

**15. TRIBUNALE MILANO SEZIONE 6 CIVILE - SENTENZA DEL 4 LUGLIO
2002, N. 8896**

BANCHE - Conto corrente bancario - Capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi
- Nullità - Sussiste

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE SESTA CIVILE

In composizione monocratica Giudice Unico Dott.ssa Carla Romana Raineri

ha pronunciato la seguente

SENTENZA NON DEFINITIVA

Nella causa civile iscritta al numero di ruolo riportato in epigrafe promossa con atto di citazione notificato in data 1.2.2000 da

Società di Re. S.r.l. in liquidazione in persona del liquidatore dott. Ma. Sc. e da Ma. Ma., rappresentate e difese dall'Avv. Ma. Ti. presso il cui studio in Mi., Via A. La. n. 40, hanno eletto domicilio, per procura a margine dell'atto di citazione.

attrice

contro

Banca di Ro. S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Da. Sc., presso il cui studio in Mi., Co. It. n. 6, ha eletto domicilio, per procura generale alle liti 21.5.1999 rep. 64415 notaio A. Za. in Roma.

convenuta

Oggetto: contratto di conto corrente bancario.

Conclusione delle parti:

Per Società di Re. S.r.l. in liquidazione:

In via principale nel merito:

Dichiararsi l'esatta risultanza contabile del rapporto intrattenuto con la convenuta Banca, per i motivi indicati in atti e previo accertamento delle operazioni autorizzate e che si riconosceranno autentiche, e per l'effetto dichiarare l'esatta somma risultante a debito e/o a credito, ricalcolando al corretto tasso legale d'interesse e con capitalizzazione annuale

ogni posta contabile con l'obbligatoria decurtazione delle somme relative ad interessi ultra legali, applicati trimestralmente e con spese non dovute.

In ogni caso:

Condannarsi la convenuta al pagamento delle spese e compensi di giudizio.

In via istruttoria:

volersi ammettere consulenza tecnica d'ufficio volta a determinare le esatte risultanze contabili relative al rapporto di cui è causa, esaminati gli estratti conto relativi al rapporto di conto corrente, computando per una sola volta, per anno solare, la commissione di massimo scoperto e di ogni commissione di spesa da aggiungere all'imponibile maggiorato degli interessi e non aggiungendo, poi, tale voce numerata al debito per cliente per l'anno successivo; computando a tale fine gli interessi con capitalizzazione annuale ed al tasso legale del 5% sino al 15/12/1990, 10% dal 16/12/1990 al 08/07/1992, 5% dal 09/07/1992 al 01/01/1999, 2,5% dal 02/01/1999 sino 31/12/00, 3,5% dal 01/01/2001 sino alla data attuale, verificando nel contempo l'eventuale superamento dei tassi-soglia ai fini dell'usura di cui alla legge 108/96.

In via istruttoria, ancora:

Ordinarsi ex art. 210 c. p.c. alla Banca di esibire in giudizio ogni documento relativo al rapporto de quo, con produzione degli estratti autentici di conto corrente e di ogni documento relativo, affinché si possa visionare e disconoscere ogni operazione non effettiva, del che si fa formale istanza.

Per Banca di Ro. S.p.A.:

Piaccia all'III.mo Tribunale adito, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione

In via preliminare:

emettere ordinanza di ingiunzione ex art. 186 ter c. p.c., immediatamente esecutiva, a favore della Banca di Ro. S.p.A. e nei confronti della Società di Re. S.r.l. in liquidazione e della sig.ra Ma. Ma., ingiungendo l'immediato pagamento - in via tra loro solidale - della somma di £ 202.418.206, oltre interessi dal 7.12.1999 al saldo al tasso del 9,25% o, in subordine, al tasso legale, con liquidazione delle spese secondo giustizia;

In via preliminare subordinata:

emettere ordinanza di ingiunzione ex art. 186 bis o, in subordine, ter c. p.c., immediatamente esecutiva, a favore della Banca di Ro. S.p.A. e nei confronti della sig.ra Ma. Ma., per la somma di £ 20.000.000, oltre interessi dal 7.12.1999 al saldo al tasso del 9,25% o, in subordine, a tasso legale, con liquidazione delle spese secondo giustizia;

In via principale:

respinge le domande avversarie in quanto infondate in fatto e in diritto;

In via riconvenzionale:

condannare la Società di Re. S.r.l. in liquidazione e la sig.ra Ma. Ma., in via tra loro solidale, al pagamento a favore della Banca di Ro. S.p.A. della somma di € 202.418.206, oltre interessi dal 7.12.1999 al saldo al tasso del 9,25% o, in subordine, al tasso legale, o alla maggiore o minor somma accertata in corso di causa;

In via istruttoria:

- respingere le istanze istruttorie ex adverso dedotte in quanto inammissibili e irrilevanti;
- ammettere prova per interpellato e per testi sui seguenti capitoli:

1) “Vero che verso la fine del 1998 la sig.ra Ma. Ma. si è più volte recata presso l'Ufficio Incagli della Filiale di Mi. della Banca di Ro., P.zza Ed., chiedendo di poter estinguere i debiti della Società di Re. S.r.l. relativi ai due c/c accessi presso tale banca mediante un pagamento a saldo e stralcio”;

2) “Vero che in occasione delle riunioni di cui al cap. 1, la sig.ra Ma. Ma. ha sempre riconosciuto come dovuta la somma di cui al saldo dei c/c di cui al precedente cap. 1 intestati alla Società di Re. S.r.l.”

Si indica come teste il dott. Lu. Po., c/o Banca di Ro., Filiale di Mi., P.zza Ed. n. 1. Con riserva di integrare la lista testi e dedurre nuovi mezzi istruttori.

In ogni caso:

Con vittoria di spese, competenze ed onorari di causa.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 1° febbraio 2000 la Società di Re. S.r.l. in liquidazione in qualità di debitrice principale e la Dott.ssa Ma. Ma., in qualità di fideiussore, convenivano in giudizio avanti il Tribunale di Milano la Banca di Ro. S.p.A. contestando, con riferimento ai rapporti di conto corrente n. (...) e n. (...) intestati alla Società di Re. presso la filiale di Mi. della banca, la contabilizzazione trimestrale degli interessi a debito, in violazione del divieto d'anatocismo, l'indeterminatezza dei tassi d'interesse praticati dalla banca, il carattere indebito delle spese addebitate, nonché l'esistenza di addebiti in conto corrente non effettivi e non documentati dalla banca.

Chiedevano quindi l'accertamento delle esatte risultanze contabili dei rapporti di conto corrente dedotti in causa.

La banca convenuta si costituiva in giudizio contestando il fondamento delle avverse pretese e deduzioni, instando per il rigetto delle domande attoree e in via riconvenzionale

per la condanna in via solidale delle parti attrici al pagamento della complessiva somma di £ 202.418.206, oltre interessi al tasso del 9,25% dal 7.12.1999 al saldo.

Relativamente al proprio preteso credito formulava istanza ex art. 186 ter c. p.c..

La difesa attrice, con riferimento all'intervenuto D.Lgs. n. 342/99, formulava istanza di rimessione alla Corte Costituzionale deducendo la illegittimità dell'art. 24 del predetto D.Lgs. per palese violazione degli artt. 3, 24, 76 e 77 della Costituzione.

La difesa convenuta contrastava tale istanza eccependone la inammissibilità e la manifesta infondatezza.

Il G.I., espletati i preliminari incumbenti di legge e verificata la inconciliabilità della lite, concedeva i termini per il deposito di memorie.

Su richiesta dei procuratori delle parti assegnava, altresì, gli ulteriori termini di cui all'art. 183 V c. c. p.c..

Ritenuta quindi la opportunità di decidere preliminarmente sull'an debeatur, in considerazione della evoluzione giurisprudenziale intervenuta sulla materia, fissava udienza di precisazione delle conclusioni.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'azione proposta dalle parti attrici va qualificata come azione di mero accertamento, in quanto espressamente rivolta, nelle conclusioni rassegnate, alla “determinazione della esatta somma risultante a debito e/o a credito ricalcolando al corretto tasso legale d'interesse e con capitalizzazione annuale ogni posta contabile con l'obbligatoria decurtazione delle somme relative ad interessi ultralegali applicati trimestralmente e con spese non dovute”, con particolare riferimento alla commissione di massimo scoperto.

La Banca di Ro., costituendosi in giudizio, ha svolto domanda riconvenzionale di condanna avente ad oggetto il saldo passivo dei rapporti, determinatosi attraverso l'applicazione delle clausole contrattuali contestate dalle parti attrici.

A sostegno del proprio credito la banca ha prodotto gli estratti conto, nonché alcune lettere intercorse tra le parti ed ha in particolare invocato la disposizione dell'art. 1832 c. c., richiamato dall'art. 1857 c. c., che disciplina gli effetti dell'approvazione del conto conseguente all'invio degli estratti conto, deducendo che il tasso convenzionale di interessi passivi praticato sarebbe stato determinato e conosciuto dal cliente in quanto indicato nell'estratto conto.

1. Sulla natura e sugli effetti della tacita approvazione degli estratti conto

Notevole, come è noto, è stato il dibattito in dottrina ed in giurisprudenza in ordine alla portata ed alla efficacia della tacita approvazione del conto, strettamente connessa alla natura dell'estratto conto bancario.

Deve essere condiviso, ad avviso del giudicante, l'orientamento secondo cui l'estratto conto bancario va considerato un mero documento contabile nel quale e con il quale le singole operazioni bancarie in esso rappresentate (prelevamenti e versamenti) non danno luogo, diversamente da quanto avviene nel conto corrente ordinario, alla costituzione di autonomi rapporti di credito o debito fra il cliente e la banca, ma rappresentano la esecuzione di un unico negozio da cui deriva il complessivo credito o debito della banca verso il correntista, vale a dire il saldo di conto corrente (Cass., 7 settembre 1984, n. 4788 in Giur. It., 1985, I, 1, 1090; Cass. 24 maggio 1991 n. 5876 in Foro It. 1992, I, 2201; Cass. 29 novembre 1994, n. 10185, in Giur. It. 1995, I, 1, 1882).

L'invio dell'estratto conto, predisposto unilateralmente dalla banca, svolge in altri termini precipuamente una funzione informativa in ordine allo svolgimento del rapporto e va collocato dunque nell'ambito degli obblighi di informazione e di trasparenza posti a carico dell'istituto di credito, come confermato anche dalla specifica disciplina di settore (art. 119 D.Lgs. 1° settembre 1993 n. 385).

La norma dell'art. 1832 c. c., che attribuisce al correntista destinatario dell'invio dell'estratto conto l'onere di muovere contestazioni in merito alle annotazioni contabili in esso contenute, va pertanto letta e interpretata in tale prospettiva.

E sulla base delle citate premesse, la mancata contestazione dell'estratto conto trasmesso da una banca al cliente può rendere inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti unicamente sotto il profilo meramente contabile, ma non pregiudica la possibilità per il correntista di contestare la validità e l'efficacia dei rapporti obbligatori che hanno dato luogo agli addebiti e agli accrediti (Cass. 10 aprile 1995, n. 4140 in Giust. Civ. 1995, I, 1776, Cass. 24 maggio 1991, n. 5876, in Giust. Civ. 1991, I, 2970, Cass. 15 giugno 1995, n. 6736).

Le contestazioni relative alla nullità delle clausole con le quali è stato determinato un tasso di interesse, così come quelle relative alla capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito, non possono essere considerate alla stregua di errori formali afferenti alle singole partite dell'estratto conto; esse attengono, invero, alla efficacia dei rapporti obbligatori da cui derivano gli accrediti e gli addebiti annotati nell'estratto conto e come tali sono regolate dalle norme generali sui contratti, soggiacendo al termine di prescrizione ordinario (Cass. 11/9/97 n. 8989 e Cass. 29/9/94 n. 10185)

2. Determinazione del saggio di interessi ultralegali - interessi "uso piazza"

Molto diffusa era, prima della introduzione della normativa sulla cosiddetta trasparenza bancaria, che ha avuto il suo esordio in Italia con la L. 154/92, l'utilizzazione della clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto secondo cui il saggio di interesse ultralegale veniva determinato in forza di rinvio alle "condizioni usualmente praticate su piazza".

In un primo tempo è prevalsa la tesi secondo cui la determinazione per relationem del saggio di interesse extralegale con riferimento agli usi su piazza doveva considerarsi comunque pratica lecita, sia con riferimento all'art. 1284 ult. c. c. c., in quanto rispettosa della forma scritta, sia avuto riguardo all'obbligo previsto dall'art. 1346 c. c. in ordine al requisito della determinatezza/determinabilità dell'oggetto del contratto, poiché fondata su criteri oggettivi.

Cominciò poi a manifestarsi, dapprima nelle Corti di merito e quindi in sede di legittimità, più di un dissenso in ordine a tale orientamento.

Venne difatti, al contrario, evidenziato come il rinvio alle condizioni "uso piazza" comportasse una indubbia indeterminatezza dell'oggetto, non essendo riscontrabile nella prassi un uso bancario di costante e univoca applicazione che consentisse, sia pure per relationem, la preventiva ed esatta determinazione del regolamento negoziale posto in essere dalle parti.

Parte della giurisprudenza di merito (App. Milano 15 dicembre 1989 in Banca e borsa, 1991, II, p. 198; Trib. Macerata 17 agosto 1989 in Dir. Banc. Merc. Fin. 1991, p. 148; Trib. Genova 9 maggio 1989 in NGCC, 1990, I, 62, Trib. Roma 5 marzo 1987 in Giust. Civ. 1988, I, p. 534) rilevò l'indeterminatezza e l'indeterminabilità della clausola contrattuale di rinvio agli interessi d'uso su piazza, osservando che "non esiste affatto un tasso d'uso rilevabile ex post, ma solo una fascia di tassi, compresi probabilmente tra il prime rate ed il top rate, nella quale gli istituti di credito si muovono con assoluta discrezionalità" (così Trib. Roma 5 marzo 1987 cit.), con conseguente inesistenza di un uso bancario idoneo ad integrare con elementi di obiettività e certezza la relatio contenuta nella clausola in esame.

Anche la giurisprudenza della Suprema Corte mutò sostanzialmente indirizzo, senza negare in astratto la validità della relatio, ma spostando progressivamente l'attenzione sui requisiti minimi della "eterodeterminabilità" del tasso, al fine di verificare se ed in quale misura si potessero ritenere rispettati i canoni stabiliti dagli artt. 1346 c. c. e 1284 c. c. (determinabilità dell'oggetto e forma scritta).

Considerato in linea di principio accettabile il rinvio ad indici di formazione bancaria, si pose dunque il problema di verificare, con riferimento ai singoli casi dedotti, se tale rinvio fornisse un riferimento conoscibile a priori, se non nel risultato matematico, quantomeno nella formula, onde evitare che venisse lasciato ad una delle parti un intollerabile ius variandi che, seppure non confliggente con i principi di ordine pubblico economico, certamente avrebbe leso la necessaria formalità del patto di fissazione di interessi ultralegali (da ultimo, Cass. 13/3/96 n. 2103, in Giur. it., 1997, I, I, c 50)

Come è noto, la L. 17 febbraio 1992 n. 154 (c.d. legge sulla trasparenza bancaria) ha sancito, all'art. 4, comma terzo, la nullità delle clausole di contratti bancari che, per la determinazione degli interessi, anziché a parametri fissi, facciano riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito su piazza.

Tale previsione è stata poi confermata dall'art. 117, D.Lgs. 1° settembre 1993 n. 385 (c.d. Testo Unico Bancario) che, al sesto comma, stabilisce che sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione di tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizioni praticati, statuendo, al quarto comma, che il tasso d'interesse ed ogni altro prezzo e condizione praticati, devono essere indicati nel contratto.

L'esplicito divieto di rinvio agli usi, contenuto nelle leggi speciali, esclude ora senz'altro ogni legittimità alle clausole che affidano la determinazione del tasso di interesse per relationem mediante il richiamo agli "interessi d'uso" ovvero a quelli "usualmente praticati su piazza dalle aziende di credito".

L'espressa sanzione di nullità non ha tuttavia risolto la questione relativa alla validità delle clausole stipulate prima dell'entrata in vigore della L. 154/92 in relazione a contratti bancari tuttora in corso.

E' stato da taluni sostenuto il carattere interpretativo della normativa sulla trasparenza con conseguente retroattività delle sue disposizioni.

Ma anche a voler considerare le disposizioni della legge n. 154/1992 e gli artt. 115 e ss. del Testo Unico Bancario norme a carattere non retroattivo, per i contratti anteriori a tali leggi dovremmo in ogni caso concludere che l'onere di forma scritta ed il requisito di determinazione del contenuto del contratto richiesto per l'efficacia del rapporto obbligatorio possono essere validamente integrati solo se ed in quanto il tasso d'interesse sia oggettivamente determinabile e controllabile ex ante in base ai criteri stabiliti nel contratto, vigendo pur sempre gli inderogabili principi degli artt. 1284 terzo comma e 1346 c. c., indipendentemente dalla sanzione espressa dalla legge speciale.

Anche l'orientamento più recente della Corte di cassazione, con riferimento ai contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della c. d. legge sulla trasparenza bancaria, afferma la nullità di tali clausola inserita nei contratti di conto corrente bancario deriva dall'art. 1284 c. c., in quanto le “condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito su piazza” non costituiscono un riferimento idoneo a consentire una oggettiva determinabilità del tasso d'interesse convenzionale (in questo senso, Cass. 10 novembre 1997 n. 11042 in Banca e borsa, 1999, II, 10; Cass. 8 maggio 1998 n. 4696 in Giust. Civ. Mass., 1998, 987; Cass. 23 giugno 1998 n. 6247; Cass. 11 agosto 1998 n. 7871; Cass. 19 luglio 2000, n. 9465 in Foro it. 2001, I, 155; Cass. 18 aprile 2001 n. 5675 in Giust. Civ. Mass. 2001, 812 e Cass. 1° febbraio 2002 n. 1287, inedita).

Nel caso di specie il tasso debitore è stato convenuto con riferimento al “top rate di volta in volta vigente”, indicato all'atto della stipulazione del contratto nella misura del 14,50% (cfr. contratto prodotto dalla difesa convenuta a seguito della ordinanza 24/4/2002).

Non sembra condivisibile, a parere del giudicante, l'equiparazione fra clausola “uso piazza” (et similia) e clausola che prevede la determinazione della misura degli interessi attraverso un rinvio al “prime rate” ovvero al “top rate”.

A nulla infatti rileva sul punto la circostanza che la rilevazione sia operata da una associazione privata (ABI) essendo consentito nel nostro ordinamento la determinazione dell'oggetto del contratto attraverso il deferimento ad un terzo, che ben può non rivestire la qualità di pubblica autorità (art. 1349 c. c.).

Peraltro il requisito di determinabilità dell'oggetto (tasso di interesse) sembrerebbe assicurato dal fatto che sia il “prime rate”, sia il “top rate” costituiscono indici periodicamente determinati sulla base di una media di tassi applicati dalle banche per come rilevati dall'associazione di categoria (ABI), adeguatamente pubblicizzati anche dalla stampa non specialistica e dunque facilmente verificabili nell'andamento da parte del cliente.

In altri termini, diversamente da quanto accade per il mero rinvio agli “usi su piazza” per il tramite del quale (come da taluno efficacemente evidenziato) si contrabbandava sotto le mentite spoglie dell'uso ciò che sostanzialmente era una unilaterale, insindacabile e, a volte, imprevedibile, autodeterminazione del tasso da parte della banca, al contrario la determinabilità del saggio di interesse con riferimento al “prime rate” ovvero al “top rate” può ritenersi assicurata mediante il rinvio ad elementi e criteri che, benché estrinseci al contratto, risultano comunque sicuramente ed obiettivamente rilevabili (così Cass. 14/8/97 n. 7627 e Cass. 1/9/95 n. 9227).

3. Sulla capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi

Parte attrice ha contestato il computo della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi deducendo la nullità di tale pratica per violazione dell'art. 1283 c. c..

Sono ben note le recenti sentenze con le quali la Corte di legittimità ha statuito la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi in quanto basate su un uso negoziale (art. 1340 c. c.) e non su un uso normativo (artt. 1 e 8 delle preleggi), come esige l'art. 1283 c. c. laddove prevede che l'anatocismo sia vietato "in mancanza di usi contrari". (Cass. Civ. sez. I, 18 febbraio 1999, Giust. Civ. Mass., 1999, n. 1360, pag. 430; Cass. Civ. sez. I, 16 marzo 1999, Fallimento, 1999, n. 2374, pag.1230; Cass. Civ. sez. III, 30 marzo 1999, Banca borsa tit. cred. 1999, II, 1999, n. 3096, pag. 389; Cass. Civ. sez. I, 11 novembre 1999, Foro It., 2000, pag. 451).

Secondo tale importante orientamento della Suprema Corte a nulla vale, peraltro, l'inserimento nel contratto della clausola di capitalizzazione trimestrale in conformità alle cosiddette norme bancarie uniformi predisposte dall'ABI, poiché le norme bancarie uniformi hanno esclusivamente il carattere di usi negoziali, non quello di usi normativi, e pertanto non escludono in alcun modo la nullità della clausola di specie.

La difesa della banca non condivide l'orientamento espresso dalla cassazione e ha addotto diversi argomenti, peraltro posti a motivazione di alcune recenti pronunce di merito.

Il Tribunale non ritiene, tuttavia, di doversi discostare dall'orientamento espresso dalla Corte di cassazione, confermato ancora da ultimo con la pronuncia Cass. Sez. I 1° febbraio 2002 n. 1281, inedita.

Si osserva in primo luogo come la Suprema Corte abbia già escluso l'esistenza di usi normativi in deroga al divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c. c. sulla base di un analitico esame degli usi normativi esistenti, rilevando come i riferimenti alla capitalizzazione trimestrale, in ogni caso, appaiono nelle norme bancarie uniformi in epoca ben successiva all'entrata in vigore del codice civile, e cioè solamente nel 1952.

E' stato poi più volte evidenziato che la capitalizzazione trimestrale nelle norme bancarie uniformi non comporta certo la prova dell'esistenza di un uso normativo, bensì al massimo di un uso negoziale inidoneo, per il suo carattere contrattuale dispositivo e per la mancanza di carattere normativo, a incidere sul divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c. c..

Inoltre, per completezza, si osserva che, in virtù di quanto previsto all'art. 8 delle disposizioni sulla legge in generale, gli usi normativi non possono mai per definizione

prevalere su norme imperative di legge, bensì - e solo in quanto espressamente richiamati - su norme dispositive.

Considerato il carattere imperativo del divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c. c., atteso che tale norma vieta che gli interessi possano essere a loro volta capitalizzati producendo ulteriori interessi prima della loro formazione, produzione e decorrenza, deve escludersi in radice la possibilità che successivamente al 1942 possano essersi validamente formati degli usi di capitalizzazione trimestrale degli interessi, in quanto all'atto stesso della loro formazione le pratiche contrattuali dalle quali essi sarebbero dovuti sorgere sarebbero risultate anche inesorabilmente invalide perché *contra legem*.

Ebbene le raccolte di usi indicate dalla banca convenuta sono tutte successive al 1952, così che risulta confermato l'accertamento di inesistenza di usi normativi idonei ad integrare la deroga all'art. 1283 c. c..

Con riguardo alle “norme contrattuali” raccolte nel 1929, menzionate nella sentenza del Tribunale di Bari 28 febbraio 2001, in Foro It. 2001 I, c. 2361, si osserva invece che proprio il carattere negoziale di tale raccolta esclude che all'epoca esistesse e si fosse già formato un uso normativo.

Infatti la raccolta di norme cui si riferisce la predetta sentenza è rappresentato da una Lettera Circolare della Confederazione Fascista delle Banche (menzionata anche nella sentenza di Trib. Firenze 8 gennaio 2001, in I contratti n. 6/2001, p. 596) con la quale si sottoponeva alle banche consociate il suggerimento di procedere all'adozione di determinate clausole contrattuali.

E' dunque escluso che possa ravvisarsi il carattere di uso normativo, ovvero di ricognizione unilaterale di un uso normativo esistente, nel riferimento contenuto in una circolare consistente soltanto in una proposta di applicazione di condizioni contrattuali uniformi.

Al contrario, il suggerimento da parte della Confederazione delle Banche di inserire la capitalizzazione trimestrale quale specifica pattuizione contrattuale indica, evidentemente, che la stessa capitalizzazione trimestrale non costituiva un uso oggetto di osservanza generalizzata accompagnata dal convincimento della conformità alla legge poiché, se così fosse stato, non vi sarebbe stata alcuna necessità o utilità di inserire tra le condizioni contrattuali praticate dalle banche una pratica già osservata quale uso normativo.

Non convince, inoltre, l'argomento per assurdo tentato nelle motivazioni di alcune sentenze di merito (Trib. Firenze 9 gennaio 2001, cit., Trib. Monza 2 ottobre 2000, in

Foro It., I, c. 2362), secondo cui se si esclude la rilevanza delle condizioni generali di contratto predisposte dalle associazioni di categoria, allora un uso normativo non potrebbe mai formarsi per il fatto della coesistenza di usi negoziali.

A tale riguardo si deve rilevare che ogniqualvolta, al fine di provare l'esistenza di un uso normativo si fa riferimento a schemi contrattuali predisposti da associazioni di categoria (quali sono quelli predisposti dall'Associazione Bancaria Italiana, sotto il nome di norme bancarie uniformi o quali potevano essere quelli predisposti dalla Confederazione Generale Fascista delle Banche nel 1929), non si tratterà mai per definizione di usi normativi, ma di condizioni contrattuali di natura pattizia che, a seconda delle circostanze di fatto, possono essere state con minore o maggiore diffusione utilizzate dalle banche.

Si tratterebbe, invero, soltanto di una clausola contrattuale, sia pure ampiamente e ripetutamente diffusa, ma mai di un uso normativo. In altre parole, non è argomento idoneo a provare l'esistenza di un uso normativo il fatto che possano essere rinvenute, anche in tempi risalenti, clausole contrattuali che prevedano la capitalizzazione trimestrale degli interessi.

Occorre infatti distinguere nettamente la portata dell'inserimento e della ripetizione di determinate clausole nei moduli contrattuali predisposti dagli istituti di credito in conformità con le indicazioni delle associazioni di categoria, dalla corretta percezione o meglio dalla effettiva convinzione giuridica da parte della generalità e in particolare dei contraenti bancari - vale a dire dell'opinione iuris ac necessitatis - che quella clausola, presente in modo ripetuto nei moduli delle banche, corrisponda non ad una clausola contrattuale predisposta dalla banca, o dalla banca ripresa dalle associazioni di categoria, ma ad una regola di diritto di per sé esaustiva, quale appunto è una norma consuetudinaria.

In altre parole, il contraente bancario individua nelle clausole, nel contenuto del modulo contrattuale tendenzialmente uniforme predisposto dalle banche, una serie di clausole generali - e, tra queste, la clausola di capitalizzazione trimestrale - insuscettibile di contrattazione individuale, la cui accettazione costituisce presupposto indefettibile per l'accesso al servizio bancario.

Tale clausola dunque, per quanto generalizzata, diffusa e ripetuta, conserva il valore derivante dalla fonte contrattuale da cui deriva e non acquista, per il solo fatto di essere appunto generalizzata, diffusa e ripetuta, un valore diverso, qual è quello della cogenza della norma giuridica proprio dell'uso normativo.

4. Sulla applicabilità dell'art. 1831 c. c. al conto corrente bancario

La difesa della banca convenuta ha inoltre introdotto in causa un'ulteriore argomentazione volta a legittimare la pratica della capitalizzazione trimestrale attraverso il riferimento alla disciplina del conto corrente ordinario.

Tale impostazione del problema, pur essendo stata seguita da alcuni giudici di merito (Trib. Roma 14 aprile 1999, in Foro It. 1999, I, c. 2370; Trib. Roma 9 maggio 2001, in Foro It. 2001, I, c. 2989; Trib. Vercelli 9 febbraio 2001, in Dir. Fall. 2001, II, p. 1019), non appare giustificata e convincente.

Non è anzitutto chiaro se si intenda procedere ad un'interpretazione estensiva o analogica della norma in esame.

In ogni caso, tanto l'interpretazione analogica, quanto quella estensiva, devono ritenersi assolutamente escluse sia in ragione del dato testuale (lo stesso codice civile richiama nell'art. 1857 c. c. solo ed unicamente tre articoli della disciplina del conto corrente ordinario, vale a dire gli artt. 1826, 1829 e 1832 c. c., mentre certamente non richiama l'articolo 1831 c. c., che al contrario - secondo il tentativo da ultimo accennato - si intenderebbe applicare anche al conto corrente bancario), sia per l'assoluta diversità causale e tipologica fra il contratto di conto corrente ordinario ed il contratto di conto corrente bancario.

Ed infatti, mentre nel conto corrente ordinario, come risulta dall'art. 1823 c. c., le parti si obbligano a differire nel tempo l'esigibilità dei rispettivi crediti che possono sorgere dai reciproci rapporti (di fornitura o di qualsiasi altra prestazione) e questo proprio al fine di sottrarli al loro potere di disposizione e considerarli al contrario indisponibili ed inesigibili sino alla chiusura del contratto, nel conto corrente bancario la banca assume, secondo le regole del mandato, il compito di svolgere una serie di operazioni consistenti in pagamenti o riscossioni di somme per conto del cliente e dietro suo ordine rendendo in ogni momento disponibile ed esigibile il credito del cliente verso la banca, come stabilito dalla norma fondamentale in materia (art. 1852 c. c.).

Nel conto corrente ordinario entrambe le parti possono dare impulso al rapporto procedendo all'annotazione sul conto di reciproci crediti, al contrario nel conto corrente bancario la sola parte che può dare impulso al rapporto è il cliente attraverso i suoi ordini alla banca ed i debiti ed i crediti maturati dalla banca in seguito alle operazioni da essa eseguite per conto del cliente non si pongono mai in rapporto di reciprocità con i debiti e crediti dei clienti verso la banca.

Mentre nel conto corrente ordinario è assolutamente necessario dar vita ad una periodica chiusura del conto per rendere finalmente disponibile ed esigibile il saldo a favore

dell'uno o dell'altro correntista ordinario, nel conto corrente bancario non vi è alcuna necessità di una chiusura periodica del conto, in quanto in qualsiasi momento, in base all'art. 1852 c. c., il cliente correntista ha la piena disponibilità del conto e delle somme a suo credito in esso annotate.

Il rapporto di piena disponibilità da parte del cliente si sviluppa ininterrottamente prima e dopo la cosiddetta chiusura periodica del conto corrente bancario, che pertanto svolge solo ed esclusivamente la funzione di conteggiare gli interessi a debito o credito del cliente (si ricorda in proposito che tale conteggio - fino alla delibera CICR del 9 febbraio 2000, pubblicata in Gazzetta Ufficiale 22 febbraio 2000, n. 43 - avveniva per gli interessi a debito del cliente più volte nel corso dell'anno, per gli interessi a credito del cliente una sola volta nel corso dell'anno).

E' per questo motivo che l'art. 1831 c. c. non è stato richiamato nell'ambito della disciplina del conto corrente bancario: non vi è, infatti, nel conto corrente bancario alcuna effettiva e periodica chiusura del conto dalla quale scaturisca l'esigibilità di una somma.

Conclusivamente si può affermare che il conto corrente ordinario si fonda sull'equilibrio di scelte bilateralmente determinate da due contraenti i quali, in relazione alle loro specifiche prestazioni, possono decidere tempi e meccanismi di estinzione dei reciproci debiti nella più totale autonomia (si pensi, per esempio, a due commercianti che si scambiano con continuità forniture o rimesse di beni materiali e, a questo fine, decidono di regolare i loro rapporti attraverso un conto corrente ordinario, nel quale annotano i crediti derivanti dalle reciproche rimesse, crediti che sono inesigibili e indisponibili sino alla chiusura del conto stabilita pattiziamente dai due correntisti).

Nel conto corrente bancario al contrario è la banca che, quale mandataria di un servizio assai specifico e peculiare (deposito, mandato, ecc. ...), gestisce unilateralmente la rappresentazione contabile delle prestazioni svolte su incarico del proprio cliente, provvedendo essa stessa all'annotazione sul conto, con la conseguenza che nel momento in cui la banca afferma di operare la chiusura periodica (trimestrale, semestrale, annuale) del conto, altro non fa che conteggiare il suo corrispettivo sotto forma di interessi, spese e commissioni ad una certa data.

Ed è qui che emerge l'insanabile conflitto con la regola dell'art. 1283 c. c. relativa al divieto di anatocismo, in quanto la cosiddetta chiusura periodica del conto e il conseguente conteggio degli interessi dà luogo a quella produzione degli interessi che è consentita solo nei limiti ben circoscritti dell'art. 1283 c. c..

5. Sulla retroattività dell'art. 25 D.Lgs. n. 342/99

Il legislatore ha preso atto dell'accertamento compiuto dalla Corte di cassazione in ordine al carattere *contra legem* della prassi bancaria di procedere alla capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi per le banche e, come noto, con l'art. 25 del D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342, ha espressamente stabilito, ma solo per le operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, la possibilità di stabilire contrattualmente la produzione degli interessi sugli interessi, modificando a tale proposito l'art. 120 del Testo Unico Bancario purché la periodicità nel conteggio degli interessi venga assicurata sia per gli interessi attivi a favore della banca, sia per gli interessi attivi a favore dei correntisti della banca.

Tale art. 120 del Testo Unico Bancario affida al CICR il compito di stabilire le concrete modalità e i criteri per la produzione di interessi sugli interessi nelle operazioni bancarie e a questo il CICR ha provveduto con la già citata delibera 9 febbraio 2000.

E' assolutamente evidente, pertanto, che tali provvedimenti di normativa primaria e secondaria, attraverso i quali il legislatore ha fatto seguito alla giurisprudenza citata della Corte di cassazione sulla nullità delle clausole anatocistiche, confermano, sul piano anche strettamente interpretativo, che il legislatore non ha potuto che prendere atto che la disciplina dell'art. 1283 c. c. non consentiva alla banca la capitalizzazione trimestrale degli interessi, al punto che, proprio per arrivare a consentirla, ha dovuto procedere alla creazione di una legge assolutamente speciale, che vale solo per l'anatocismo nelle operazioni bancarie, mentre rimane fermo il divieto dell'anatocismo per ogni altra pattuizione contrattuale.

Sempre sul piano interpretativo e sistematico, va altresì ricordato che lo stesso legislatore, ben consapevole dell'invalidità ed inefficacia delle clausole anatocistiche contenute nei contratti bancari, aveva previsto all'art. 25, comma terzo del D.Lgs. 342/1999 un'espressa norma di attribuzione di validità ed efficacia retroattiva a tali clausole appunto invalide.

E' noto tuttavia che quest'ultima norma di cosiddetta validazione successiva di clausole nulle è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale con sentenza 17 ottobre 2000, n. 425.

Ma neppure con il suddetto art. 25 terzo comma del D.Lgs. n. 342/1999, che operava una vera e propria validazione retroattiva (cioè attribuiva validità a contratti e clausole che erano invalide), si è tentato di presentare tale iniziativa legislativa, quale norma interpretativa piuttosto che novativa.

In conclusione, se è vero che in esecuzione dell'art. 120 del Testo Unico Bancario e della delibera del CICR oggi è consentito alle banche di operare la capitalizzazione degli

interessi, purché la stessa capitalizzazione sia riconosciuta alla clientela, è altresì assolutamente pacifico che prima dell'entrata in vigore di tale norma tutto ciò non era possibile alla banca: per consentire tale capitalizzazione degli interessi è stata, infatti, necessaria una norma speciale che in nulla ha modificato l'art. 1283 c. c., il quale quindi continua a dispiegare i suoi effetti per tutto il periodo anteriore all'entrata in vigore delle modifiche legislative all'art. 120 del Testo Unico Bancario e alla conseguente delibera CICR.

Pertanto deve affermarsi l'illegittimità dell'anatocismo trimestrale praticato dalla banca convenuta.

6. Sulla commissione di massimo scoperto

Per quanto riguarda poi la pretesa relativa alla commissione di massimo scoperto, il Tribunale preliminarmente rileva l'inammissibilità, in linea di principio, della inserzione automatica di un onere di siffatta portata attraverso la assimilazione ad una clausola d'uso.

Non appare infatti possibile la dilatazione del contenuto del contratto bancario a pattuizioni inesprese sulla base della disciplina della trasparenza bancaria e del Testo Unico Bancario, che escludono che il correntista possa essere obbligato a qualsivoglia onere che non sia specificamente indicato nel contratto (art. 117, quarto comma, Testo Unico Bancario); come pure - in conformità con la espressa esclusione di qualsiasi legittimità di un rinvio agli usi (art. 117 sesto comma) - è in radice esclusa qualsiasi possibilità di inserire nel contratto contenuti negoziali non espressamente pattuiti e derivanti al contrario da usi esterni al contratto.

Nella specie il contratto di conto corrente prodotto in atti prevede espressamente la commissione di massimo scoperto e ne determina il corrispondente tasso (0,50%).

Ma l'intera tematica della commissione di massimo scoperto va rivisitata alla stregua dei principi generali che regolano i contratti (determinabilità dell'oggetto e causalità del negozio).

Va anzitutto osservato la definizione di commissione di massimo scoperto è contrassegnata da una estrema imprecisione relativamente al suo contenuto.

Né i manuali di tecnica bancaria, né quelli di diritto bancario dedicano particolare attenzione all'argomento.

Allorquando la dottrina tenta una definizione della clausola che possa avere una sua plausibilità, si riscontra invece nella pratica bancaria una applicazione del tutto diversa, assolutamente non plausibile, separata da qualsiasi pattuizione, comunque assolutamente

imprevedibile e non calcolabile dal cliente che in tal modo si trova onerato dalla unilaterale decisione della banca.

Sul piano economico la prima definizione che viene avanzata è quella, apparentemente plausibile, secondo cui tale commissione avrebbe carattere corrispettivo dell'obbligo della banca di tenere a disposizione del cliente una certa somma per un certo lasso di tempo.

Delineata in questo modo, la commissione di massimo scoperto sembrerebbe atteggiarsi ad una sorta di corrispettivo preteso e, se del caso, dovuto per il semplice fatto che con la concessione dell'apertura di credito, indipendentemente dall'utilizzazione del credito, la banca tiene a disposizione del cliente una somma di danaro e quindi sopporta la diseconomia della indisponibilità della somma senza poter godere dell'utilità degli interessi che sarebbero dovuti in caso di effettivo utilizzo della linea di credito.

Ma allora tale commissione meriterebbe l'opposto appellativo di commissione di affidamento e, come messo in luce dalla giurisprudenza (cfr. Appello Lecce 27 giugno 2000, in I contratti n. 4/2001, p. 374), dovrebbe essere computata solo ed unicamente nel caso in cui il cliente non abbia mai utilizzato l'apertura di credito.

Poiché, tuttavia, ciò costituirebbe un chiaro disincentivo alla acquisizione di clienti, i quali eviterebbero di chiedere o mantenere una apertura di credito se sapessero che la sola presenza dell'affidamento conduce a dei costi, nella realtà le banche non prevedono una "commissione di affidamento", ma al contrario esigono una "commissione di massimo scoperto" nel momento in cui il cliente ha utilizzato l'apertura di credito e quindi quando, divenuto ormai debitore della banca, si trova nella impossibilità di poter rifiutare gli oneri conseguenti l'utilizzazione dell'apertura di credito stessa.

L'applicazione della commissione avviene dunque sull'importo dell'apertura di credito che è stata utilizzata, e cioè seguendo criteri del tutto opposti a quelli che ci si sarebbe potuto attendere in base al contenuto della clausola.

Ma neanche questa applicazione si può dire uniforme e univoca.

Talora la banca la applica sul massimo saldo dare che si è verificato nel periodo preso in considerazione (e cioè il trimestre); talora la banca la applica sul "massimo saldo dare" che rientri in una ininterrotta situazione debitoria di durata superiore a 10 giorni. Mai comunque la banca ne enuncia il contenuto e l'ammontare in qualsivoglia parte del contratto, di guisa che il cliente non è in grado di calcolarla ex ante e neppure di ricostruirla ex post e si trova da essa onerato quale ulteriore voce di addebito che confluisce sul conto e si moltiplica ulteriormente per effetto dell'anatocismo trimestrale.

A ciò si aggiunge l'evidente assurdità dell'applicazione di una siffatta commissione su conto chiuso in quanto con la chiusura del conto è venuta meno anche l'apertura di credito e dunque la messa a disposizione del danaro quale onere da retribuire.

La nullità, rilevabile d'ufficio, di siffatta pretesa obbligatoria appare dunque di chiara evidenza: il supposto rapporto obbligatorio o patto contrattuale deve ritenersi, infatti, nullo per totale mancanza di una causa giustificatrice poiché la remunerazione della utilizzazione della somma messa a disposizione dalla banca consiste negli interessi corrispettivi e tali interessi dovranno essere calcolati, nella misura a tale titolo convenuta, sulla somma concretamente utilizzata e per tutto il periodo di tempo in cui la somma è stata utilizzata.

7. Sulla diversa capitalizzazione applicabile ai rapporti di conto corrente bancario

L'argomento, nel caso di specie, non necessita di alcun approfondimento, avendo il difensore delle parti attrici espressamente richiesto, nelle proprie conclusioni, la applicazione della capitalizzazione degli interessi passivi su base annua e dovendosi il giudicante attenere al principio della corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato.

8. Conclusioni

L'accertamento, per le considerazioni sopra esposte, della nullità delle pattuizioni relative alla capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi e alla commissione di massimo scoperto escludono l'accoglimento, allo stato, della domanda di condanna proposta in via riconvenzionale dalla banca e della istanza ex art. 186 ter c. p.c. la quale, come è noto, presuppone la ricorrenza dei requisiti del decreto ingiuntivo (certezza, liquidità ed esigibilità del credito).

Nel contempo si rende necessaria e opportuna la rimessione della causa in istruttoria per l'espletamento di una consulenza tecnica contabile che proceda a determinare il saldo dei rapporti di conto corrente per cui è causa sulla base degli estratti conto dei rapporti n. (...) e n. (...) computando gli interessi passivi, nella misura convenuta, con capitalizzazione annuale ed escludendo dal computo la commissione di massimo scoperto.

(Omissis)

P.Q.M.

Il G.I., in funzione di Giudice Unico, non definitivamente pronunciando, dichiara la illegittimità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi;

dichiara la nullità della pattuizione avente ad oggetto la “commissione di massimo scoperto”;

dispone la rimessione della causa in istruttoria, come da separata ordinanza, per la determinazione del saldo di conto corrente alla stregua dei principi di diritto sopra enunciati.

Spese al definitivo.