
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, segreteria del Consiglio Superiore della Magistratura) - Vittorio CORASANITI (Magistrato) - Francesco ELEFANTE (Magistrato) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Difetto di titolarità e difetto di legittimazione ad causam: la prima è eccezione in senso stretto; la seconda è eccezione in senso lato.

Il difetto di titolarità deve essere provato da chi lo eccepisce e deve formare oggetto di specifica e tempestiva deduzione in sede di merito, mentre il difetto di legittimazione ad causam deve essere oggetto di verifica, preliminare al merito, da parte del giudice, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio.

La legittimazione ad agire costituisce allora una condizione dell'azione, una condizione per ottenere cioè dal giudice una qualsiasi decisione di merito, la cui esistenza è da riscontrare esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa.

Appartiene invece al merito della causa, concernendo la fondatezza della pretesa, l'accertamento in concreto se l'attore e il convenuto siano, dal lato attivo e passivo, effettivamente titolari del rapporto fatto valere in giudizio.

Tribunale di Potenza, sentenza del 28.8.2013

...omissis...

La predetta eccezione non è fondata risultando dagli atti, contrariamente all'assunto del F. [REDACTED] (già Banca Intesa spa) in forza del contratto di cessione di rapporti giuridici, stipulato il 22.11.2001, a rogito del notaio [REDACTED] di Cosenza n. rep 1392/7397 aveva acquistato "pro soluto" da [REDACTED] S.p.a i crediti in sofferenza vantati dal quest'ultima alla data del 22.11.2001, tra i quali evidentemente vi è quello oggetto del presente giudizio.

Ne consegue che essendo stato il giudizio interrotto ritualmente e tempestivamente riassunto dal soggetto legittimato e precisamente dalla convenuta [REDACTED]

Con riferimento all'ulteriore questione sollevata da F.G.C., quest'ultimo ha dedotto il difetto di legittimazione passiva sostenendo di avere prestato garanzia fideiussoria in relazione ad un rapporto di conto [REDACTED]

[REDACTED] del 20.12.99. A seguito di tale atto sarebbe stato, quindi, stipulato un nuovo contratto di conto corrente tra l'attrice e la convenuta in relazione al quale nessuna obbligazione accessoria sarebbe stata assunta da esso F. [REDACTED] Sarebbe, quindi, evidente che a seguito del nuovo contratto del 20.12.1999 stipulato con un nuovo soggetto [REDACTED] spa, subentrata a F. srl, a sua volta succeduta a [REDACTED] andava stipulato un nuovo contratto di fideiussione. Pertanto le obbligazioni nascenti dal nuovo contratto sarebbero inopponibili al [REDACTED] (avendo quest'ultimo prestato la garanzia in oggetto in favore dell'originaria società [REDACTED]).

Tale eccezione risulta infondata.

In primo luogo si osserva che la questione sollevata dal terzo chiamato attiene, non già alla legittimazione processuale vera e propria, bensì al merito della causa implicando un accertamento sulla titolarità del rapporto giuridico dedotto in giudizio.

Va all'uopo sottolineato come, secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza, la legitimatio ad causam, attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in

ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante la indicazione di fatti in astratto idonei fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa, con conseguente dovere del giudice di verificarne l'esistenza in ogni stato e grado del procedimento. Laddove, invece, la titolarità della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, si configura come una questione che attiene al merito della lite e rientra nel potere dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio della parte interessata (cfr. Cass. civ., sez. III, 30 maggio 2008, n. 14468; Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2008, n. 355; Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2007, n. 11321; Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2007, n. 4169; Cass. civ., sez. III, 6 marzo 2006, n. 4796).

Di conseguenza, il difetto di titolarità deve essere provato da chi lo eccepisce e deve formare oggetto di specifica e tempestiva deduzione in sede di merito, mentre il difetto di legittimazione ad causam deve essere oggetto di verifica, preliminare al merito, da parte del giudice, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio (cfr. ex pluribus Cass. civ., sez. III, 26 settembre 2006, n. 20819).

La legittimazione ad agire costituisce allora una condizione dell'azione, una condizione per ottenere cioè dal giudice una qualsiasi decisione di merito, la cui esistenza è da riscontrare esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa.

Appartiene invece al merito della causa, concernendo la fondatezza della pretesa, l'accertamento in concreto se l'attore e il convenuto siano, dal lato attivo e passivo, effettivamente titolari del rapporto fatto valere in giudizio (v. Cass. 3 dicembre 1999, n. 13467; Cass. 24 luglio 1997, n. 916; Cass. 13 gennaio 1995, n. 377, Cass. 17 marzo 1995, n. 3110).

In altri termini, la legittimazione ad agire o a contraddire, quale condizione dell'azione, si fonda sulla mera allegazione fatta in domanda, sicché una concreta ed autonoma questione intorno ad essa si delinea soltanto quando l'attore faccia valere un diritto altrui, prospettandolo come proprio, ovvero pretenda di ottenere una pronuncia contro il convenuto pur deducendone la relativa estraneità al rapporto sostanziale controverso.

Orbene, nel caso di specie il terzo chiamato sostiene di non essere (più) fideiussore della società attrice essendo il rapporto di garanzia di cui era

titolare estinto per novazione. Trattasi pertanto di questione concernente l'accertamento in concreto dell'effettiva titolarità del rapporto fatto valere in giudizio (v. Cass. 18 novembre 2005, n. 24457), e cioè la identificabilità del soggetto cui spetta la prestazione dovuta.

Ciò posto si ritiene che l'assunto secondo il quale la garanzia fideiussoria prestata in favore della società originaria [REDACTED] [REDACTED] sarebbe estinta a seguito di novazione, sia infondato avendo il F. meramente allegato la presunta sopravvenienza di una causa estintiva del rapporto obbligatorio di cui era parte senza, tuttavia, fornire, come era suo onere, alcun riscontro probatorio al riguardo. Ne consegue il rigetto dell'eccezione.

[REDACTED] ha in subordine eccepito la decadenza dal diritto azionato dalla Banca nei suoi confronti (nella qualità di fideiussore) avendo quest'ultima proposto la domanda riconvenzionale oltre il termine semestrale previsto dall'art 1957 c.c.

Anche tale eccezione deve essere respinta dal momento che all'art. 6 della lettera di fideiussione il [REDACTED] espressamente rinunciava ad avvalersi del termine decadenziale previsto dalla normativa di cui sopra, derogandovi ed approvandolo specificamente per iscritto ex art. 1341 quale clausola vessatoria.

Si ritiene, invece, fondata la domanda dell'attrice e del terzo chiamato diretta ad ottenere l'accertamento della nullità della clausola contrattuale n. 7 delle norme bancarie uniformi regolanti il contratto di c/c. sia con riferimento alla previsione della capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori, sia nella parte in cui è previsto che gli interessi passivi sono determinati "alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza".

E'in atti la lettera di benestare del 28.10.88 di apertura del conto corrente n. (...) del 28.10.88 concluso tra l'allora [REDACTED] e la originaria società [REDACTED] con relativo documento allegato, sottoscritto dalle parti, contenente le norme regolanti il predetto rapporto di conto corrente e tra queste vi è la clausola di cui all'art 7 sopra citata.

Tale clausola è affetta da nullità nei limiti che seguono.

Ed invero, ai sensi dell'art. 117 del T.U.B. i contratti conclusi con le banche devono essere stipulati per iscritto e devono esplicitamente indicare il tasso di interesse pattuito. Nel caso di inosservanza della forma scritta il contratto è nullo come pure sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati (dovendo in questo caso applicare 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).

Discende da quanto sopra che la clausola, stipulata anteriormente all'entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria 17 febbraio 1992, n. 154, la quale, per la pattuizione di interessi dovuti dalla clientela in misura superiore a quella legale, si limiti a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, è in ogni caso divenuta inoperante a partire dal 9 luglio 1992 - data di acquisto dell'efficacia delle disposizioni della citata legge qui rilevanti, ai sensi dell'art. 11 della medesima -, atteso che la previsione imperativa posta dall'art. 4 della legge (poi trasfuso nell'art. 117 del testo unico 1 settembre 1993, n. 385), là dove 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. Nella fattispecie, per rapporti in corso devono intendersi i rapporti, anteriormente costituiti, non ancora esauriti, alla data di inizio dell'operatività della norma sopravvenuta, per non avere il debitore, indipendentemente dalla pregressa "chiusura" del conto corrente bancario, adempiuto alla propria obbligazione, atteso che la già riferita innovazione impinge sulle stesse caratteristiche del sinallagma contrattuale, generatore di conseguenze obbligatorie protraentisi nel tempo (Cass. Civ. 13739/2003).

Relativamente, invece, al periodo precedente alla entrata in vigore della legge sulla trasparenza bancaria occorre osservare che era frequente nei contratti bancari in conto corrente la clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto che rinviava per la determinazione degli interessi

passivi alle "condizioni praticate usualmente dalle Aziende di credito sulla piazza".

L'utilizzazione di tale clausola ha posto il problema della sua conformità o meno con i principi generali in tema di obbligazioni e contratti ed in specie con gli artt. 1284 ult. comma e 1346 c.c.. Sul punto l'insegnamento tradizionale è stato superato dalla prevalente giurisprudenza, assolutamente condivisibile, secondo la quale la clausola interessi "uso piazza" è nulla per indeterminatezza dell'oggetto, non essendo riscontrabile nella prassi un uso bancario di costante e univoca applicazione tale da consentire - sia pure per relationem - la preventiva ed esatta determinazione del regolamento negoziale posto in essere tra le parti.

A tale riguardo occorre prendere le mosse dal disposto dell'art. 1284 ult. comma c.c., ai sensi del quale gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale. Se è indubbio difatti che tale requisito, come insegna la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione, possa essere soddisfatto anche per relationem, attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obiettivamente individuabili (cfr., tra le tante, Cass. 20 giugno 1978 n.3028; Cass. 9 aprile 1983 n.2521; Cass. 14 febbraio 1984 n.1112; Cass. 28 maggio 1984 n.3252; Cass. 12 novembre 1987 n.8335), tuttavia il rinvio "alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza" non risulta idoneo ad individuare in modo inequivoco e predeterminato il tasso di interesse dovuto alla banca dal cliente. Si osserva, in particolare, che difettano elementi estrinseci di riferimento che permettano una sicura determinabilità degli interessi ovvero parametri cui possa essere ancorata la variabilità nel tempo dei tassi, al di fuori di valutazioni unilaterali e discrezionali dell'azienda di credito. In altri termini potrebbe reputarsi sufficientemente determinato per relationem il tasso di interesse soltanto qualora esistessero vincolanti discipline fissate su larga scala nazionale con accordi interbancari, ma la realtà è, si sostiene, che gli accordi di cartello bancario ormai da lungo tempo hanno perso consistenza economica e rilievo giuridico, e che l'indicazione del tasso c.d. prime rate non è vincolante per gli istituti bancari.

Si giunge così alla conclusione che il rinvio all'uso piazza contenuto nei contratti anteriori alla L. n. 154 del 1992, come appunto il conto corrente

in questione, non è conforme all'obbligo di forma scritta sancito dall'art. 1284 ultimo comma c.c., ed alla ratio ad esso sottesa, non consentendo al correntista di determinare sulla base di parametri ancorati ad elementi di fatto precisi, esistenti, o sicuramente accertabili, la misura del tasso applicato al rapporto (v. Cass 1996/ n.2103). In specie la S.C. mette ora in evidenza l'esigenza di valutare, con riferimento al singolo rapporto, se sussistono elementi di qualificazione del cliente idonei a fondare, senza successiva valutazione discrezionale da parte della banca, l'oggettiva determinazione del tasso di interesse oggetto di variazione nel corso del rapporto (cfr. anche Cass. 29.11.96 n.10657, secondo cui "il riferimento in un contratto di sconto alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza è da considerarsi sufficiente solo ove esistano vincolanti discipline del saggio fissate su scala nazionale con accordi di cartello e non già ove tali accordi contengano diverse tipologie di tassi o, addirittura, non costituiscano più un parametro centralizzato e vincolante, essendo in quest'ultimo caso necessario accertare in concreto il grado di univocità della fonte richiamata, per stabilire a quale previsione le parti abbiano potuto effettivamente riferirsi"). Precisa altresì la Corte di Cassazione (sentenza del 18 aprile 2001, n. 5675) che "In tema di contratti bancari, nel regime anteriore alla entrata in vigore della l. 17 febbraio 1992 n. 154, e del successivo t.u. sulla disciplina bancaria - che introducono norme nuove, a carattere non retroattivo, in tema di trasparenza bancaria, vietando, tra l'altro, espressamente il rinvio agli usi di piazza - la convenzione relativa agli interessi è validamente stipulata, in ossequio al disposto dell'art. 1284, comma 3, c.c. (che è norma imperativa, la cui violazione determina nullità assoluta ed insanabile), quando il relativo tasso risulti determinabile e controllabile in base a criteri in detta convenzione oggettivamente indicati e richiamati. Pertanto, una clausola contenente un generico riferimento alle "condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza" può ritenersi valida ed univoca solo se coordinata alla esistenza di vincolanti discipline fissate su larga scala nazionale con accordi interbancari, nel rispetto delle regole di concorrenza e non anche quando tali accordi contengano riferimenti a tipologie di tassi praticati su scala locale e non consentano, per la loro genericità, di stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso fare concreto riferimento " (cfr. anche Cass. 23 settembre 2002 n.13823). La Corte, quindi, mantiene fermo l'insegnamento secondo cui il requisito della forma scritta richiesto, a pena di nullità, per la pattuizione di interessi superiori alla misura legale (art. 1284, ultimo comma, c.c.) non postula necessariamente che il documento contrattuale contenga l'indicazione in

cifre del tasso d'interesse pattuito, ma può essere soddisfatto anche per relationem (essendo sufficiente che le parti richiamino per iscritto criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, obbiettivamente individuabili, che consentano la concreta determinazione del tasso convenzionale (cfr. oltre alle sentenze sopra menzionate, Cass. 18 maggio 1996, n.4605; Cass. 11 novembre 1997, n. 11042; Cass. 8 maggio 1998, n. 4696; Cass. 23 giugno 1998, n. 6247; Cass. 19 luglio 2000, n. 9465). Aggiunge, tuttavia, che una clausola, la quale si limiti a fare riferimento "alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza", non è sufficientemente univoca e non può quindi giustificare la pretesa al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale, poiché, data l'esistenza di diverse tipologie di interessi, essa non consente, per la sua genericità, di stabilire a quale previsione le parti abbiano inteso concretamente riferirsi.

Ciò posto, è opportuno sottolineare che la tesi della nullità della clausola 'uso piazza' porta ad escludere che possa attribuirsi rilevanza giuridica alla mancata contestazione degli estratti conto periodicamente inviati dalla banca al cliente o all'indicazione di interessi ultralegali nelle scritture contabili del correntista imprenditore (intesa come una sorta di riconoscimento da parte del cliente dell'obbligazione di corrispondere interessi nella misura richiesta dall'istituto di credito). Invero, dette circostanze non possono valere a sanare l'originario vizio di nullità della pattuizione per carenza del requisito della determinabilità, che non può essere individuato ex post (cfr. Cass. n.6247/98 cit.). In altre parole, alla mancanza di un criterio di determinabilità degli interessi oggettivo, certo e di agevole riscontro, non può supplirsi attraverso la mancata contestazione degli estratti conto o l'indicazione di interessi ultralegali nelle scritture contabili dell'imprenditore, non potendo questi elementi essere utilizzati al fine di fondare la presunzione dell'esistenza di un patto stipulato nell'osservanza dei requisiti di forma richiesti dalle legge (cfr. anche Cass. 6 novembre 1993 n.11020). Pertanto la mancata tempestiva contestazione dell'estratto conto trasmesso da una banca al cliente rende inoppugnabili gli accrediti e gli addebiti solo sotto il profilo meramente contabile, ma non sotto quelli della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori dai quali le partite inserite nel conto derivano (Cass. 11 marzo 1996 n.1978; Cass. 7 settembre 1984 n.4788).

Con riferimento poi riguardante il tasso di interesse applicabile allorché intervenga la dichiarazione di nullità si evidenzia che per effetto del

meccanismo di integrazione legale previsto dall'art. 1284 c.c., si ritiene che gli interessi siano dovuti nella misura legale (anziché in quella pretesa dalla banca), e ciò per la durata dell'intero rapporto, ovvero che fino all'entrata in vigore della L. n. 154 del 1992 trovi applicazione il tasso di interesse legale e, successivamente, il tasso nominale massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali emessi nei dodici mesi precedenti ogni chiusura trimestrale del conto (Trib. Monza 4 febbraio 1999).

La nullità in esame, poi, non può essere sanata dalle successive comunicazioni delle variazioni del tasso periodicamente inviate dalla banca al cliente; in tal caso, infatti, gli interessi vanno considerati come pattuiti senza la forma scritta essendo irrilevante che il contratto sia stato sottoscritto in epoca anteriore all'entrata in vigore della L. n. 154 del 1992 (cfr. Cass. 1.2.2002 n. 1287, 28.3.2002 n. 4490 e Cass. 18.4.2001 n. 5675).

Alla luce dei suddetti principi deve essere dichiarata la nullità della pattuizione contenuta nella clausola n. 7 del contratto di c/c n. (...) stipulato tra la società attrice e la Banca convenuta.

Passando all'esame dell'ulteriore questione relativa all'illegittima capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, occorre rilevare che ai sensi dell'art. 7 comma 2, delle norme regolamentari sulle aperture di credito in conto corrente, riportate nel contratto stipulato tra le parti " i conti che risultano, anche saltuariamente, debitori vengono ... chiusi contabilmente, in via normale, trimestralmente ... applicando agli interessi dovuti dal correntista e alle competenze di chiusura, valuta data di regolamento del conto, fermo restando che a fine d'anno ... saranno accreditati gli interessi dovuti dal Banco ... ".

Con le sentenze 30 giugno 1999 n. 3096 della sez. III[^], 16 marzo 1999 n. 2374 e 11 novembre 1999 n. 12507 della sez. I[^], la Corte di Cassazione (in tali termini si era già espressa la giurisprudenza di merito; cfr.: Trib. Vercelli 21 luglio 1994, Foro it, 1995, I, 1662; Pret. Roma 11 novembre 1996, id., Rep. 1998, voce Banca, credito e risparmio, n. 95, Nuova giur. civ., 1998, I, 183; Trib. Busto Arsizio 15 giugno 1998, Foro it., 1998, I, 2997; nonché, da ultimo, Trib. Monza 23 febbraio 1999, id., 1999, I, 1340), mutando radicalmente il precedente orientamento, ha sancito la nullità delle clausole contemplanti la capitalizzazione trimestrale degli

interessi passivi nei contratti bancari, per violazione del disposto di cui all'art. 1283 Cod. Civ..

Com'è noto, tale norma consente che gli interessi scaduti producano ulteriori interessi a condizione che:

A) si tratti di interessi dovuti almeno per un semestre;

B) la capitalizzazione degli interessi sia pattuita con convenzione posteriore alla loro scadenza ovvero sia richiesta con domanda giudiziale.

La disposizione in esame consente, tuttavia, di derogare all'illustrato divieto quando l'anatocismo trovi fondamento in "usi contrari", i quali, secondo l'unanime orientamento degli interpreti, non possono che avere natura di usi normativi (artt. 1 ed 8 delle disp. sulla legge in generale), e non anche di usi negoziali (art. 1340 c.c.) o interpretativi (art. 1368 c.c.), perché operando sullo stesso piano della norma, come eccezione al principio ivi affermato, partecipano necessariamente della natura delle regole dettate dal legislatore (cfr. Cassazione 15 dicembre 1981 n. 6631).

Ebbene, le decisioni della Suprema Corte sopra segnalate, sovvertendo il precedente, costante, insegnamento (v. per tutte Cass. n. 4920/87) hanno, in maniera condivisibile, escluso l'esistenza di una consuetudine (fonte di diritto) in base alla quale nei rapporti tra banca e cliente gli interessi a carico di quest'ultimo possano essere capitalizzati ogni trimestre, evidenziando, per un verso, che la costanza e la generalità della prassi effettivamente instauratasi in tal senso (prassi in concreto ineludibile perché attuata dalle banche mediante clausole uniformi e unilateralmente predisposte), se valgono a realizzare un uso negoziale, non sono invece sufficienti ad identificare un uso normativo (caratterizzato, sul piano soggettivo, dalla consapevolezza di prestare osservanza ad una norma giuridica), e considerando, per altro verso, che nell'ambito dei contratti bancari mancano (segnatamente per quanto concerne il modus operandi del cliente, che stipula secondo schemi negoziali predisposti dalla banca) elementi che consentano di ravvisare nell'anatocismo la comune convinzione dei contraenti di attuare una regola vertente su materia giuridicamente rilevante per la natura delle situazioni da disciplinare.

Ciò detto occorre, inoltre, premettere che il rapporto di conto corrente oggetto della presente causa risulta sorto nel 1988, ossia in data precedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 342 del 1999, con cui è stato modificato il D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 120, (testo unico bancario). Ad essi non è quindi applicabile la disciplina dettata, in attuazione (della richiamata normativa, dalla delibera emessa il 9 febbraio 2000 dal Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (Cicr). Perciò, anche per effetto della declaratoria d'incostituzionalità del citato D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 3, pronunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 425 del 2000, la disciplina cui occorre qui fare riferimento è esclusivamente quella antecedente al 22 aprile 2000 (data di entrata in vigore della menzionata delibera del Cicr).

Fermi restando i principi di cui sopra relativamente al dettato normativo di cui all'art. 1283 c.c. ed alla natura di usi negoziali nel caso di conto corrente bancario, occorre, poi, esaminare la questione afferente alla possibilità di capitalizzare annualmente gli interessi passivi risultanti dal conto corrente quale conseguenza della chiusura annuale del conto stesso. In detta prospettiva giova ricordare che non tutte le norme che regolano il contratto di c/c ordinario sono applicabili a quelle sul c/c bancario; infatti, all'art. 1857 c.c. nel richiamare per il c/c bancario alcune norme che regolano il c/c ordinario, non richiama, tuttavia, l'art. 1823 c.c. dal quale è evincibile che il contratto di c/c ordinario è un contratto a tempo determinato ed alla prima scadenza se non si esige il saldo si trasforma a tempo indeterminato, laddove il contratto di c/c bancario nasce come contratto a tempo indeterminato dove il conto si chiude solo quando le parti decidono di chiuderlo.

Né può essere tralasciato l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui la legittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario va esclusa anche con riguardo al periodo anteriore alle decisioni con le quali la Suprema Corte, ponendosi in contrasto con l'indirizzo giurisprudenziale sin lì seguito, ha accertato l'inesistenza di un uso normativo idoneo a derogare al precetto dell'art. 1283 c.c. (Sez. un. 4 novembre 2004, n. 21095).

In ossequio ai sopra esposti principi - ai quali ritiene il giudicante di dovere aderire - deve dichiararsi l'illiceità della pratica operata dalla Banca convenuta per violazione del divieto stabilito dall'art. 1283 Cod. Civ., ed operante fuori delle ipotesi in cui tale divieto può essere derogato.

Dichiarata la nullità della surriferita previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c., (il quale osterebbe anche ad un'eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale), inoltre, gli interessi a debito del correntista debbono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna", (v. SS.UU. 24418/2010)

Nella suddetta prospettiva, il giudice ricorreva ad una rinnovazione della C.T.U. la quale, tuttavia, come evidenziato dal perito e come sarà diffusamente illustrato in seguito, veniva espletata sulla base di una lacunosa documentazione che ha consentito una ricostruzione evidentemente parziale del rapporto in oggetto.

Ciò posto , passando ad esaminare il merito della domanda riconvenzionale formulata dalla banca convenuta, si ritiene che essa sia in parte improcedibile e in parte infondata.

Con riferimento alla posizione della società attrice [REDACTED], la relativa dichiarazione di fallimento è sopravvenuta nel corso del giudizio.

A tale riguardo va evidenziato che qualsiasi ragione di credito nei confronti della procedura fallimentare deve essere dedotta con le forme dell'insinuazione al passivo con la conseguenza che, qualora, nel giudizio promosso dal curatore per il recupero di un credito contrattuale del fallito, il convenuto (come nel caso di specie) proponga domanda riconvenzionale diretta all'accertamento di un proprio credito nei confronti del fallimento, derivante dal medesimo rapporto, la riconvenzionale stessa deve essere dichiarata inammissibile o improcedibile nel giudizio di cognizione ordinaria, andando eventualmente proposta con domanda di ammissione al passivo su iniziativa del presunto creditore, mentre solo la domanda proposta dalla curatela resta davanti al giudice per essa competente, il quale pronuncerà al riguardo nelle forme della cognizione ordinaria (v. anche Cass. 27 aprile 2008, n. 10898) Analogamente, in sede di merito, si è evidenziato che la domanda tendente all'accertamento di un credito nei confronti del fallimento, proposta in sede diversa dall'accertamento del passivo, è improcedibile, a differenza di quella principale iniziata o proseguita dal curatore, nello stesso processo, per l'accertamento di un credito del fallito (Trib. Milano 11 aprile 2007, in Fall., 2007, 12, 1484).

La S.C. ha precisato, inoltre, che l'accertamento dei crediti vantati nei confronti della massa deve aver luogo, al pari di quello dei crediti concorsuali, con il rito previsto dagli artt. 93 ss. 1. fall. (cfr. Cass. 27 marzo 2008, n. 7967).

Peraltro, anche l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che pure aveva sostenuto la perseguibilità dei giudizi promossi in sede extrafallimentare tra debitore e creditore, aveva altresì precisato che "... nel sistema delineato dall'art. 52 e 95 L.F. qualsiasi ragione di credito nei confronti della procedura fallimentare deve essere dedotta nel rispetto della regola del concorso con le forme dell'insinuazione allo stato passivo, con la conseguenza che qualora,, a seguito della dichiarazione di fallimento, la parte che aveva agito in giudizio nei confronti del debitore coltivi la propria azione nei confronti del curatore subentrato all'originaria parte ai sensi dell'art.43 L.F. , la domanda deve essere dichiarata improcedibile in quanto inidonea a condurre a una pronuncia di merito opponibile alla massa, ...a meno che il creditore dichiari espressamente di voler utilizzare il titolo dopo la chiusura del fallimento, nei confronti del debitore, tornato in bonis..." (cfr. Cass. Sez. 28481/2005).

Nel caso di specie la circostanza sopra descritta non ricorre e, pertanto, deve essere dichiarata l'improcedibilità della proposta domanda riconvenzionale nei confronti del fallimento la [REDACTED]

Alla luce dei principi sopra detti ne consegue che la domanda proposta dalla Curatela fallimentare al fine di ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate in favore della banca, è, invece, proponibile ed ammissibile.

Del pari proponibile è la domanda [REDACTED] [REDACTED] sebbene la domanda medesima si appalesi infondata nel merito.

A tale ultimo riguardo, come già in precedenza evidenziato, non può infatti non rilevarsi che la Banca convenuta non abbia assolto all'onere probatorio con riferimento all'ammontare del credito azionato quale saldo passivo rinveniente dal contratto di conto corrente.

A fondamento della domanda di condanna dell'attrice e del fideiussore al pagamento del saldo negativo dei conti corrente la Banca ha, infatti,

prodotto come evidenziato nelle relazioni di CTU depositate, gli estratti conto relativi peraltro al solo conto corrente n. (...) (mentre con riferimento al c/c (...) pure invocato dalla convenuta lo stesso risulta estinto ed è stato prodotto solo il saldo finale al 31.5.2001) limitatamente al periodo che va dall'1.01.1999 al 31.5.2001, laddove il rapporto è sorto il 28.10.1988.

Balza evidente allora, la incolmabile lacuna probatoria laddove si consideri che a fronte di un rapporto durato oltre un decennio vi è la prova documentale afferente le movimentazioni avvenute in un biennio.

Va rilevato come il fideiussore (nonchè la società attrice), mediante articolate doglianze contestasse, in termini logicamente preliminari, anzitutto l'entità della posta creditoria azionata e, altresì evidenziando con le memorie conclusionali la mancata produzione degli estratti conto probanti il credito.

Orbene, sotto tale profilo l'assunto va ritenuto fondato ed i rilievi che seguono assorbiranno tutte le ulteriori questioni dibattute.

E' noto come, nei rapporti di conto corrente bancario, sono esclusivamente gli estratti conto i documenti capaci di spiegare efficacia probatoria, salvo prova contraria, ai fini della sussistenza del credito portato da una Banca, anche nei confronti del fideiussore del correntista: e ciò in ogni procedimento di cognizione, perché ove il debitore principale sia decaduto a norma dell'art. 1832 cod. civ. dal diritto di impugnare gli stessi, il fideiussore chiamato in giudizio dalla banca medesima per il pagamento della somma dovuta non può sollevare contestazioni in ordine alla definitività di quegli estratti (Cass. Civ. Sez. 3, n. 23939 del 19/11/2007; Cass. Civ. Sez. 3, n. 18650 del 05/12/2003 ; Cass. Civ. Sez. 3, n. 1101 del 30/01/1995).

Onde la Banca, prima di potersi avvalere di una tale evidenza probatoria anche avverso i garanti, non può sottrarsi dal fornire preliminarmente adeguata dimostrazione del credito nei confronti del debitore principale.

A fronte delle contestazioni di controparte, la Banca non ha prodotto la necessaria documentazione contabile a suffragio delle proprie pretese rendendo in tal modo impossibile procedere alla ricostruzione dell'andamento del conto corrente.

Il fideiussore ed il correntista hanno contestato la legittimità del saldo passivo sotto il profilo dell'erroneo calcolo degli interessi sia perché pattuiti attraverso il richiamo agli "usi su piazza" sia sotto il profilo della illegittimità dell'applicazione del meccanismo della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente.

A fronte di specifiche contestazioni mosse dal debitore in ordine alla applicazione degli interessi in misura superiore a quella effettivamente dovuta ed all'applicazione della capitalizzazione trimestrale degli stessi interessi, era necessario che la Banca creditrice fornisse la prova del credito rinveniente dalla chiusura del conto corrente, in particolare con la produzione di tutti gli estratti conto ex articolo 1832 c.c. relativi al periodo di vigenza del rapporto di conto corrente, in modo da consentire al correntista ed al fideiussore di ricostruire tutti i movimenti intervenuti nel corso del rapporto dal suo inizio e di espungere gli importi richiesti a titolo di interessi che fossero risultati effettivamente non dovuti nonché gli importi richiesti a titolo di capitalizzazione trimestrale nel periodo compreso fra la data di apertura del conto corrente (dal 1988) e la data della prima annotazione contenuta nel primo estratto conto prodotto (risalente al 1999). Ciò soprattutto in considerazione della circostanza che tale estratto conto non presenta un saldo attivo e, quindi, il relativo saldo è necessariamente il risultato del calcolo di interessi nella misura contestata dal correntista e, in particolare, del calcolo della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, la cui previsione contrattuale, come già detto, deve essere considerata nulla.

Lo stesso consulente tecnico di ufficio nominato nel corso del giudizio ha dichiarato che la Banca creditrice non ha messo a sua disposizione la documentazione che non risultava prodotta in atti, relativa al rapporto di conto corrente nel periodo compreso fra la data di insorgenza del rapporto ed il 1999 (cui si riferisce il primo estratto di conto corrente in atti), documentazione richiesta dal C.T.U. ai sensi dell'articolo 198 c.p.c. e che, eventualmente, con il consenso di tutte le parti, pur non essendo stata prodotta dalla Banca creditrice nel rispetto dei termini di cui all'articolo 184 c.p.c., avrebbe potuto essere utilizzata per ricostruire l'intera vicenda del rapporto di conto corrente.

Nulla di tutto ciò è avvenuto.

La innegabile lacuna probatoria è stata ulteriormente rimarcata dal ctu nella relazione tecnica integrativa depositata il 2.4.2013 laddove, rispondendo allo specifico quesito, non ha potuto che evidenziare la incompletezza dei dati contabili a disposizione e la inevitabile conseguente "parzialità" dei risultati peritali cui si è pervenuti.

Orbene, di fronte ad una documentazione che non riveste il carattere della completezza non si può imporre al correntista di provare che i precedenti conteggi effettuati dalla Banca e non riportati compiutamente nella documentazione prodotta (e nell'estratto conto relativo alla prima posta a debito che ha una sua precisa causale e di cui la Banca deve dare conto per spiegare i movimenti successivi) siano errati, in quanto superiori all'importo effettivamente dovuto.

Una volta esclusa la validità della clausola sulla cui base sono stati calcolati gli interessi, soltanto la produzione degli estratti a partire dall'apertura del conto corrente consente, attraverso una integrale ricostruzione del dare e dell'avere con l'applicazione del tasso legale, di determinare il credito della banca, semprechè la stessa non risulti addirittura debitrice, una volta depurato il conto dalla capitalizzazione degli interessi non dovuti. Allo stesso risultato, evidentemente, non si può pervenire con la prova del saldo, comprensivo di capitali ed interessi, al momento della chiusura del conto ovvero sulla base di una documentazione che consente solamente una parziale ricostruzione delle movimentazioni contabili effettivamente avvenute. Tali atti, invero, non solo non rendono in alcun modo possibile sapere quali addebiti, nell'ultimo periodo di contabilizzazione, siano dovuti ad operazioni passive per il cliente e quali alla capitalizzazione degli interessi, ma a sua volta discende da una base di computo che è il risultato di precedenti capitalizzazioni degli interessi (Cass. 10692/07 Cass. 16679/09).

D'altra parte, per ciò che concerne la mancata contestazione degli estratti conto da parte del correntista, si deve rilevare che è principio pacifico quello secondo cui l'approvazione dell'estratto conto rende incontestabili soltanto le registrazioni a debito e credito nella loro realtà contabile, ma non anche l'efficacia e la validità dei rapporti sostanziali. Peraltro, solo ove sia accertata l'efficacia e la validità di tali rapporti "l'approvazione ripetuta di estratti- conto può valere, per la sua natura confessoria, a far ritenere che il concreto ammontare degli interessi computati dalla banca sia

avvenuto in conformità del criterio dettato in via preventiva con la clausola" (Cass. 4605/96).

Così, in materia di interessi, è stato ritenuto che la tacita approvazione del conto non può essere utilizzata quale elemento presuntivo dell'esistenza dei requisiti formali richiesti ad substantiam per il patto relativo agli stessi (Cass. 15 giugno 1995 n.6736; Cass. 6 novembre 1993 n.11020).

Ora, una volta che sia dimostrato il regolare invio al correntista dell'estratto conto (o che non sia controverso) ed il decorso del termine di legge, il cliente non potrà contestare la verità storica dei dati riportati nel conto (né lo stesso per i vizi formali previsti dal secondo comma dell'articolo 1832 c.c.), ivi compresa l'esistenza degli ordini e delle disposizioni del correntista nel conto stesso menzionate come causale di determinate annotazioni di addebito, ma potrà mettere in discussione la portata ed il significato giuridico dei fatti riportati nell'estratto conto, come l'esistenza, la validità e l'efficacia oppure l'opponibilità dei titoli giuridici sottostanti ai medesimi Cassazione civile, sez. I, 26/01/2011, n. 1842

Pertanto, di fronte ad una documentazione incompleta che, in quanto tale, non consente di procedere ad una verifica dell'intero rapporto contrattuale e all'accertamento dell'esatto computo del credito effettivamente vantato dalla Banca nei confronti del debitore non si può imporre al correntista di provare che i precedenti conteggi effettuati dalla Banca e non riportati compiutamente nella documentazione prodotta (e nell'estratto conto relativo alla prima posta a debito che ha una sua precisa causale e di cui la Banca deve dare conto per spiegare i movimenti successivi) siano errati, in quanto superiori all'importo effettivamente dovuto.

Alla luce delle considerazioni che precedono, non avendo nel caso di specie la Banca opposta assolto all'onere della prova che su di essa gravava, anche in ordine al quantum del credito vantato nei confronti del correntista, la domanda dalla stessa avanzata in via riconvenzionale non può essere accolta.

Sulla base delle considerazioni già espresse in ordine alla necessità della ricostruzione dei movimenti di dare e avere relativi al contratto di conto corrente che ci occupa dal momento della sua insorgenza alla data della chiusura del conto, deve essere rigettata anche la domanda proposta dall'attrice diretta ad ottenere, previa rideterminazione del saldo del conto

corrente con l'esclusione degli interessi applicati illegittimamente, la condanna della Banca opposta al pagamento della somma che sarebbe risultata dalla stessa dovuta quale saldo creditore.

Dal momento che la mancata produzione degli estratti conto dalla data di insorgenza del rapporto alla sua chiusura non consente una completa ricostruzione del saldo effettivo del conto corrente, non può essere considerato assolto neanche l'onere della prova che gravava sull'attore in ordine alla esistenza di un effettivo saldo creditore e, soprattutto, in ordine alla sua esatta misura.

Quindi, la domanda proposta originariamente dalla Fusco spa, in quanto sfornita di prova in ordine al quantum della pretesa azionata, appare infondata e va rigettata.

Quanto alla regolamentazione delle spese del giudizio, ritiene questo giudice che le stesse debbano essere interamente compensate fra le parti in considerazione della soccombenza reciproca.

Devono essere poste a carico della banca opposta le spese relative alla consulenza tecnica di ufficio, liquidate con separati decreti.

p.q.m.

Il Tribunale di Potenza in persona del giudice monocratico dott. ssa Lucia Gesummaria, pronunciando definitivamente sulle domande proposte da [REDACTED] e sulla domanda riconvenzionale proposta da [REDACTED] ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

-dichiara la nullità della clausola n. 7 regolante il contratto di conto corrente n. (...) concluso tra l'allora [REDACTED] spa e la originaria società [REDACTED] nella parte in cui prevede l'applicazione di interessi ultralegali a carico del correntista mediante il rinvio "alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza" nonché nella parte in cui prevede la capitalizzazione degli interessi

- rigetta la domanda di ripetizione dell'indebitato proposta dall'attrice;

-dichiara improcedibile la domanda riconvenzionale proposta dalla banca convenuta nei confronti del fallimento " [REDACTED] in persona del curatore;

- rigetta la medesima domanda riconvenzionale formulata dalla banca convenuta nei confronti di [REDACTED]

- compensa interamente fra le parti le spese processuali.

- pone definitivamente a carico della Banca convenuta le spese di CTU liquidate con separati decreti.

Così deciso in Potenza, il 26 agosto 2013.

Depositata in Cancelleria il 28 agosto 2013.

La Nuova Procedura Civile