

17. TRIBUNALE DI MANTOVA, SEZ. II - SENTENZA DEL GIORNO 10 SETTEMBRE 2004

Giudice Unico: Dott. Luigi Bettini

La massima:

E' nullo il decreto ingiuntivo emesso sulla base del solo saldaconto dovendo essere prodotto il completo estratto del conto da cui evincere le operazioni compiute durante l'intero rapporto.

Le clausole contrattuali stipulate anteriormente all'entrata in vigore della l. 154/92 che, con riguardo agli interessi dovuti dalla clientela, si limitano a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, sono divenute inoperanti a partire dal 9 luglio 1992.

Al contratto di conto corrente bancario privato della clausola nulla si applicano gli interessi in misura legale e dunque a) quella calcolata ex art. 1284 c.c. fino all'entrata in vigore della l. n. 154/92; b) quella calcolata ex art. 5 l.n. 154/92 e, poi, ex art. 117 d. lgs. n. 385/93: in tal caso gli interessi vanno determinati con riferimento al tasso minimo e massimo dei BOT calcolato prendendo a riferimento l'anno della loro emissione anteriore ad ogni operazione, con la precisazione che, dopo la chiusura del conto, gli interessi andranno invece calcolati ex art. 1284 c.c.

Nel caso in cui a seguito di fusione per incorporazione fra istituti di credito il processo sia stato dichiarato interrotto e, quindi, riassunto non dall'incorporante, rimasta contumace, bensì dalla diversa banca a cui l'incorporante aveva ceduto un ramo della propria azienda, la cessionaria, sotto il profilo processuale, assume la veste di interveniente volontaria e, sul piano sostanziale, avendo provato la successione nel rapporto oggetto del giudizio, va considerata, essa sola, titolare del diritto controverso.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione ritualmente notificato Ferruccio Alfredo svolgeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 678/97 emesso dal Pretore di Mantova il 24/9/97 e notificatogli il 2/10/97 con il quale la B.A.M. s.p.a. aveva ottenuto la sua condanna al pagamento della somma di £. 42.594.156, oltre agli interessi al tasso del 10% dal 10/9/97 all'effettivo soddisfo quale saldo debitore del conto corrente n. 14442/5 a lui intestato.

Dopo avere stigmatizzato la scorrettezza della banca creditrice nella gestione dei rapporti di conto corrente e di apertura di credito (al primo accessoria) contestava anzitutto un addebito con valuta 4/5/94 per £. 4.930.000 perché relativo ad un'operazione non compiuta da lui.

Contestava inoltre la determinazione della misura degli interessi operata dall'istituto di credito sia con riferimento alla loro misura, stabilita con rinvio agli usi su piazza, sia alla loro capitalizzazione trimestrale, dovendo ritenersi nulle entrambe le clausole.

Contestava ancora gli addebiti relativi alla commissione di massimo scoperto, in alcun modo pattuita né con il contratto di conto corrente né con quello di apertura di credito.

Chiedeva pertanto che fosse revocato il decreto opposto ed accertato l'esatto ammontare del suo debito nei confronti della banca alla luce di tutte le difese svolte.

Chiedeva infine che fosse dichiarata la nullità del contratto di apertura di credito perché non concluso per iscritto.

Si costituiva in giudizio la B.A.M. s.p.a. chiedendo il rigetto dell'opposizione perché infondata in fatto ed in diritto.

Affermava la legittimità di tutte le pattuizioni contrattuali, la correttezza nell'esecuzione del rapporto e, conseguentemente, l'esattezza del calcolo nella determinazione del saldo passivo finale al momento della chiusura del conto corrente.

Chiedeva pertanto la conferma del decreto opposto.

Chiedeva altresì, in via riconvenzionale subordinata, la condanna dell'attore al pagamento degli interessi nella misura del 10%, o comunque non inferiore al *prime rate* o al T.U.S., anche a titolo di risarcimento del danno.

Il giudice ammetteva le prove richieste dalle parti nei limiti di cui all'ordinanza del pronunciata l'8/7/99 in seguito a scioglimento di riserva; all'esito dell'istruttoria compiuta, disponeva una CTU per la determinazione del saldo del conto corrente oggetto di controversia.

All'udienza dell'8/7/03 la causa era interrotta in seguito all'avvenuta fusione per incorporazione della convenuta nel Monte dei Paschi di Siena s.p.a.

Tempestivamente riassunta, quest'ultimo restava contumace, mentre interveniva volontariamente ex art. 111/3 c.p.c. la nuova B.A.M. s.p.a. cessionaria di un ramo d'azienda dallo stesso Monte dei Paschi di Siena s.p.a.

All'udienza del 27/4/04 le parti precisavano le conclusioni, l'attore rinunciando alla domanda di nullità dell'apertura di credito in conto corrente avendo la convenuta prodotto

il relativo contratto e chiedendo, per converso, la nullità del decreto ingiuntivo per essere stato emesso in assenza di idonea prova scritta.

Il giudice tratteneva infine la causa in decisione assegnando ad entrambe i termini di cui all'art. 190 c.p.c.

Motivi della decisione

Deve anzitutto essere dichiarata la contumacia del Monte dei Paschi di Siena s.p.a., ritualmente citato e non comparso.

Deve inoltre essere dichiarata la nullità del decreto ingiuntivo per essere stato emesso in assenza di idonea prova scritta ex artt. 633/1 n. 1, 634 c.p.c. e 50 D.l.vo n. 385/93, come ritualmente eccepito dall'opponente nella sola comparsa conclusionale e comunque rilevabile anche d'ufficio.

Afferma il Ferruccio che il decreto è stato emesso sulla base di un semplice saldaconto e non di un completo estratto conto da cui evincere le operazioni compiute sul conto corrente durante l'intero rapporto, così come previsto dal citato art. 50.

L'eccezione è fondata.

Tale ultima norma ha infatti innovato la disciplina della prova documentale richiesta al ricorrente nella fase monitoria.

Se il previgente testo unico in materia bancaria riteneva sufficiente per la concessione del decreto ingiuntivo il mero saldaconto, ora è richiesto l'estratto conto.

La *ratio* della modifica legislativa è evidente ed è volta ad una prova piena del credito già nella fase monitoria.

Se con il saldaconto l'istituto di credito si limitava a certificare il saldo finale del conto corrente, l'estratto conto dà invece contezza dell'intera movimentazione del conto corrente per tutta la durata del rapporto e dunque dà contezza di tutte le operazioni che hanno condotto a quel saldo.

Ovviamente tale prova documentale è rilevante anche nella fase di opposizione, come già prima dell'entrata in vigore dell'art. 50 citato, quanto il saldaconto costituiva prova idonea comunque solo nella fase monitoria, non anche in quella d'opposizione.

Secondo un orientamento della Corte di legittimità assolutamente consolidato, l'estratto conto è infatti un documento contabile che dà prova delle annotazioni contabili sull'estratto conto relative alle operazioni compiute, con ciò ponendo una presunzione circa il loro compimento.

Ed infatti “...*In tema di prova del credito fornita da un istituto bancario va distinto l’estratto di saldaconto - dichiarazione unilaterale di un funzionario della banca creditrice accompagnata dalla certificazione della sua conformità alle scritture contabili e da un’attestazione di verità e liquidità del credito – dall’ordinario estratto conto che è funzionale a certificare le movimentazioni debitorie e creditorie intervenute dall’ultimo saldo, con le condizioni attive e passive praticate dalla banca.*

Il saldaconto, infatti, riveste efficacia probatoria nel solo procedimento per decreto ingiuntivo eventualmente instaurato dall’istituto, mentre l’estratto - conto, trascorso il debito periodo di tempo dalla sua comunicazione al correntista, assume carattere di incontestabilità ed è, conseguentemente, idoneo a fungere da prova anche nel successivo giudizio contenzioso instaurato dal cliente.” (da ultimo Cass. civ., I, n. 2751/02 e Cass. civ., I, n. 14234/03, peraltro con riferimento a decreti ingiuntivi emanati prima dell’entrata in vigore dell’art. 50 D.l.vo n. 385/93).

Nel caso di specie il decreto ingiuntivo è stato emesso sulla base del solo ultimo estratto conto da cui si evince – di fatto – il mero saldo passivo finale.

È vero che su di esso è stata apposta l’attestazione di cui all’art. 50 D.l.vo n. 385/93.

E tuttavia di fatto costituisce un semplice saldaconto non consentendo di ricostruire il complessivo rapporto, ma attestandone solo il risultato finale.

Se ciò fosse sufficiente sarebbe chiaramente elusa la *ratio* della citata norma e frustrato lo scopo di dare prova delle movimentazioni debitorie e creditorie intervenute dall’ultimo saldo, con le condizioni attive e passive praticate dalla banca.

Il decreto ingiuntivo è pertanto nullo.

E tuttavia tale decisione non esaurisce l’oggetto della presente controversia.

Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, infatti, si sovrappone a quello sulla legittimità del decreto opposto, nel senso che l’eventuale difetto delle condizioni per l’emissione del decreto, ed in particolare la mancanza dei requisiti probatori voluti dalla legge, determina sì la caducazione del decreto stesso, ma non preclude il giudizio sul merito della controversia nella fase di opposizione.

Più in generale la fase di opposizione del decreto ingiuntivo non ha solo quale oggetto la legittimità del decreto stesso, ma la sussistenza o meno del credito monitoriamente ingiunto e, quindi, il suo accertamento sul piano sostanziale, secondo le regole probatorie ordinarie (per tale complessiva ricostruzione dell’oggetto della fase di opposizione a decreto ingiuntivo, per tutte, Cass. civ., SS.UU., n. 7448/93).

Quanto al merito, l'opposizione è solo in parte fondata e, come tale, merita di essere accolta nei limiti di seguito precisati.

Per chiarezza di discorso devono anzitutto essere trattate separatamente le diverse questioni prospettate: 1) l'addebito contestato; 2) la decorrenza delle valute; 3) la misura degli interessi nella duplice contestazione, il rinvio agli usi e la loro capitalizzazione trimestrale; 4) la commissione di massimo scoperto.

Circa l'addebito contestato afferma l'opponente che sarebbe stato compiuto dalla banca in seguito ad un'operazione posta in essere da una persona da lui non autorizzata, e dunque illegittimamente.

Contesta la banca tale circostanza, affermando l'esistenza dell'autorizzazione. Ritiene comunque che tale difesa sia stata proposta tardivamente nel giudizio perché il Ferruccio non ha mai contestato le risultanze del relativo estratto conto, inviatogli nel termine semestrale posto a pena di decadenza, da cui l'addebito risulta per esservi stato regolarmente annotato.

Tale ultima difesa è infondata.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il correntista può contestare l'esistenza e la legittimità delle singole operazioni, in difformità a quanto annotato sull'estratto conto, anche in assenza di impugnazione del medesimo nel termine semestrale previsto.

Tale omessa impugnazione preclude solo la contestazione del fatto dell'annotazione contabile in sé, non anche della sottostante operazione compiuta sul conto corrente di corrispondenza.

Ed infatti *"...La mancata contestazione dell'estratto conto e la connessa implicita approvazione di tutte le operazioni bancarie regolate nel conto stesso, attesa la natura sostanzialmente confessoria delle annotazioni in esso riportate, non comporta infatti l'inammissibilità di censure attinenti alla validità e l'efficacia dei rapporti obbligatori da cui scaturiscono le partite inserite nel conto, in quanto in tal caso l'impugnativa, non essendo limitata alla contestazione di accrediti e di addebiti sotto il profilo contabile, non è direttamente collegata all'estratto conto trasmesso dalla banca."* (da ultimo, ma a conferma di un orientamento ormai risalente, Cass. civ., I, n. 18626/03).

La contestazione dell'addebito è dunque possibile e tuttavia, nel caso di specie, infondata.

A tale proposito, però, devono anzitutto farsi alcune premesse sul contratto di conto corrente bancario.

Come è noto, il codice civile non disciplina espressamente alcun contratto di conto corrente bancario, ma solo operazioni bancarie in conto corrente agli artt. 1852 e seguenti, intese quali operazioni caratterizzate dalla particolare modalità della loro contabilizzazione.

Le singole operazioni sono dunque costituite da addebitamenti ed accreditamenti, termini con cui sono solitamente designati non solo versamenti e prelievi, ma anche le rimesse per corrispondenza, gli inserimenti di crediti, gli ordini di prelevamento e di giroconto.

E tuttavia la maggioranza della dottrina e la giurisprudenza della Suprema Corte si riferiscono al conto corrente bancario anche in un'altra accezione, quella contrattuale, intendendo con tale espressione un vero e proprio contratto o una pluralità di contratti collegati, cui danno il nome – appunto – di conto corrente di corrispondenza (così detto perché un tempo le banche erano solite comunicare per posta ai propri clienti gli addebitamenti o gli accreditamenti delle somme).

La ragione di tale omissione non è nota: la prassi bancaria conosceva già tale contratto prima dell'entrata in vigore dell'attuale codice ed anzi – vigente l'abrogato codice di commercio – la dottrina discusse a lungo delle sue differenze con quello ordinario e dell'applicabilità ad esso delle norme di tale ultimo contratto, soprattutto con riferimento all'effetto novativo delle rimesse sul conto ordinario ex art. 345 cod. comm. e delle relative conseguenze in tema di estinzione delle garanzie.

E tuttavia - nonostante gli auspici di autorevoli studiosi del tempo - né la legge bancaria del 1936 né il nuovo codice civile del 1942 lo disciplinarono espressamente.

La stessa relazione al Re, accompagnatoria del nuovo codice, mostrò di avere ben chiara l'esistenza del contratto, distinto da tutti gli altri contratti bancari, ed in particolare la funzione di cassa che con esso la banca svolgeva a favore del cliente, ma tale consapevolezza non si tradusse poi in quel riconoscimento normativo che sarebbe stato lecito aspettarsi.

Così il contratto di conto corrente bancario ha continuato ad essere non tipizzato dal legislatore, ma elaborato dalla riflessione dottrinale e dalle decisioni dei giudici.

Senza entrare nello sfaccettato dibattito dottrinale sulla sua natura, se appunto di contratto complesso atipico dominato dalle regole del mandato o vero e proprio fenomeno di collegamento negoziale fra due o più contratti, uno dei quali generalmente il mandato, o ancora di contratto normativo, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che questo giudice condivide – e con essa anche della maggior parte della dottrina – vede in

tale fattispecie un unico contratto innominato misto, costituito da una pluralità di elementi riferibili a diversi negozi tipici.

In particolare il suo contenuto è costituito appunto dal servizio di cassa garantito dalla banca al cliente (Cass. civ., n. 3637/78); il versamento di somme da parte del correntista e la loro conservazione non rispondono ad un'autonoma funzione, ma assolvono al ruolo della somministrazione dei mezzi necessari per l'espletamento degli incarichi dati alla banca.

Il tratto qualificante dell'oggetto di tale contratto diviene quindi l'obbligo da parte della banca di provvedere per conto del cliente, su suo ordine diretto o indiretto, a pagamenti e riscossioni nei confronti dei terzi.

Ciò configura un vero e proprio mandato senza rappresentanza (Cass. civ. n. 5325/91) cui la banca è obbligata, tranne che per quegli incarichi che esulino dalle forme d'uso di utilizzazione delle disponibilità esistenti sul conto (Cass. civ., n. 2089/72).

Non a caso secondo un'autorevole opinione dottrinale, entro tali limiti si può configurare un vero e proprio obbligo della banca, che non può rifiutare l'esecuzione dell'ordine del cliente.

A tale fine il contratto non può che prevedere un'implicita autorizzazione preventiva e generica del correntista intesa a legittimare nella propria sfera giuridica l'incidenza degli effetti dell'accredito (già Cass. civ., n. 31/78, da ultimo Cass. civ., n. 12489/00).

Se così è, nel caso di specie deve ritenersi legittimo il compimento dell'operazione da parte dell'istituto di credito convenuto.

Dall'esame dei documenti prodotti dalla banca convenuta emerge come l'autorizzazione al compimento delle operazioni sul conto corrente a Ferruccio Brunetta sia stata data dallo stesso attore, titolare del conto.

D'altra parte la prospettata querela di falso non è stata presentata e, pertanto, non v'è motivo di dubitare che la sottoscrizione del documento appartenga al Ferruccio.

Il notaio Rossi Fabrizio, escusso quale testimone, ha riferito di essere stato il trattario dell'assegno cui l'operazione di addebito si riferisce, per prestazioni professionali compiute a favore dello stesso attore.

La banca ha quindi legittimamente compiuto l'addebito, pagando l'assegno, in adempimento del suo obbligo di mandataria del Ferruccio nell'esecuzione del contratto di conto corrente.

Tale difesa dell'attore deve pertanto essere rigettata.

Circa inoltre la decorrenza delle valute, lamenta l'opponente la loro difformità dalla date delle singole operazioni di accredito sul conto corrente.

La censura, per come formulata, deve ritenersi inammissibile perché generica.

Anche a prescindere dal fatto che è stata compiuta per la prima volta nella comparsa conclusionale, essa non specifica in alcun modo in che cosa consisterebbero le singole difformità e, soprattutto, a quali specifiche valute si riferirebbero.

Tale difesa è pertanto inammissibile.

Devono invece essere accolte quelle relative alla determinazione della misura degli interessi, sia con riferimento alla loro determinazione con rinvio agli usi su piazza, sia con riferimento alla loro capitalizzazione trimestrale.

Circa il rinvio agli usi, la banca convenuta non contesta l'esistenza della pattuizione; ne afferma però la legittimità, potendo la misura degli interessi essere compiuta anche *per relationem*, appunto con rinvio agli usi esistenti "sulla piazza".

Fino all'entrata in vigore dell'art. 120 L. n. 154/92 (poi novellato dall'art. 25 D.l.vo n. 342/99 che ha aggiunto due commi al primo comma di tale articolo), era invalso l'uso da parte delle banche di prevedere nelle condizioni generali di contratto il saggio dell'interesse ultralegale con riferimento alle condizioni usualmente praticate sulla piazza.

Il divieto di tale rinvio da parte dell'art. 120/2 della citata legge ha reso nulle tali clausole e tuttavia, non essendo la legge retroattiva, resta la questione - invero ormai residuale, ma rilevante nel caso di specie poiché il contratto di conto corrente è stato concluso fra le parti il 4/12/90 - delle clausole afferenti a contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge, dovendosi fare applicazione del principio generale per cui le condizioni di validità e di efficacia del contratto devono essere, almeno di regola, valutate con riferimento alle norme vigenti al momento della sua conclusione.

D'altra parte un tentativo, invero maldestro, di salvare espressamente tali clausole con riferimento ai contratti già esistenti, tentativo compiuto dal comma successivo della medesima norma (art. 120/3), è stato vanificato dal Giudice delle leggi che, investito della questione di legittimità costituzionale, lo ha ritenuto in contrasto con gli artt. 3, 24, 76, 101, 102 e 104 Cost. e lo ha conseguentemente espunto dall'ordinamento (Corte cost., n. 463/00).

Il divieto resta dunque per i contratti conclusi dopo la citata novella e all'interprete si pone il problema della validità di quelli conclusi prima di essa.

L'orientamento giurisprudenziale più risalente riteneva legittime tali clausole, peraltro richiamate anche dall'art. 7 N.U.B. con riferimento alla misura degli interessi dei contratti

di apertura di credito: da un lato le parti nel contratto indicavano criteri ritenuti certi ed oggettivi che consentivano la concreta quantificazione del tasso di interesse – così rispettando l'art. 1346 c.c. – e, dall'altro, nulla ostava alla sua determinazione *per relationem*, poiché l'accordo di cartello su scala nazionale escludeva a priori ogni influenzabilità della stessa misura del tasso da parte della singola banca contraente.

Questo l'orientamento pacifico della giurisprudenza, anche di legittimità.

E tuttavia la stessa giurisprudenza, con orientamento invero molto più convincente, ha mutato idea.

Dapprima ha stabilito i criteri per stabilirne la validità/invalidità con accertamento da compiersi caso per caso, ritenendo che nel caso di rinvio agli usi su piazza, si debba accertare, nel singolo rapporto dedotto, se l'elemento estrinseco di riferimento permetta una sicura determinabilità della prestazione di interessi - pur nella variabilità dei tassi nel tempo, necessaria per l'esigenza di favorire la fluidità dei rapporti bancari - senza successive valutazioni discrezionali da parte della banca (Cass. civ. n. 4696/98 e Cass. civ., n. 5675/01).

Poi - in modo più netto - è giunta alla conclusione che tali clausole sono nulle poiché, riferendosi genericamente agli interessi usualmente praticati su piazza, non distinguono fra le varie categorie di essi e dunque non consentono di stabilire a quale previsione le parti abbiano in concreto inteso riferirsi (inizialmente Cass. civ., n. 2103/96).

In particolare la Suprema Corte ha ritenuto che se può ritenersi osservato il precetto dell'art. 1284 c.c. - che richiede la forma scritta per la convenzione di interessi al tasso superiore alla misura legale - ogni volta che, *“pur in difetto di espressa indicazione in cifre degli interessi pattuiti, le parti si siano richiamate per iscritto a criteri prestabiliti e ad elementi estrinseci, obiettivamente individuabili, che consentano la concreta determinazione del tasso convenzionale (Cass. civ. n. 4605/96, Cass. civ. n. 9227/95 e Cass. civ. n. 6113/94), non altrettanto può dirsi con riguardo alla clausola che si limiti a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza”* (Cass. civ., n. 9465/00).

Essa non è infatti sufficientemente univoca - e dunque posta in violazione del disposto dell'art. 1346 c.c. - e non giustifica pertanto la pretesa al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale poiché, data la esistenza di diverse tipologie di tassi, non consente per sua genericità di stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso concretamente riferirsi (ancora Cass. civ. n. 9465/00; Cass. civ. n. 7871/98, Cass. civ. n. 6247/98, Cass. civ., n. 4696/98, Cass. civ., n. 11042/97 e Cass. civ., n. 10657/96).

E il giudizio di sufficienza del riferimento della clausola alle condizioni di piazza, dovendo essere coordinato con accordi di cartello, non può essere mantenuto se tali accordi contengono diverse tipologie di tassi o addirittura siano venuti meno come parametro centralizzato e vincolante (Cass. civ., n. 2644/89).

La clausola non sfugge pertanto al giudizio invalidante che consegue alla sua contrarietà al disposto dell'art. 1346 c.c. (per tale complessiva ricostruzione da ultimo Cass. civ., n. 1287/02).

In ogni caso eventuali clausole contrattuali stipulate anteriormente all'entrata in vigore della disciplina dettata dalla legge sulla trasparenza bancaria n. 154/92 che, per la pattuizione di interessi dovuti dalla clientela in misura superiore a quella legale, si limitino fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, sono divenute inoperanti a partire dal 9/7/92, data di acquisto dell'efficacia dell'art. 11 della legge stessa (e cioè dopo il decorso di centoventi giorni dall'entrata in vigore di quest'ultima, avvenuta il 10/3/92).

Ed infatti la previsione imperativa posta dall'art. 4 della citata legge, poi trasfuso nell'art. 117 D.l.vo n. 385/93, laddove sancisce la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse, se non incide, in base ai principi regolanti la successione delle leggi nel tempo, sulla validità delle clausole contrattuali inserite in contratti già conclusi, impedisce tuttavia che esse possano produrre per l'avvenire ulteriori effetti nei rapporti ancora in corso (Cass. civ., n. 4490/02).

Tali devono intendersi i rapporti, anteriormente costituiti e non ancora esauriti con riferimento alla data di inizio dell'operatività della norma sopravvenuta, per non avere il debitore adempiuto alla propria obbligazione indipendentemente dalla pregressa "chiusura" del conto corrente bancario, poiché il mutamento normativo "*impinge sulle stesse caratteristiche dei sinallagma contrattuale, generatore di conseguenze obbligatorie protraentisi nel tempo*" (da ultimo Cass. civ., n. 4490/02, Cass. civ., n. 6258/02, Cass. civ., n. 13739/03 e Cass. civ., n. 12222/03).

Le conseguenze di tale orientamento sono: 1) la nullità della singola clausola non è tale da travolgere l'intero contratto ex art. 1419/1 c.c.; 2) al contratto privato della clausola nulla, e dunque radicalmente inefficace *ab initio*, si applicano gli interessi in misura legale e dunque: a) quella calcolata ex art. 1284 c.c. fino all'entrata in vigore della L. n. 154/92; b) quella calcolata ex art. 5 L. n. 154/92 e poi ex art. 117 L. n. 385/93 – norme peraltro identiche nel contenuto – dopo l'entrata in vigore di tale legge; da quel momento infatti la

misura legale degli interessi, per i contratti bancari, deve ritenersi quella prevista dalle citate norme, in presenza ovviamente dei presupposti della loro applicabilità.

Esse si pongono quali norme inevitabilmente speciali rispetto all'art. 1284 c.c. nella determinazione del saggio legale della misura degli interessi.

Ex art. 5 L. n. 154/92: *“1. Nelle ipotesi di nullità di cui all'art. 4, comma 4, nonché nei casi di mancanza di specifiche indicazioni, si applicano:*

a) il tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del Tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del Tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive;

b) gli altri prezzi e condizioni resi pubblici nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.”

Il suo contenuto è stato poi integralmente trasfuso nell'art. 117 D.l.vo n. 385/93.

E tuttavia circa la successione delle leggi nel tempo (e dunque della norma applicabile *ratione temporis*) ex art. 165/2 D.l.vo n. 385/93 *“sono abrogati ma continuano a essere applicati fino alla data di entrata in vigore dei provvedimenti emanati dalle autorità creditizie ai sensi del presente decreto legislativo: ... la legge 17 febbraio 1992 n. 154, fatta eccezione per l'art. 10”*. Poiché la delibera del CICR cui la norma fa riferimento è stata adottata solo il 4/3/03, con efficacia dall'1/10/03, è solo da quest'ultima data che può ritenersi vigente l'art. 117 citato (dovendosi prima di tale data fare riferimento agli artt. 4 e 5 L. n. 154/92), quantomeno per le parti che hanno avuto attuazione con tale delibera.

Sono dunque gli art. 4 e 5 citati ad applicarsi formalmente al caso di specie.

Due sono i problemi sollevati dalle parti circa la corretta interpretazione di tali norme: la misura degli interessi ancorata al momento della conclusione del contratto e la specificazione di quali siano le operazioni attive e passive cui fanno riferimento.

Quanto alla prima questione deve rilevarsi come risulti in contrasto con la loro *ratio* un'interpretazione meramente letterale.

Ed infatti l'art. 5 L. n. 154/92, nasce perché il legislatore ha inteso sostituire il tasso di interesse previsto dai contratti bancari e venuto meno in seguito alla declaratoria di nullità della clausola che lo contiene ad un altro che sia in qualche modo legato all'andamento del mercato dei tassi di interesse.

Questo è il significato che ha il complesso meccanismo di calcolo della sua misura, con riferimento alla media delle aste dei BOT degli ultimi dodici mesi. Dunque ancorare tale

tasso al momento della conclusione del contratto o, per i contratti conclusi anteriormente all'entrata in vigore della legge, a quello della stessa entrata in vigore, se appare ragionevole per i contratti bancari che contengano un'unica operazione di finanziamento, non altrettanto può dirsi per quelli cosiddetti di durata, ove le operazioni si susseguono nel tempo e v'è la necessità di non cristallizzare in un preciso momento la determinazione della misura degli interessi.

Tipico è il caso – appunto – del contratto di conto corrente bancario di corrispondenza.

Prevedere per tale contratto un tasso di interesse calcolato ex art. 5 L. n. 154/92 con riferimento al momento della sua stipulazione significa applicare per tutta la durata del contratto quel tasso, anche dopo lunga distanza di tempo, in un momento in cui il rendimento dei BOT è completamente diverso da quello originario.

Se dunque la *ratio* della disposizione è quella di agganciare la misura degli interessi al costo del denaro in senso lato con riferimento al momento in cui le singole operazioni nei contratti bancari sono state compiute, appare preferibile un'altra interpretazione, e cioè quella per cui la misura degli interessi varia nel corso del rapporto e la media dei tassi di rendimento dei BOT degli ultimi dodici mesi è calcolata non con riferimento alla conclusione del contratto o all'entrata in vigore della legge, ma al momento in cui è stata compiuta la singola operazione.

Nel caso del conto corrente bancario di corrispondenza, quindi, gli interessi calcolati ex art. 5 L. n. 154 (poi art. 117 D.l.vo n. 385/93) devono ritenersi quelli determinati nell'ammontare previsto dal meccanismo di tale norma, con riferimento al tasso minimo e massimo dei BOT calcolato prendendo a riferimento l'anno della loro emissione anteriore ad ogni operazione.

Quanto alla seconda questione, invece, operazioni attive e passive devono essere intese con riferimento alla banca, e dunque rispettivamente quelle di erogazione del credito e di raccolta del risparmio; se pure tale interpretazione può risultare sfavorevole ad essa, come rilevato dalla stessa convenuta nelle sue difese, la natura sanzionatoria della norma convince della bontà di tale opzione ermeneutica: il tasso di interessi previsto, infatti, consegue pur sempre alla nullità della clausola contrattuale che lo aveva stabilito pattiziamente.

Se così è, nel caso di specie deve ritenersi nulla la clausola del contratto che ha determinato la misura degli interessi con rinvio agli usi e, pertanto, alla luce delle considerazioni sopra svolte, gli interessi dovuti devono essere rideterminati con

riferimento al tasso legale come sopra determinato, e cioè ex art. 1284 c.c. fino all'8/7/92 ed ex art. 5 L. n. 154/92 - nell'interpretazione prospettata - dal 9/7/92.

Circa la capitalizzazione trimestrale dei medesimi interessi anche in tal caso la banca convenuta non contesta l'esistenza della pattuizione; ne afferma però la legittimità, avendo ad oggetto un uso normativo, come tale legittimo ex art. 1283 c.c.

Il divieto di pattuizione degli interessi sugli interessi è stabilito – in linea generale – dall'art. 1283 c.c., il quale consente la capitalizzazione solo a determinate condizioni: dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza e sempre che siano scaduti da almeno sei mesi.

La norma fa poi salvi gli usi contrari ed è su questa “clausola di riserva” che la giurisprudenza aveva sempre ritenuto legittima la loro capitalizzazione trimestrale nei contratti di conto corrente.

Poiché gli usi cui l'art. 1283 c.c. si riferisce sono quelli normativi, la giurisprudenza ravvisava nella previsione generalizzata di tale forma di capitalizzazione una vera e propria consuetudine consentita dalla norma.

Finché con un *revirement* ormai noto – anche per l'allarme creato nell'intero sistema bancario italiano – ha cambiato radicalmente opinione, ravvisando la fonte della prassi di capitalizzare trimestralmente gli interessi un uso negoziale, come tale inidoneo a derogare all'art. 1283 c.c. (da apripista ha fatto Cass. civ., n. 2374/99, cui sono seguite Cass. civ., n. 3096/99 e Cass. civ., n. 12507/99).

Questi i diversi passaggi del ragionamento della Corte di Cassazione.

Anzitutto l'art. 1283 c.c. ammette l'anatocismo a determinate condizioni. La disposizione, pacificamente ritenuta di carattere imperativo e di natura eccezionale, contiene due norme: con la prima limita la possibilità che interessi scaduti possano produrre ulteriori interessi alla sola ipotesi di interessi dovuti per almeno un semestre, con la seconda la produzione di ulteriori interessi è subordinata alla formulazione di una domanda giudiziale (che ne determina anche la decorrenza) ovvero al perfezionamento di una convenzione successiva alla scadenza degli interessi stessi.

La norma ammette inoltre la possibilità di deroga da parte di usi contrari, ma deve trattarsi di veri e propri usi normativi (artt. 1 ed 8 delle disposizioni sulla legge in generale) e non di semplici usi negoziali ex art. 1340 c.c. o interpretativi ex art. 1368 c.c.

In materia non hanno quindi rilievo le cosiddette norme bancarie uniformi predisposte dall'associazione di categoria (Associazione Bancaria Italiana - ABI), in quanto esse non

hanno natura normativa, ma soltanto pattizia, trattandosi di proposte di condizioni generali di contratto indirizzate dall'Associazione alle banche associate.

Da ciò consegue che occorre verificare l'esistenza di una consuetudine quale fonte di diritto, in base alla quale nei rapporti tra banca e cliente gli interessi a carico di quest'ultimo possano essere capitalizzati (e quindi possano produrre ulteriori interessi) ogni trimestre.

Tale indagine - secondo la Corte - conduce a risultati negativi, in difetto di elementi idonei a concretizzare la consuetudine suddetta.

Ed infatti che gli usi, richiamati in apertura dell'art. 1283 c.c., debbano avere carattere normativo non è revocabile in dubbio. Lo si desume dall'effetto ad essi attribuito di derogare alla pur limitativa disciplina contenuta nella stessa norma e dalla stessa formula adottata dal legislatore.

Anche la giurisprudenza formatasi sulla base dell'indirizzo precedente ha sempre peraltro attribuito agli usi in questione carattere normativo (Cass. civ., n. 6631/81, Cass. civ., n. 5409/83, Cass. civ., n. 4920/87, Cass. civ., n. 3804/88, Cass. civ., n. 7571/92, Cass. civ., n. 9227/95 e Cass. civ., n. 12675/98).

A tale proposito deve rilevarsi che i requisiti fondamentali dell'uso normativo sono due: uno oggettivo, consistente nella uniforme e costante ripetizione di un dato comportamento; l'altro soggettivo o psicologico, che consiste nella consapevolezza di prestare osservanza, operando in un certo modo, ad una norma giuridica.

Il requisito soggettivo è contestato da una parte della dottrina e tuttavia da esso non si può prescindere, senza rendere di difficile percezione l'essenza del fenomeno consuetudinario giuridicamente rilevante e non ridotto al rango di mera prassi.

A tale uso è attribuita specifica forza normativa (ancorché si tratti di fonte terziaria del diritto, in quanto sottordinata alla legge e ai regolamenti), cosicché deve rivestire i connotati della generalità e dell'astrattezza.

In questo contesto per affermare che l'anatocismo, sotto forma di capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dai clienti alla banca, costituisca applicazione di un uso normativo non è sufficiente rilevare che esso trova generale applicazione nei rapporti tra banche e clienti.

Ciò deriva dagli schemi contrattuali predisposti dalla banche (in base alle c.d. norme bancarie uniformi, aventi però natura pattizia) e può condurre a ravvisare un uso negoziale, ma non basta per identificare un uso normativo.

Non è affidabile alla sola costanza e generalità di una prassi, in concreto ineludibile se si vuol porre in essere un certo tipo di rapporti, perché richiesta da uno dei contraenti mediante clausole uniformi e predisposte.

Deve essere anche sostanziato dalla convinzione o consapevolezza di attuare una regola vertente su materia giuridicamente rilevante per la natura delle situazioni da disciplinare.

E tale convinzione o consapevolezza non deve essere unilaterale, ma costituire opinione comune dei contraenti in un determinato settore.

Nell'ambito dei contratti bancari mancano elementi idonei a ravvisare tale elemento, segnatamente per quanto concerne il *modus operandi* del cliente dell'istituto di credito, cliente che di regola stipula secondo schemi contrattuali predisposti dalla banca.

In particolare dalla comune esperienza emerge che l'inserimento di tali clausole è consentito 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.

Atteggiamento psicologico ben lontano da quella spontanea adesione a un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste l'*opinio iuris ac necessitatis*, se non altro per l'evidente disparità di trattamento che la clausola stessa introduce tra interessi dovuti dalla banca e interessi dovuti dal cliente.

Ed il fatto stesso che nei contratti si avverta la necessità d'inserire l'anatocismo sotto forma di capitalizzazione trimestrale degli interessi, lungi dal dimostrare l'esistenza di un uso normativo dimostra piuttosto il contrario.

Gli usi normativi, richiamati espressamente dal citato art. 1283 c.c. (art. 8 disp. sulla legge in generale), operano sul medesimo piano di tale norma. Essi hanno la stessa natura delle regole stabilite direttamente dal legislatore, con la conseguenza che sono, come le norme di legge, soggetti al principio *iura novit curia*, cosicché se ne può fare applicazione anche nel giudizio di legittimità ed anche indipendentemente dalle allegazioni delle parti.

Non sarebbe quindi necessario fare oggetto di specifica previsione contrattuale la capitalizzazione trimestrale degli interessi, se essa trovasse fonte in un uso normativo; al più potrebbe bastare il richiamo all'uso come fonte di diritto.

Tale previsione invece si comprende appunto perché, in assenza di una regola giuridica, si è ritenuto necessario trovare un fondamento.

In particolare poi il Giudice di legittimità, con la già citata sentenza inaugurale del nuovo indirizzo, ha spiegato in modo assolutamente convincente l'assenza di usi normativi non solo con riferimento al periodo successivo all'entrata in vigore dell'attuale codice civile, ma anche sotto il vigore di quello precedente del 1865.

Ha infatti affermato che: “... *in materia, non hanno, quindi, alcun rilievo, in quanto tali (indipendente cioè dalla loro eventuale efficacia probatoria di un preesistente uso normativo conforme, di cui si tratterà oltre), le cosiddette norme bancarie uniformi predisposte dall'associazione di categoria (Associazione bancaria italiana - A.B.I.), che non hanno natura normativa, ma solo pattizia, nel senso che si tratta di proposte di condizioni generali di contratto indirizzate dall'associazione alle banche associate (la cui validità, peraltro, in relazione alla disciplina comunitaria e interna della concorrenza, è stata di recente, per alcuni aspetti non secondari, messa in discussione dalle autorità amministrative di vigilanza). Come tali, quindi, le c.d. norme bancarie uniformi assumono rilevanza nel singolo rapporto contrattuale con il cliente in quanto siano richiamate nel contratto stesso, secondo la disciplina dettata dagli articoli 1341 e 1342 c.c.*”; ed ancora che oggetto dell'indagine deve essere una puntuale norma consuetudinaria in tal senso “... *essendo evidente che la specifica e puntuale disciplina limitativa legale può essere sostituita, per volontà del legislatore, solo da una normativa consuetudinaria altrettanto specifica e puntuale e non da una generica prassi derogatoria, che, proprio a causa della sua genericità, non potrebbe mai costituire fonte di diritto obbiettivo.*

D'altra parte, se l'unico contenuto di una regola consuetudinaria fosse quello di ammettere l'anatocismo nei rapporti tra banca e cliente, si tratterebbe di una regola inutile, in quanto puramente ripetitiva della norma di legge, che, si ripete, non contiene un divieto assoluto, ma, all'opposto, afferma l'ammissibilità dell'anatocismo, sia pure nei limiti della stessa norma indicati.

Lo specifico oggetto di indagine è, pertanto, come esattamente propone il ricorrente, l'esistenza o non di una consuetudine in base alla quale nei rapporti tra banca e cliente, gli interessi a carico del cliente possano essere capitalizzati (e quindi possano produrre ulteriori interessi) ogni trimestre.

Ora, dall'orientamento giurisprudenziale richiamato, non emerge che questa Corte abbia in precedenza affermato l'esistenza di una norma consuetudinaria di questa precisa portata, essendosi limitata ad affermare, sulla base di un dato di comune esperienza, che l'anatocismo trova generale applicazione nel campo delle relazioni tra istituti di credito e clienti.

Anzi, la dottrina formatasi nel vigore della disciplina anteriore all'entrata in vigore del nuovo codice, anche sulla base della giurisprudenza dell'epoca, affermava che gli usi normativi in materia commerciale, fatti salvi dall'art. 1232 del c.c. del 1865, erano nel senso che i conti correnti venivano chiusi ad ogni semestre e che al momento della chiusura potevano essere capitalizzati gli interessi scaduti. Inoltre, anche tra i primi e più autorevoli commentatori dell'art. 1283 del codice vigente, si affermava che l'uso contrario richiamato da detta disposizione prevedeva che divenisse produttivo di interessi solo il saldo annuale o semestrale del conto corrente.

Non v'è alcun elemento, quindi, che autorizzi a ritenere esistente, prima del 1942, un uso normativo che autorizzava la capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico del cliente di un istituto di credito.”

A ciò ha aggiunto che “... la capitalizzazione trimestrale degli interessi scaduti a debito del cliente è stata prevista in realtà per la prima volta dalle c.d. norme bancarie uniformi in materia di conto corrente di corrispondenza e servizi connessi predisposti dall'ABI con effetto dal 1 gennaio 1952. La clausola sei, dopo avere affermato che in via normale i rapporti di dare e avere sono regolati annualmente, portando in conto (e cioè capitalizzando) gli interessi al 31 dicembre di ogni anno, disponeva che i conti che risultino anche saltuariamente debitori dovevano essere regolati invece, in via normale, ogni trimestre e con la stessa cadenza gli interessi scaduti producevano ulteriori interessi, al tasso da determinarsi tenendo conto delle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito operanti sulla piazza.

Non è stata mai accertata, invece, dalla Commissione speciale permanente presso il Ministero dell'industria, ai sensi del D.L.vo del C.p.S., 27/1/47, n. 152 (modificato con la L. 13/3/50, n. 115) l'esistenza di uso normativo generale contenuto corrispondente alla clausola di cui si è detto. Tale uso generale è stato oggetto di accertamento e pubblicazioni in raccolte di natura meramente privata.

Per quanto riguarda, inoltre, l'accertamento di usi locali da parte di alcune Camere di commercio provinciali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 34, 39-40 del r.d. 20/9/34, n. 2011 e dell'art. 2, del D.L.vo luogoten. 21/9/44, n. 315, deve rilevarsi che si tratta di accertamenti avvenuti tutti in epoca successiva al 1952 e ciò esclude che, in concreto, possa essere attribuita alla indicata clausola delle c.d. norme bancarie uniformi in vigore dal 1952 una funzione probatoria di usi locali preesistenti. Peraltro, la presunzione derivante dall'inserimento nelle raccolte delle camere di commercio, di cui all'art. 9 delle disp. prel. al c.c. riguarda l'esistenza dell'uso e non anche la natura,

normativa o negoziale. Anzi, in concreto, il rapporto temporale che è intercorso tra la predisposizione delle c.d. norme bancarie uniformi in tema di conti correnti di corrispondenza e le deliberazioni camerali con le quali sono stati accertati usi locali di contenuto corrispondente, può autorizzare la presunzione che l'accertamento dell'uso locale, sia conseguenza del rilievo di prassi negoziali conformi alle condizioni generali predisposte dall'ABI, prassi alle quali mai potrebbe riconoscersi efficacia di fonti di diritto oggettivo, se non altro per l'evidente difetto dell'elemento soggettivo della consuetudine, potendo al massimo ritenersi che si possa trarre di clausole l'uso ai sensi dell'art. 1340 c.c. A conferma della fondatezza di tale presunzione può ricordarsi che nella raccolta degli usi bancari curata dalla Camera di commercio di Firenze, edizione 1960, l'uso relativo alla capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico del cliente è espressamente definito come uso negoziale."

Dunque la relativa clausola deve essere ritenuta nulla, perché, trascurando le limitazioni fissate dall'art. 1283 c.c., viene a porsi in contrasto con tale norma imponendo una capitalizzazione trimestrale anteriore alla scadenza degli interessi, senza la copertura di un uso normativo.

La conseguenza di tale declaratoria di nullità è che nessuna capitalizzazione è consentita, né trimestrale né con periodicità differente.

Ed infatti non può che tornare a farsi applicazione dell'art. 1283 c.c. da cui è originato tutto il ragionamento. Se il divieto di anatocismo è la regola e l'anatocismo l'eccezione, dichiarata la nullità della clausola che prevedeva la capitalizzazione, ad essa nessun'altra può essere sostituita, proprio perché non pattuita in forma valida.

Non può farsi applicazione dell'art. 1284 c.c. che prevede l'anno solo come elemento per la determinazione della misura del saggio degli interessi legali, e dunque con tutt'altra finalità, non anche una qualche forma di capitalizzazione degli stessi interessi legali.

Né può farsi applicazione dell'art. 1831 c.c. dettato con riferimento al conto corrente ordinario e non richiamato dall'art. 1857 c.c. in materia di operazioni bancarie in conto corrente.

Vi ostano l'espresso richiamo solo di altre norme (artt. 1826, 1829 e 1832 c.c.) ed la conseguente applicazione del principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

D'altra parte il mancato rinvio è giustificato dal fatto che nel contratto di conto corrente ordinario il credito non è immediatamente esigibile, come in quello bancario.

Nel caso di specie gli interessi devono quindi essere rideterminati nel saggio legale - come sopra determinato - senza alcuna capitalizzazione.

Circa la commissione di massimo scoperto afferma la banca convenuta che essa è stata calcolata secondo l'art. 7 delle N.U.B. e dunque legittimamente.

Poiché tale clausola accede ad un contratto di conto corrente assistito da un apertura di credito a favore del cliente, secondo una prima interpretazione essa remunera la messa a disposizione dei fondi da parte della banca, a prescindere dalla loro concreta utilizzazione, secondo un'altra, invece, costituisce la controprestazione per il rischio crescente che la banca assume in proporzione all'ammontare dell'utilizzo concreto dei fondi, secondo un'altra ancora è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi.

È la prima l'interpretazione che pare avere accolto la Suprema Corte nell'unica sentenza di legittimità che consta sull'argomento.

Ed infatti - afferma la Corte - *“o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi - come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato - che solitamente è trimestrale - e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi..., o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determina somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo, come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia del primo ottobre 1996 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso di soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve esser computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla legge 7 marzo 1996 n. 108, ed allora dovrebbe esser conteggiata alla chiusura definitiva del conto.”*

In ogni caso, trattandosi di clausola contrattuale essa deve essere espressamente prevista dalle parti nel regolamento complessivo del loro assetto di interessi.

Nel caso di specie, invece, nessuna clausola contrattuale di tal genere è stata prevista, né nel contratto di conto corrente né in quello di apertura di credito e, pertanto, nulla è dovuto alla banca dall'attore per tale titolo.

In definitiva il credito della B.A.M. s.p.a. nei confronti del Ferruccio - come accertato dalla consulenza tecnica compiuta - ammonta a complessive £. 28.303.219, di cui £. 20.109.854 per capitale, £. 8.598.093 per interessi calcolati in misura legale senza alcuna capitalizzazione e £. 754.432 per spese, come risulta dal riepilogo finale dell'allegato n. 16 alla consulenza tecnica in atti.

Poiché peraltro quell'ipotesi dell'elaborato peritale contempla anche il computo della commissione di massimo scoperto determinata ex art. 5 L. n. 154/92 con capitalizzazione annuale, dalla somma ivi indicata devono essere sottratte quella di £. 435.931, relativa appunto alla commissione di massimo scoperto, e quella di £. 96.493 quale quota degli interessi derivante dalla capitalizzazione della suddetta commissione.

D'altra parte gli accertamenti e le valutazioni compiute dal CTU in relazione alla misura degli interessi e dunque all'ammontare del complessivo credito, con le precisazioni sopra compiute, appaiono immuni da vizi logici e coerentemente motivati, oltre che non infirmati da specifiche contestazioni contrarie delle parti, e pertanto possono essere fatte proprie da questo giudice.

Al pagamento di tale complessiva somma, pari ad € 14.617,39, deve essere quindi condannato il convenuto, oltre agli interessi in misura legale ex art. 5 L. n. 154/92, calcolati sul solo capitale di € 10.385,87 e con decorrenza dal 10/9/97 - giorno in cui il Ferruccio è stato messo in mora - all'effettivo soddisfo.

La *somma* su cui devono essere calcolati, anzitutto, non può che essere *il solo capitale*. In presenza del contratto di apertura di credito che ha reso inesigibile il saldo passivo del conto corrente fino a £. 35.000.000 – questo il limite del fido – gli interessi maturati fino alla chiusura del conto (9/9/97) non erano scaduti da più di sei mesi al momento della proposizione della domanda giudiziale (23/9/97) e quindi come tali non sono produttivi di ulteriori interessi.

La loro *misura*, inoltre, deve essere determinata ex art. 5 L. n. 154/92, secondo i criteri già stabiliti, e dunque con riferimento alla media dei tassi di rendimento dei BOT degli ultimi dodici mesi anteriori alla chiusura del rapporto di conto corrente avvenuta il 9/9/97.

Come già detto, tale norma stabilisce l'ammontare del tasso di interesse per i contratti di cui al precedente art. 4 e dunque anche a quello di specie, attecchendosi in ciò quale norma speciale rispetto all'art. 1284 c.c.: fungendo da disposizione che determina il tasso legale, in tale misura devono essere calcolati anche gli interessi maturati dopo la chiusura del rapporto: ex art. 1224 c.c. nelle obbligazioni che hanno ad oggetto una somma di denaro sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente ed anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno.

La cristallizzazione del tasso d'interesse appare inoltre logicamente in linea con l'interpretazione dell'art. 5 L. n.154/92 sopra prospettata.

Ed infatti la variabilità del tasso in corso di rapporto – per quanto già detto – trova la sua ragion d'essere proprio nel fatto che il rapporto è di durata: adeguarlo al “costo del

denaro” evita che il correntista subisca gli effetti di un tasso fisso, cristallizzato al momento della conclusione del contratto, nonostante la durata del rapporto.

Ma sciolto il vincolo contrattuale e chiuso il rapporto tale esigenza non appare più sussistente. In quel momento si cristallizza definitivamente – quanto al capitale – il credito di restituzione della banca restando insensibile – quanto alla misura degli interessi – alle successive variazioni dei tassi di rendimento dei BOT ex art. 5 L. n. 154/92.

È vero che tali tassi continueranno verosimilmente a variare, e magari a scendere, ma in tal caso il correntista debitore non può che subire le conseguenze del suo inadempimento non essendovi più ragione di ancorare la misura degli interessi ad un rapporto contrattuale di durata ormai non più esistente.

La *decorrenza*, infine, è quella richiesta: la banca li ha domandati dal momento in cui ha formalmente messo *in mora* il Ferruccio, il 10/9/97, come da lettera inviata e prodotta agli atti.

Da tale data e fino all’effettivo soddisfo devono pertanto esserle riconosciuti.

Accertato in tale misura il debito dell’opponente deve essere stabilito quale sia l’istituto di credito a favore del quale deve essere pronunciata la condanna del Ferruccio, in seguito alla vicenda successoria che ha interessato la controversia.

Come già detto, avvenuta la fusione per incorporazione della B.A.M. s.p.a. in Monte dei Paschi di Siena s.p.a., quest’ultima ha ceduto un ramo della propria azienda alla nuova B.A.M. s.p.a. che contestualmente ha preso il nome di B.A.M. s.p.a.

La prima vicenda integra una successione a titolo universale ex art. 110 c.p.c., la seconda una a titolo particolare ex art. 111 c.p.c.

Ed infatti ex art. 110 c.p.c. nel caso in cui una parte muoia o venga meno per altra causa il processo deve proseguire nei confronti del successore a titolo universale; secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, pur non condiviso da una parte della dottrina, la norma disciplina il fenomeno della successione nel caso in cui la persona fisica o giuridica venga meno ed è volta a ripristinare la necessaria bilateralità del processo.

Tale evenienza – e cioè il venir meno dell’originaria convenuta – si è verificata nel caso di specie ed ha assunto rilevanza processuale attraverso il meccanismo dell’interruzione ex art. 300 c.p.c.: la fusione per incorporazione della B.A.M. s.p.a. nel Monte dei Paschi di Siena s.p.a. ha infatti determinato la sua estinzione, *id est* il venir meno del soggetto, ipotesi prevista dalla norma citata (Cass. civ., I, n. 10595/01).

Poiché quindi la società incorporante deve ritenersi successore a titolo universale di quella incorporata, ex art. 110 c.p.c. legittimamente nei confronti della prima è proseguito il processo.

E tuttavia, riassunta la causa ex art. 303 c.p.c. nei confronti del Monte dei Paschi di Siena s.p.a. quest'ultimo è rimasto contumace ex art. 303/4 c.p.c. mentre la (nuova) B.A.M. s.p.a. è volontariamente intervenuta nel processo ex art. 111/3 c.p.c., quale successore a titolo particolare perché cessionaria di un ramo d'azienda, facendo proprie le domande originariamente svolte dalla (vecchia, per così dire) B.A.M. s.p.a.

La riassunzione del processo comporta la dichiarazione di contumacia della parte non comparsa, benché si fosse regolarmente costituita nella precedente fase del giudizio.

Da ciò non consegue però che le domande dalla stessa proposte con l'atto di citazione o in via riconvenzionale debbano ritenersi rinunciate o abbandonate, essendo relative ad un giudizio che prosegue nella nuova fase che conserva tutti gli effetti processuali e sostanziali dell'originario rapporto.

D'altra parte l'art. 290 c.p.c. consente, in caso di contumacia dell'attore, la prosecuzione del giudizio su richiesta del convenuto, con possibilità per il giudice di dare le disposizioni previste dall'art. 187 c.p.c., e l'art. 293 c.p.c. conferisce alla parte contumace la facoltà di costituirsi fino all'udienza di precisazione delle conclusioni senza alcuna decadenza (così espressamente Cass. civ., III, n. 6867/96).

Quanto a quelle svolte dalla (nuova) B.A.M. s.p.a. quale interveniente volontaria ex art. 111/3 c.p.c., perché a sua volta successore a titolo particolare del Monte dei Paschi di Siena s.p.a. quale cessionaria di un ramo d'azienda di quest'ultima, deve rilevarsi come il suo intervento la legittimi processualmente a far valere il proprio diritto nella controversia. Ex art. 111 c.p.c. non esiste alcun obbligo di allegare in un atto del processo il fatto che è avvenuta la successione a titolo particolare e dunque un evento potenzialmente idoneo a trasferire la titolarità del diritto controverso.

Se dunque ciò non avviene non si verifica alcuna sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c., non imponendola – come già detto – l'art. 111 c.p.c.

La parte originaria resta legittimata ordinaria senza che vi sia alcuna sua sopravvenuta legittimazione straordinaria.

La legittimazione processuale della parte deriva infatti non tanto dalla titolarità del diritto sostanziale, quanto dal potere di compiere atti di disposizione processuale di quel diritto.

Le due circostanze normalmente coincidono nel senso che la seconda è conseguenza della prima in tutti i casi di legittimazione ordinaria - in cui cioè la parte fa valere in giudizio la

tutela di un diritto proprio - e si scindono nei casi di legittimazione straordinaria - in cui cioè la parte fa eccezionalmente valere in giudizio la tutela di un diritto altrui.

Ex art. 75 c.p.c. il far valere in giudizio un diritto proprio costituisce la regola (in questo senso la legittimazione è ordinaria), mentre il farne valere uno altrui l'eccezione (in questo senso è straordinaria).

La legittimazione, inoltre, come presupposto processuale è inevitabilmente valutata come tale in riferimento alle *affermazioni* compiute dalla parte circa il potere di disposizione del diritto oggetto del giudizio e non anche in riferimento all'*effettiva esistenza* di tale potere: un'eventuale mancata prova di tale titolarità comporta il rigetto della domanda nel merito ma non incide sulla legittimazione della parte che si è affermata titolare di quel diritto o comunque del potere di disporne e che – per ciò solo – è processualmente legittimata a farlo valere in giudizio.

Se dunque la parte che si è spogliata del diritto di cui era titolare, o meglio di cui si affermava titolare, tace tale circostanza, il processo prosegue sul diritto così come enunciato nell'atto di citazione ed il giudice accoglie la domanda come formulata dall'attore, se la ritiene fondata.

La legittimazione della parte resta ordinaria, non si verifica alcuna sostituzione processuale, non v'è alcun mutamento della domanda né dell'oggetto del giudizio e la pronuncia è conforme all'originaria *editio actionis*, proprio perché nessuna diversa affermazione da quelle originariamente contenute nell'atto di citazione è stata compiuta.

Se invece la parte decide di far constare agli atti del processo l'avvenuta successione a titolo particolare si ha un mutamento della domanda, nel senso che la parte originaria afferma che la titolarità del diritto è ora in capo ad un altro soggetto e dunque chiede che la pronuncia sia compiuta nei suoi confronti.

La legittimazione della parte originaria diviene quindi straordinaria nel senso che fa ora valere in giudizio un diritto altrui, si verifica un mutamento della domanda e dell'oggetto del giudizio e la pronuncia è conforme non più all'originaria *editio actionis*, ma alle nuove affermazioni compiute dalla parte con l'atto con cui ha dichiarato l'evento successorio.

Se poi il successore è chiamato o interviene in causa diventa l'avversario principale, tanto che il suo dante causa resta in una posizione che la dottrina assimila sostanzialmente a quella dell'interveniente adesivo.

Non a caso in tali ipotesi, in cui cioè l'evento successorio è reso manifesto, la sentenza ha efficacia diretta nei confronti del successore, mentre in quella in cui ciò non avviene ha solo efficacia riflessa ex art. 111 c.p.c. che si pone come eccezione alla regola generale

sull'estensione soggettiva del giudicato ex art. 2909 c.c. secondo cui la sentenza non può produrre effetti pregiudizievoli nei confronti di chi non è stato parte del processo al termine del quale è stata resa.

Se così è, nel caso di specie entrambi gli istituti bancari hanno legittimazione processuale ordinaria, nel senso che ciascuno *afferma in capo a sé* la titolarità del diritto di credito derivante dal saldo passivo del conto corrente bancario: Monte dei Paschi di Siena s.p.a. quale successore universale della (vecchia) B.A.M. s.p.a., non potendo ritenersi rinunciate le originarie domande, che devono dunque considerarsi come riferite a tale istituto di credito pur nella sua veste di contumace, e la (nuova) B.A.M. s.p.a. quale successore a titolo particolare dello stesso Monte dei Paschi di Siena s.p.a. legittimata ad intervenire volontariamente ex art. 111/3 c.p.c.

La questione diviene dunque di merito e non può che essere risolta sulla base delle risultanze probatorie relative all'attuale titolarità del diritto.

A tale proposito se è incontestata fra le parti la vicenda successoria a titolo universale, deve altresì ritenersi provata quella a titolo particolare.

Con l'atto di intervento la (nuova) B.A.M. s.p.a. ha prodotto copia dell'estratto dell'atto notarile con la quale è avvenuta la cessione del ramo d'azienda fra le due banche in uno con tutti i rapporti di debito e credito, anche quelli oggetto di accertamento giudiziale come il presente, di cui già era titolare la (vecchia) B.A.M. s.p.a.

Deve pertanto ritenersi attuale creditrice del Ferruccio la (nuova) B.A.M. s.p.a.

Né può ritenersi ciò un illegittimo allargamento dell'oggetto del giudizio, come paventato dall'attore nella comparsa conclusionale, avendo tale istituto di credito fatte proprie le medesime domande dell'originaria convenuta (ricorrente in sede monitoria), senza alcuna modifica oggettiva della *res litigiosa*, mutando solo la titolarità di essa.

In conseguenza di ciò devono essere rigettate tutte le domande – sia quella principale che quelle riconvenzionali – svolte dal Monte dei Paschi di Siena s.p.a., già (vecchia) B.A.M. s.p.a.

Deve invece essere accolta quella principale della (nuova) B.A.M. s.p.a. nei limiti già precisati.

Dalla decisione in tal senso della controversia deriva inoltre il rigetto delle domande riconvenzionali della (nuova) B.A.M. s.p.a. aventi ad oggetto un tasso di interesse diverso da quello accertato come legittimo.

Visto il complessivo esito del giudizio possono essere interamente compensate le spese processuali fra l'attore ed il Monte dei Paschi di Siena s.p.a.; per il medesimo motivo

possono essere compensate per metà quelle fra l'attore e la (nuova) B.A.M. s.p.a.; la restante metà segue la soccombenza ed è liquidata come in dispositivo; sono infine poste a carico dell'attore e della (nuova) B.A.M. s.p.a. - per metà ciascuno - quelle della CTU, liquidate come da separato decreto, in atti.

P.Q.M.

Il Tribunale di Mantova, nella persona del giudice dott. Luigi Bettini, definitivamente pronunciando sull'opposizione al decreto ingiuntivo del Pretore di Mantova n. 678/97 proposta da Ferruccio Alfredo avverso la Banca Agricola Mantovana s.p.a., ora Monte dei Paschi di Siena s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con l'intervento della (nuova) Banca Agricola Mantovana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, ogni diversa istanza disattesa e respinta, così decide:

- dichiara la nullità del decreto ingiuntivo opposto;
- condanna Ferruccio Alfredo al pagamento a favore della (nuova) B.A.M. S.p.a. della somma di € 14.617,39, oltre agli interessi legali ex art. 5 L. n. 154/92, sulla somma di € 10.385,87 dal 10/9/97 al saldo;
- rigetta tutte le altre domande, principali e riconvenzionali;
- compensa per intero le spese processuali fra Ferruccio Alfredo e il Monte dei Paschi di Siena s.p.a.; compensa per metà quelle fra Ferruccio Alfredo e la (nuova) B.A.M. s.p.a.; condanna Ferruccio Alfredo al pagamento a favore della (nuova) B.A.M. s.p.a. della restante metà, liquidata in complessivi € 1.730,47, di cui € 120,53 per spese, € 521,06 per diritti ed € 910,00 per onorari, oltre IVA e CPA come per legge; pone definitivamente a carico di Ferruccio Alfredo e della (nuova) B.A.M. s.p.a. - per metà ciascuno - quelle della CTU, liquidate come da separato decreto, in atti.

Mantova, 10/9/04