

aventi lo stesso oggetto, sono automaticamente utilizzabili nell'altro, purchè sia rispettato il principio del contraddittorio (Cass.15189/01), con la conseguenza che, a maggior ragione, può essere espletata una istruttoria comune, come nel caso concreto.

Dal punto di vista delle domande e delle eccezioni contenute nei procedimenti, la connessione comporta la necessità di un coordinamento tra le stesse, tale per cui l'accoglimento di una domanda o di una eccezione in un procedimento non può non ripercuotersi sull'altro procedimento. Tale osservazione assume un ruolo importante nel caso oggetto del presente giudizio atteso che la parte più importante delle questioni controverse concerne lo stesso conto corrente (n. 10/2360). D'altro canto, la negazione di una influenza reciproca delle domande ed eccezioni condurrebbe ad una contraddizione interna, in contrasto con la *ratio* dell'unione per continenza che è proprio quella di evitare un contrasto tra giudicati (si pensi ad esempio al caso in cui in un procedimento si riconosca la nullità di una clausola del contratto e nell'altro procedimento si esclude la nullità della stessa clausola con riguardo allo stesso contratto),.

3.L'INDIVIDUAZIONE DEL THEMA DECIDENDUM E LA FONDATEZZA DELLE DOMANDE.

Il processo, come già affermato, riguarda la ricostruzione dei rapporti di dare/avere tra la Banca, da un lato, e la cliente e i fideiussori, dall'altro lato, con riguardo al contratto di conto corrente n.10/2360, per entrambi i procedimenti uniti, con riguardo ai contratti di conto corrente nn. 10/2789 e 10/180011 (sostanzialmente e prevalentemente) per il primo procedimento

3a.LA CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE

La questione relativa alla applicazione della capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista, si pone in entrambi i procedimenti, come eccezione nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, come domanda con riguardo a tutti e tre i conti correnti nel



primo giudizio.

La circostanza che la Banca abbia fatto effettivamente applicazione della capitalizzazione trimestrale emerge, da un lato, dalla circostanza che la Banca non abbia contestato la sussistenza della stessa ma, anzi, presupponendola come esistente, abbia espletato tutte le sue difese in entrambi i procedimenti in maniera critica rispetto alle pronunce della giurisprudenza di legittimità che ne hanno affermato la nullità per contrarietà all'art. 1283 c.c.

Dall'altro lato risulta dalla documentazione prodotta, in particolare dal contratto di conto corrente (doc. 14 della Banca) che all'art. 7 il comma dispone che i conti debitori sono chiusi trimestralmente, e dai conteggi delle competenze trimestrali.

L'eccezione e la domanda sono fondate.

I conti correnti dei quali si discute nel presente procedimento sono stati conclusi prima dell'entrata in vigore del d.lgs 342/99. In particolare l'unico contratto prodotto concerne il conto corrente n. 10/2063 che è stato concluso nel 1979 (doc.14 Banca). Il rapporto bancario è terminato nel marzo del 2005, data di chiusura del conto, nel quale sono confluiti i saldi passivi degli altri due conti correnti (come allegato dalla correntista e non contestato dalla Banca).

Il d.lgs 342/99 ha modificato l'art. 120 TUB. Quest'ultima norma ha sancito il principio dell'equivalenza della capitalizzazione degli interessi a debito e a credito del correntista e ha rimesso al CICR la determinazione dei criteri per la produzione degli interessi. La delibera del CICR è stata emessa il 9.2.2000 ed è entrata in vigore il 22.4.2000.

Prima della novella citata, ai rapporti bancari veniva applicato l'art. 7 delle NUB, che prevedeva per la capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori del cliente e la capitalizzazione annuale degli interessi creditori del correntista.

Per decenni la Corte di Cassazione ha ritenuto la validità di tali calcoli, ritenendo, in applicazione dell'art. 1283 cc, la sussistenza di un uso normativo in tal senso.



Con sentenza del 16.3.1999 n. 2374 la giurisprudenza di legittimità ha operato un vero e proprio *revirement* dell'orientamento precedente, seguito da successive pronunce conformi (Cass. 3096/99, 12507/99) e ribadito dalla decisione a Sezione Unite del 4.11.2004 n. 21095. In particolare la Corte di Cassazione ha ritenuto che la clausola della capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito fosse nulla per contrarietà all'art. 1283 cc, sostenendo che l'anatocismo (trimestrale) nei rapporti bancari non integrasse un uso normativo (presupposto richiesto dall'art. 1283 cc con la clausola di salvezza) ma un uso negoziale.

Il giudicante ritiene di aderire incondizionatamente all'indirizzo espresso dalla giurisprudenza di legittimità (espresso con la sentenza citata e con le sentenze 1281/02; 4498/02; S.U. 21095/04, successivamente ribadito in modo conforme dalla successiva giurisprudenza di legittimità, *ex multis* Cass. 4853/07); l'autorevolezza di tale interpretazione e l'analiticità delle argomentazioni addotte da tali pronunce conduce a considerare influenti le critiche mosse dalla Banca nelle sue difese contenute nell'atto di costituzione e risposta e nell'atto di costituzione e risposta in opposizione.

La circostanza che i conti correnti oggetto di causa siano stati conclusi in data antecedente alla pronuncia a Sezioni Unite del 2004 non impedisce di ritenere nulla la clausola degli interessi anatocistici. Come affermato dalla stessa Cassazione, infatti, la legittimità della clausola va esclusa anche con riguardo al periodo anteriore alla decisione del 2004 (Cass. S.U richiamata, Cass.24418/10), in virtù del carattere ricognitivo dell'interpretazione delle norme ad opera della giurisprudenza e non creativo delle stesse, con la conseguenza che la ricognizione corretta, successiva ad una ricognizione errata, anche se reiterata nel tempo, ha efficacia retroattiva, determinandosi in caso contrario l'applicazione di una regola con fonte esclusiva nelle sentenze (Cass. S.U. 21095/04, Cass. 23974/10).

Di conseguenza le clausole che prevedono la capitalizzazione trimestrale nel rapporto bancario oggetto del presente giudizio, prima dell'entrata in vigore della delibera CICR (la cui

applicabilità si verificherà a breve), sono disciplinate dall'art. 1283 cc, e vanno dichiarate nulle perché basate su un uso negoziale.

La delibera del CICR del 9.2.2000, prevista dall'art 25 II comma della d.lgs 342/199, è entrata in vigore il 22.4.2000.

Occorre preliminarmente precisare che nel rapporto controverso non trova applicazione l'art. 25 III comma del d.lgs 342/1999, il quale sanciva con efficacia retroattiva la validità delle clausole anatocistiche contenute nei contratti di conto corrente stipulati prima dell'entrata in vigore della norma, atteso che la Corte Costituzionale con sentenza del 17.10.00 n. 425, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale.

La delibera CICR ha previsto per i contratti bancari da stipularsi che: 1) in tutti i rapporti deve prevedersi la periodicità di capitalizzazione degli interessi; 2) le clausole di capitalizzazione devono prevedersi in forma scritta ex art. 1341 cc; 3) nei rapporti di conto corrente deve prevedersi la stessa periodicità di capitalizzazione con riguardo agli interessi debitori e creditori.

Per quanto riguarda i contratti in corso contenenti la clausola nulla, come nel caso oggetto del presente giudizio, l'art. 7 della delibera prescrive che le banche possono procedere all'adeguamento del contratto entro il 30.6.00, con decorrenza degli effetti dal 1.7.00, procedendo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle modifiche delle condizioni contrattuali necessarie ad adeguarsi alla normativa sopravvenuta e informando il cliente per iscritto circa l'adempimento di tale formalità alla prima occasione utile e comunque entro il 30.12.2000.

L'onere probatorio in ordine alla ricorrenza di tali presupposti incombe sulla Banca, la quale deve dimostrare di avere notiziato il cliente e di averlo fatto tempestivamente (entro il 31.12.00).

Dalla documentazione in atti, facendo anche riferimento all'elenco dei documenti prodotti



indicati negli atti difensivi, la Banca ha prodotto solo ed esclusivamente il doc. 29, indicato nella memoria ex art. 184 depositata il 30.7.2007 nel giudizio di opposizione davanti al Tribunale di Torino, consistente nella copia della Gazzetta Ufficiale del 3.6.2000. Nessuna documentazione è stata prodotta in relazione al secondo requisito previsto dall'art. 7 della delibera: la comunicazione per iscritto alla cliente della modifica delle condizioni come pubblicate in G.U. Deve inoltre osservarsi che le pubblicizzazioni presso la filiale dei fogli informativi (doc. 30 parte opposta), non possono certo sostituire l'adempimento previsto di informazione scritta al cliente.

Tale circostanza induce già *ex se* ad escludere l'applicazione della delibera nel caso oggetto del presente giudizio.

In ogni caso e a prescindere da tale rilievo, questo giudice ritiene, conformemente ad altra giurisprudenza di merito (Tribunale di Torino 5.10.2007, Foro I. 2008, I, 646), che non sia configurabile una applicazione automatica della capitalizzazione trimestrale con riguardo agli interessi debitori e creditori prevista nella delibera CICR.

Infatti, la delibera ha natura di norma regolamentare, come tale inidonea a derogare o modificare una disposizione di legge; in particolare l'art. 1372 cc che esclude la modifica unilaterale del contratto, avente efficacia di legge tra le parti, e l'art. 1283 cc (Tribunale Mondovi 17.2.09, Tribunale di Mantova 12.7.2008 entrambe in www.ilcaso.it). Pertanto al fine di rideterminare la disciplina contrattuale della capitalizzazione degli interessi è necessario concludere un diverso e nuovo accordo scritto tra le parti contraenti, la banca e il correntista, circostanza che non ricorre nel caso *de quo*.

La clausola che dispone la capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori del correntista nel rapporto controverso va pertanto dichiarata nulla con riguardo a tutta la durata del rapporto, fino alla chiusura del conto, ponendosi in contrasto con l'art. 1283 cc, norma applicabile nel caso *de quo* anche dopo l'entrata in vigore della delibera CICR del 9.2.2000

per i motivi sopra esposti .

Questo giudice è consapevole che la nullità della capitalizzazione trimestrale ha l'effetto di escludere ogni forma di capitalizzazione degli interessi a debito, senza possibilità di applicare la capitalizzazione annuale, prevista dall'art. 7 comma I delle NUB per gli interessi a credito del correntista (Cass. 24418/10). Tuttavia nel caso concreto la correntista e i fideiussori hanno fatto esplicita richiesta dell'applicazione al rapporto bancario della capitalizzazione annuale, sia nell'atto di citazione, sia nell'atto di citazione in opposizione, sia nelle memorie ex art. 183 cpc che in quelle istruttorie.

Pertanto il giudice, fermo restando i limiti della domanda e delle eccezioni (art. 112 cpc), quale corollario della disponibilità del diritto e della tutela giudiziaria conseguente, non può che ritenere applicabile a tutto il rapporto il calcolo dell'anatocismo secondo il criterio della capitalizzazione annuale.

Sempre con riferimento alla capitalizzazione trimestrale è necessario fare riferimento alla difesa mossa dalla Banca in relazione all'applicazione dell'art. 1194 cc.

Nella prima memoria ex art. 184 cpc (regime precedente la novella del 2005) relativa al presente procedimento e nella comparsa di costituzione e risposta in opposizione la Banca assume, nel caso in cui si ritenga fondata la nullità della clausola della capitalizzazione trimestrale, che *"deve farsi riferimento ai criteri previsti dalla legge e ,quindi, alla disciplina dettata dall'art. 1194 cc, ovvero, atteso che gli interessi maturano giorno per giorno, ogni pagamento affluito sul conto corrente deve essere imputato al soddisfo prima degli interessi, delle spese e poi del capitale"*.

Sul punto occorre preliminarmente osservare la genericità dell'allegazione della Banca. La stessa invoca semplicemente l'applicazione della norma, senza dedurre in concreto quali sarebbero le somme da qualificare in termini di pagamenti affluiti sui conti correnti in contestazione e senza fornirne la prova

L'art. 1194 cc presuppone la sussistenza di un credito certo, liquido ed esigibile, che deve essere provato da chi ne invoca l'applicazione. In particolare, in ragione del carattere unitario del rapporto di conto corrente, le singole operazioni di addebito e accredito, in cui si estrinseca la molteplicità degli atti esecutivi, costituiscono esecuzione frazionata di una unica obbligazione. Di conseguenza i versamenti effettuati dal correntista hanno presuntivamente natura ripristinatoria e non costituiscono un pagamento inteso come spostamento patrimoniale dal *solvens all'accipiens* (Cass. 4518/14, con orientamento conforme a quello preceduto dalla sentenza n. 12448/10). La diversa finalità del versamento, in altri termini la natura solutoria (o di pagamento) del versamento, deve essere in concreto allegata e provata da chi intende avvalersi di tale circostanza. Allegazione e prova che nel caso concreto non è stata adempiuta dalla Banca (essendosi la stessa limitata ad allegare l'affermazione riportata).

3b. LA COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO

La correntista e i fideiussori nelle conclusioni relative all'atto di citazione e all'atto di citazione in opposizione hanno, con formulazione generica, fatto riferimento anche alle commissioni di massimo scoperto (d'ora in poi c.m.s.) contestandone l'applicazione.

Con la memoria ex art. 183 cpc (formulazione antecedente alla novella del 2005) del primo procedimento, la correntista e i fideiussori hanno chiesto la declaratoria di nullità della c.m.s. per assenza di accordo tra le parti (pag. 4 della memoria) con riguardo a tutti e tre i conti correnti.

Con la memoria istruttoria ex art. 184 cpc (vecchio regime) hanno domandato, nel giudizio riassunto davanti al Tribunale di Vercelli, la declaratoria di nullità della clausola di c.m.s. per assenza di pattuizione scritta nell'ambito del conto corrente n. 10/2063.

La Banca nella comparsa di costituzione e risposta, evidenziando la genericità della domanda con riguardo alla c.m.s. e l'impossibilità di effettuare ogni difesa, ha sottolineato che la sig.



Marino e i fideiussori non avessero contestato la validità della c.m.s. Nella comparsa conclusionale la Banca ha inoltre contestato la tardività della censura mossa dalla controparte con riguardo alla c.m.s..

Sulla questione relativa alla tardività del rilievo occorre preliminarmente fare due osservazioni.

Con riguardo al primo procedimento, è necessario sottolineare che la domanda di declaratoria di nullità della c.m.s. non costituisce domanda nuova, come tale inammissibile, atteso che nella memoria ex art. 183 cpc (del primo procedimento) la sig. Marino e i fideiussori hanno specificato una generica domanda già contenuta nell'atto introduttivo. La possibilità per la parte di effettuare una *emendatio* della domanda fino alla memoria ex art. 183 cpc era già stata sottolineata dalla giurisprudenza precedente alla novella del 2005, in applicazione di un regime processuale in cui le barriere preclusive per le allegazioni delle parti operavano in maniera meno stringente di quelle introdotte nel 2005.

Con riguardo al secondo procedimento unito, si giunge alle medesime conclusioni, giacché l'assenza di una pattuizione scritta della c.m.s. configura secondo la costante giurisprudenza di legittimità una nullità, come tale rilevabile d'ufficio dal giudice, con la conseguenza che ove debba farsi applicazione del contratto di conto corrente, come nel caso in questione in cui la Banca ha domandato la condanna della correntista e dei fideiussori sulla base del contratto di conto corrente, la stessa prescinde da una allegazione tempestiva della parte, tanto che può essere rilevata anche per la prima volta in appello (Cass. 11466/08; 4853/07; 19882/05).

Passando al merito della questione, deve ritenersi che la domanda di declaratoria di nullità della c.m.s. sia fondata.

Secondo la giurisprudenza di legittimità la c.m.s., in mancanza di una fonte legale (almeno con riguardo al caso *de quo* atteso che la normativa relativa alle c.m.s. del 2009 non è applicabile), può applicarsi solo ove sia prevista contrattualmente e sia determinata o

determinabile nel suo ammontare e nelle modalità di calcolo. Inoltre, sempre secondo la giurisprudenza di legittimità, la pattuizione della c.m.s. richiede la forma scritta, avendo ad oggetto una regolamentazione pregiudizievole per il correntista, con la conseguenza che la mancanza del requisito formale travolge la validità della stessa (Cass. 10127/05).

Dalle prospettazioni delle parti e dagli atti di causa è risultato che la Banca abbia effettivamente applicato la c.m.s. ai contratti di conto corrente oggetto del presente giudizio.

In particolare l'allegazione della sua sussistenza da parte della correntista nel primo procedimento e nel secondo non è stata contestata dalla Banca la quale, presupponendola, ha evidenziato che la sua controparte non avesse nell'atto introduttivo del primo procedimento contestato la validità della stessa.

L'effettiva applicazione risulta inoltre dalla documentazione prodotta: i conteggi di liquidazione trimestrale delle competenze con riferimento a ciascun conto corrente.

Lo stesso CTU dà atto di tale documentazione nella prima relazione a pag. 6 e 7, evidenziando che le competenze trimestrali comprendono tra le varie voci anche la c.m.s. (pag. 7 CTU citata).

L'assenza di una pattuizione scritta emerge dalla circostanza che non sia contemplata dall'unico conto corrente prodotto, il n. 10/2063 oggetto di causa di entrambi i procedimenti, e dalle stesse affermazioni del CTU, il quale analizzando tutta la documentazione prodotta ha concluso che agli atti mancasse una pattuizione scritta o una comunicazione accettata dalla correntista in ordine alla misura della c.m.s. effettivamente applicata dalla Banca (cfr prima relazione pag. 6).

Né assume rilevanza la circostanza, addotta dalla Banca, della pubblicizzazione della c.m.s. nei fogli informativi esposti in ciascuna filiale della Banca (doc. 24 della Banca allegata alla memoria istruttoria ex art. 184 cpc del presente procedimento). Infatti questi ultimi hanno solo una funzione informativa/pubblicitaria indirizzata alla generalità dei clienti e non certo una

valenza contrattuale tra le parti. Inoltre proprio la prescritta forma scritta della stessa, rende irrilevante il rinvio alle condizioni rese pubbliche nei fogli informativi.

Le circostanze appena evidenziate conducono pertanto alla declaratoria di invalidità della c.m.s. applicata dalla Banca con riguardo a tutti i rapporti di conto corrente, con la conseguenza che essa dovrà essere espunta dal conteggio finalizzato a ricostruire i rapporti di dare/avere tra le parti.

3c. GLI INTERESSI ULTRALEGALI.

La sig.ra Marino ha contestato la nullità per indeterminatezza degli interessi ultralegali applicati dalla Banca, per il rinvio di volta in volta operato dalla stessa ai cd. usi piazza. Nel primo giudizio l'allegazione *de qua* è stata effettuata nella memoria ex art. 184 cpc (regime anteriore alla novella del 2005), nel secondo giudizio nel foglio di precisazione delle conclusioni davanti al Tribunale di Torino e nella comparsa in riassunzione davanti al Tribunale di Vercelli. In particolare nel secondo procedimento l'eccezione di nullità della clausola degli interessi ultralegali si evince in via interpretativa attraverso la richiesta istruttoria della correntista e dei fideiussori di affidare al CTU l'incarico di sostituire gli interessi applicati dalla Banca con quelli legali e con quelli legali previsti dalla disciplina speciale (art. 117 settimo comma TUB). Siccome l'applicazione degli interessi legali è una conseguenza della sostituzione automatica della clausola nulla con quella prevista ex lege (art. 1419 cc), è logico ritenere che la richiesta di tale sostituzione presupponga implicitamente la richiesta di declaratoria di nullità della clausola degli interessi ultralegali.

La Banca ha contestato la tardività della censura mossa dalla sua controparte con riguardo ad entrambi i procedimenti.

La censura di tardività è infondata, nei limiti che seguono.

La nullità di una clausola di tale portata è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento dal giudice (art. 1421 cc)..

