassa il limite, come si vede nella prima colonna del prospetto a pag. 9 della relazione; si veda anche la spiegazione del CTU) e considerato che la CMS è già stata eliminata nel conteggio effettuato dal CTU, non rimane che dedurre le spese del

trimestre collegate all'erogazione del credito e non altrimenti giustificate pari a lire 80.000,00 e dunque a euro 41,32 (si vedano le voci a, b, e c del prospetto "dati del trimestre" a pag. 10 della relazione e quanto esposto dal CTU nella pagina successiva). Tale importo va aggiunto alla suddetta somma di euro 22.932,79, già indicata come da restituire, ottenendosi l'intero dovuto di euro 22.974,11.

Le spese di causa seguono la soccombenza e vanno liquidate in favore dell'attrice in euro 5.696,74, di cui euro 1.777,00 per diritti, euro 2.000,00 per onorari ed euro 1.919,74 per spese (comprese le spese di consulenza tecnica di parte, per la cui rimborsabilità si veda Cass. Civ. 16/6/90 n. 6056), oltre 12,5% spese generali ex art. 14 DM 127/2004, IVA e CPA come per legge.

Le spese di CTU contabile, liquidate in euro 9.900,00 oltre IVA e accessori previdenziali, vanno poste a carico della convenuta, essendosi rivelate necessarie a causa dell'illegittimità di parte delle pretese creditorie dalla stessa avanzate.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando:

1. dichiara tenuta e condanna la convenuta [redacted] a pagare all'attrice [redacted] a titolo di ripetizione di importi indebitamente ricevuti con riferimento allo svolgimento del rapporto di conto corrente in oggetto, la somma complessiva di euro 22.974,11, con gli interessi legali dalla domanda giudiziale al saldo;
2. condanna la convenuta a rifondere all'attrice le spese di causa.

liquidate in euro 5.696,74, di cui euro 1.777,00 per diritti, euro 2.000,00 per onorari ed euro 1.919,74 per spese, oltre 12,5% spese generali ex art. 14 DM 127/2004, IVA e CPA come per legge, con distrazione in favore del difensore antistatario, che ha dichiarato di non avere riscosso i diritti e gli onorari e di avere anticipato le spese ai sensi dell'art. 93 c.p.c.,

3. pone definitivamente a carico della convenuta le spese di CTU contabile.

Como, 7 luglio 2009

Il Giudice

(Dott. Laura Raddino)

IL COLLABORATORE DI CANCELLERIA
(Concetta Dimaore)

TRIBUNALE ORDINARIO DI COMO
12 AGO. 2009
DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Il Collaboratore di Cancelleria

REGISTRATO ALL'AGENZIA DELLE ENTRATE DI COMO
il 26.10.09 3223 Serie 4a
Assolti Euro 692,72 seicentonovantadue/72
di cui Euro ..... per trascrizione
e Euro ..... per INVIM
Como, 30 NOV 2009

F.to IL DIRETTORE
IL CANCELLIERE

E' COPIA CONFORME all'ORIGINALE
x uso appello
Como 10 DIC. 2009

TRIBUNALE ORDINARIO DI COMO

IL CANCELLIERE
Vittorio Cantoni