

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**IL TRIBUNALE ORDINARIO DI CREMONA**

In persona del Dott. Giulio Borella, ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

nella causa civile promossa da

R. M., attrice, con l'Avv. R. V. del foro di (OMISSIS) e l'Avv. C. R. del foro di (OMISSIS), presso cui è elettivamente domiciliata

Contro

BANCA (OMISSIS) S.P.A., convenuta, con l'Avv. A. M. del foro di (OMISSIS), presso il cui studio è elettivamente domiciliata

Oggetto

Ripetizione indebita

**CONCLUSIONI**

Attrice (udienza 02.02.2012): come da foglio allegato a verbale.

Convenuta (udienza 02.02.2012): come da foglio allegato al verbale.

**FATTO**

Con citazione del 29.05.2004 R. M. conveniva in giudizio Banca (OMISSIS) Spa, per sentirla condannare alla restituzione in proprio favore delle somme indebitamente percepite per interessi ultralegali, anatocismo, c.m.s., anticipazione valute sui prelievi e posticipazione sui versamenti, per un totale di euro 246.377,10.

Allegava che in data 13.10.1994 aveva costituito in pegno in favore di C. e a garanzia della B. e L. C. Spa dei titoli di cui era proprietaria.

La B. e L. aveva acceso fin dagli anni '70 presso C. il conto corrente di corrispondenza n. 1491/1, chiuso nel 1997, su cui erano stati applicati appunto interessi anatocistici ultralegali, c.m.s., valute illegittimi.

Inoltre nel 1990 la B. e L. aveva aperto altro conto, il n. 3630/1, sempre chiuso nel 1997, sul quale erano applicati, oltre che c.m.s. e valute illegittime, interessi ultralegali, che, calcolati ogni tre mesi, venivano addebitati sul primo conto, il n. 1491/1.

Infine nel 1994 la B. e L. aveva acceso un ulteriore conto, il n. 4356/1, sempre chiuso nel 1997, sul quale ancora una volta erano applicati c.m.s. e valute illegittimi, oltre a interessi ultralegali, calcolati trimestralmente, addebitati però sul conto principale n. 1491/1.

Il 17.09.1997 C. revocava a B. e L. i fidi e notificava alla garante, odierna attrice, l'intimazione di cui all'art. 2797 c.c., provvedendo poi, in assenza di opposizione, alla vendita dei titoli costituiti in pegno, destinando il ricavo, pari ad euro 510.936,754, a copertura dei saldi passivi dei conti correnti.

L'attrice sosteneva quindi l'illegittimità degli addebiti operati e ne chiedeva la restituzione.

Chiedeva altresì dichiararsi la nullità del terzo contratto, per difetto di forma scritta, anche sugli interessi ultralegali, non essendo all'uopo sufficiente uno scritto dal quale risulti che in precedenza il contratto era stato concluso.

Sempre con riferimento al terzo contratto, denunciava la nullità della clausola che facoltizzava la banca a variare unilateralmente il tasso di interesse per indeterminatezza della stessa, non essendo indicati i criteri in presenza dei quali quel potere avrebbe potuto essere esercitato e con quali modalità.

Si costituiva Banca (OMISSIS) Spa, già C., la quale eccepiva l'improcedibilità della domanda, per non essere stata proposta l'opposizione alla vendita dei titoli prevista dall'art. 2797 cc.; eccepiva inoltre la prescrizione del diritto di ripetizione attorea per ogni addebito anteriore al 29.05.1994, anteriore cioè al decennio dalla domanda introduttiva; nel merito, rivendicava la legittimità dell'anatocismo, invocando pronunce contrarie rispetto alle note sentenze della Cassazione del 1999; invocava la validità del contratto n. 4356/1 in quanto non autonomo, ma mero conto accessorio agli altri due, nel quale venivano regolati interessi e altre commissioni; sugli interessi ultralegali invocava il consenso implicito del cliente in forza della non opposizione agli estratti conto regolarmente inviati.

La causa veniva una prima volta trattenuta in decisione il 18.05.2006 sulla questione della procedibilità e ammissibilità della domanda, risolta positivamente con sentenza 29.01.2007.

La causa veniva quindi istruita tramite CTU.

Veniva infine trattenuta in decisione una prima volta il 06.11.2008, quindi veniva rimessa in istruttoria e definitivamente trattenuta in decisione all'udienza del 21.07.2011.

## **DIRITTO**

Va innanzitutto accolta l'eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta.

Questo giudice si era già espresso in senso favorevole alla legittimità costituzionale dell'art. 2 co. LXI della L. 10/2011, ma è noto che, recentemente, con la sentenza 78/2012, il Giudice delle leggi è stato di diverso avviso.

Naturalmente non si può che prestare ossequio all'insegnamento della Consulta.

Non senza il rammarico però di constatare (almeno ciò traspare dalla motivazione) che i Giudici non si sono spesi granchè nella ricerca di quelle che potevano essere le ragioni giustificatrici della legge censurata, bollando un po' troppo frettolosamente come irragionevole la scelta di dotare di efficacia retroattiva la norma "salva banche", quando invece le ragioni, discrezionali, del legislatore erano da ricercare, ad avviso di questo giudice, nella situazione attuale di crisi economica e di stress del sistema bancario, rispetto alla quale poteva essere finalità legittima del legislatore quella di evitare che le azioni dei clienti, scoppiate solo dopo il 1999, anche su conti da tempo estinti (come nella specie), dopo il revirement della Cassazione sull'art. 1283 c.c., determinassero una eccessiva emorragia di denaro dalle banche.

In altre parole la legge aveva l'obiettivo di favorire la riapertura dei rubinetti del credito da parte degli istituti in favore delle imprese.

Anche l'argomento per il quale la citata legge violerebbe il divieto, di origine sovranazionale (CEDU e art. 117 Cost.), per il legislatore, di intromettersi nell'esercizio della giurisdizione, non pare correttamente richiamato, in quanto al legislatore è vietato intervenire a giudizio in corso, per indirizzarne gli esiti, il che avviene massimamente quando sia in gioco il sindacato sull'esercizio di pubblici poteri, ma non di intervenire a giudizio – tra privati - concluso, quando ormai il giudicato tra le parti rimarrebbe intangibile, onde evitare che la sentenza resa sul caso particolare possa divenire precedente idoneo ad indirizzare anche la soluzione di casi futuri (soprattutto avuto riguardo al fatto che, con la L. 40/2006 e 69/2009, sono stati novellati gli artt. 360 bis, 374, 384 c.p.c. e 118 d.a.c.p.c. ed è stato così rafforzato il principio dello stare decisis).

Ma tant'è, la decisione della Consulta è nota e va rispettata.

Per l'effetto la situazione pare ritornata quella che si era realizzata all'indomani della sentenza SS.UU. 24418/2010, a mente della quale la prescrizione del diritto del cliente alla ripetizione delle somme illecitamente riscosse dalla banca doveva decorrere dalla chiusura del conto.

Tuttavia la motivazione di quella sentenza non può assolutamente essere seguita.

Essa richiama la nota distinzione tra atti ripristinatori ed atti solutori, elaborata però ad altri fini, segnatamente allo scopo di distinguere le rimesse non revocabili, perché volte solo a riespendere il fido, da quelle revocabili, perché effettuate su di un conto scoperto e, quindi, volte ad estinguere un debito effettivo verso la banca.

Non si comprende però francamente quale apporto possa dare la distinzione in oggetto alla discussione sulla prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici.

Quella distinzione non è utile perché, in ogni caso, l'addebito degli interessi da parte della banca non ha mai l'effetto, tipico di ogni rimessa, di riespendere il fido, bensì e all'opposto quello di aumentare l'indebitamento del cliente e di ridurre la disponibilità di denaro in suo favore.

Se poi si vuol sostenere che l'addebito degli interessi, periodicamente effettuato dalla banca, non costituisce pagamento, tale assunto cozza irrimediabilmente col disposto dell'art. 1852 c.c., a mente del quale, nelle operazioni regolate in conto corrente, il cliente può sempre disporre del saldo risultante in proprio favore.

Quel saldo però discende dalla somma delle operazioni attive e di quelle passive, tra le quali rientra anche l'addebito periodico degli interessi, in un gioco di continue compensazioni, le quali costituiscono l'essenza del rapporto regolato in conto corrente e, come noto, costituiscono una forma di pagamento o, meglio, una delle forme di estinzione soddisfattiva di un'obbligazione.

La conferma della correttezza della tesi si rinviene nell'art. 1824 c.c., a mente del quale non possono essere inseriti nel conto crediti non suscettibili di compensazione, il che dimostra come la compensazione sia tecnica trasversale a tutti i rapporti che si strutturano sullo schema del conto corrente.

Nessun cenno si rinviene nella sentenza dell'organo di nomofilachia al problema, ad avviso di questo giudice dirimente, dell'art. 1852 c.c., pure sollevato dalla più accorta dottrina e giurisprudenza, ragion per cui, nonostante l'accentuazione del vincolo al precedente di cui ai novellati art. 360 bis, 374 e 384 c.p.c. e 118 d.a.c.p.c., la pronuncia delle Sezioni Unite non può essere seguita.

Va infatti rimarcato che il principio dello stare decisis (verticale), opportunamente ed esplicitamente richiamato dalla L. 69/2009, ma già immanente al sistema, quale espressione delle istanze di certezza, tutela dell'affidamento, uguaglianza proprie di ogni stato di diritto, comporta un particolare onere a carico del giudice nella stesura della motivazione, che deve contenere la discussione in punto di diritto, in quanto è proprio la ratio della sentenza, quale enucleabile dall'argomentazione contenuta nella motivazione, che va a costituire vincolo per i successivi giudici.

Diversamente il vincolo posto ai giudici inferiori dalle sentenze della Cassazione discenderebbe da un mero atto autoritativo della stessa, dalla scelta d'imperio dell'interpretazione da seguire tra le varie possibili, ma così si è al di fuori del sistema democratico, il quale impone invece che la scelta in favore di una delle possibili interpretazioni delle norme, seppure intrinsecamente connotata da un ineliminabile tasso di discrezionalità, avvenga a seguito di adeguata e ponderata discussione del caso, che deve emergere dalla motivazione, anche per consentire alle corti inferiori di applicare poi quelle tecniche argomentative che giustificano una decisione difforme (distinguishing, evoluzione economico sociale, politica economica, ecc), la quale, a sua volta, potrà essere sottoposta al vaglio della Cassazione ai sensi del novellato art. 360 bis c.p.c.

Il fatto dunque che la motivazione di SS.UU. 24418/2010 si rifaccia a teorie afferenti alla diversa problematica della revocatoria e non affronti uno dei punti più forti, sollevati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in favore della decorrenza della prescrizione da ciascun saldo, autorizza a non seguirne l'insegnamento.

Essendo quindi l'atto introduttivo del giudizio stato notificato il 29.05.2004, dovrà ritenersi prescritta la ripetizione di ogni addebito antecedente al 29.05.1994.

Per quanto riguarda poi i rapporti successivi a tale data, va dichiarata la nullità del contratto n. 4356/1, in quanto non concluso in forma scritta, nonostante alla data della sua apertura (1994) fosse già in vigore l'art. 117 T.U.B., che quel requisito richiede.

La circostanza non è stata negata dalla banca convenuta, ciò che è valorizzabile sotto il profilo della non contestazione (da intendersi quale principio non già introdotto ex novo dalla L. 69/2009, ma già immanente al sistema, quale corollario della costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, e comunque fin da SS.UU. 762/2002), banca che si è limitata a dedurre che, essendo il rapporto de quo accessorio agli altri due conti, il requisito di forma doveva ritenersi soddisfatto dai contratti portanti.

In realtà un tale assunto non trova alcun appiglio né in disposizioni di legge, né in orientamenti giurisprudenziali, e si pone anzi in aperto contrasto con la chiara dizione del T.U.B., per cui va dichiarata la nullità del contratto in questione.

Ne consegue che l'attrice ha diritto alla restituzione di tutto quanto addebitato nel suddetto conto, nei limiti della prescrizione decennale (parimenti naturalmente la banca avrà diritto alla restituzione di tutto quanto accreditato in favore di B. e L., naturalmente in separato giudizio, non essendo una tale domanda stata avanzata in questa sede).

Con riguardo invece alla previsione di interessi ultralegali, non può accogliersi l'eccezione di parte attrice, di difetto di forma scritta ex art. 1284 c.c.

Innanzitutto non sono stati allegati i contratti, dai quali desumere la fondatezza o meno dell'assunto, mentre era preciso onere dell'attrice produrli a supporto delle proprie allegazioni.

Né al difetto potrebbe sopperirsi tramite un ordine di esibizione, in quanto o le doglianze sollevate in citazione sono state fatte con cognizione di causa, cioè dopo studio dei contratti, che quindi erano già in possesso di parte attrice, che doveva dunque produrli; oppure, come a volte accade in questo tipo di cause, parte attrice ha agito sollevando le solite eccezioni di routine, senza previa disamina dei contratti, ma allora è l'intera causa ad essere esplorativa e a maggior ragione non potrebbe essere ordinata a parte convenuta l'esibizione.

In ogni caso la convenuta ha replicato, con allegazione non specificamente contestata, che i contratti n. 1491/1 e 3630/1 contenevano una specifica clausola n. 7, la quale, per la determinazione del tasso di interesse applicabile, faceva rinvio alle condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza.

Detta clausola doveva ritenersi valida ed efficace alla luce della normativa anteriore alla legge sulla trasparenza L. 154/1992, poi trasfusa nell'art. 117 T.U.B., essendo i contratti de quibus stipulati l'uno negli anni 70, l'altro nel 1990 (cfr Cass. 6258/2002).

L'eccezione potrebbe semmai avere un pregio per il periodo successivo all'entrata in vigore della detta legge, per l'ipotesi in cui la banca non vi si fosse comunque adeguata, e tuttavia risulta – dalla CTU - che la convenuta si sia attenuta a quanto prescritto dall'art. 8 L. 154/1992 e alle indicazioni di cui alla comunicazione 24.05.1992 della Banca d'Italia, a mente dei quali i nuovi oneri imposti dalla trasparenza potevano dirsi soddisfatti dall'invio periodico al cliente, almeno una volta all'anno, di comunicazione scritta contenente enunciazione precisa, conforme ai nuovi requisiti, delle condizioni contrattuali.

La legge stessa precisa poi che le successive variazioni del tasso d'interesse s'intendono approvate in caso di mancato recesso del cliente entro 15 giorni dalla comunicazione dell'avvenuta variazione.

La mancata produzione in giudizio dei contratti impedisce altresì di verificare la fondatezza delle doglianze in ordine alle valute applicate, non essendo possibile verificare se esse fossero state oggetto di specifica pattuizione o meno.

Solo in quest'ultimo caso infatti potrebbero muoversi degli addebiti in ordine alle modalità di loro applicazione da parte della banca.

Discorso diverso deve farsi con riferimento alle commissioni di massimo scoperto: la giurisprudenza ha definitivamente chiarito che dette commissioni rappresentano il compenso alla banca, in caso di fido, per l'impegno a tenere a disposizione del cliente una certa somma, sicchè essa non è legittima se applicata alle somme concretamente utilizzate dal cliente, in quanto su queste vi sono già gli interessi corrispettivi a compensare la banca, ma è legittima solo se applicata alla parte di fido non utilizzata, appunto perché la banca è tenuta a mantenerla vincolata e indisponibile (cfr Cass. 870/2006, oltre a Trib. Milano 04.07.2002, Trib. Lecce 06.03.2006 n. 422).

Perciò, anche se non si è in grado di verificare, tramite disamina dei contratti, se essi contenessero una specifica pattuizione sul punto e se essa fosse rispettosa dei dettami giurisprudenziali, può comunque desumersi, in base alla consultazione degli estratti conto, se e come la c.m.s. sia stata applicata.

In caso sia accertata una sua applicazione da parte della banca convenuta sulle somme concretamente utilizzate, anziché sulla disponibilità residua, ovvero su di un conto scoperto o chiuso, la commissione non sarebbe dovuta, per quanto convenuta, dovendosi ritenere la relativa clausola nulla per assenza di causa.

Sul punto la causa va rimessa in istruttoria affinché il CTU compia la verifica e determini l'ammontare delle eventuali somme a credito dell'attrice.

Con riferimento alle doglianze attoree relative alla violazione dell'art. 1283 c.c. da parte della convenuta, per aver essa applicato interessi passivi anatocistici con capitalizzazione trimestrale, senza che alcun uso normativo autorizzasse tale condotta, anche su questo punto la domanda va rigettata.

È noto infatti che la Cassazione ha sempre ritenuto valide le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici, in quanto conformi agli usi bancari, tanto che la giurisprudenza sul punto costituiva vero e proprio diritto vivente, fino a che, con un vero e proprio overruling, la Suprema Corte ha mutato

indirizzo, ritenendo al contrario che gli usi cui fa riferimento l'art. 1283 c.c. siano solo ed esclusivamente quelli normativi, nella specie assenti (Cass. 3059/2009, Cass. 2374/1999).

Ne è nato un vero e proprio filone di cause ripetitorie dei clienti nei confronti degli istituti di credito, di cui anche la presente è figlia, che hanno spesso risvegliato conti correnti chiusi da anni e rapporti che si ritenevano ormai definiti.

Tuttavia deve osservarsi che la nuova giurisprudenza non può trovare applicazione a contratti conclusi in data anteriore alla pubblicazione di quelle sentenze.

Va infatti richiamata la giurisprudenza della stessa Corte che distingue nettamente tra regole di validità e regole di comportamento, o, se si preferisce, tra contratto come atto e contratto come rapporto, per rimarcare che le regole di validità di un atto sono solo ed esclusivamente quelle vigenti al momento della sua conclusione (cfr SS.UU. 26724/2007).

Ed è fuor di dubbio che, all'epoca della loro conclusione, i contratti 1491 e 3630 erano considerati perfettamente validi, alla luce della granitica giurisprudenza in allora vigente.

Naturalmente il presupposto di tale assunto è il riconoscimento dell'ineliminabile contributo fornito dalla giurisprudenza all'effettività della norma, nel senso che essa costituisce il formante del diritto vivente, vitalizzando, nell'opera di agnizione della norma, la relazione di tipo concorrenziale tra potere legislativo e potere giudiziario, così che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio culturale, non emerge soltanto dall'analisi del dato positivo, di per sé sempre equivoco, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa, sicché la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività concretizzatrice della giurisprudenza (cfr Cass. SS.UU. Pen. 18288/2010).

Per tale motivo non può seguirsi la decisione di Cass. SS.UU. 21095/2004, ancora ancorata alla tesi del carattere meramente dichiarativo e, quindi, retroattivo, delle interpretazioni giurisprudenziali (a cui non crede seriamente più nessuno), tra l'altro palesemente in contrasto con la costante giurisprudenza della Corte EDU sul rule of law, che include sia il diritto di origine legislativa, che quello giurisprudenziale e implica non tanto dei requisiti formali, quanto sostanziali, qualitativi, tra cui l'accessibilità e la prevedibilità, a tutela e garanzia dell'affidamento dei privati, i quali debbono poter sapere, a partire dalla formulazione di una disposizione e, se necessario, attraverso la sua interpretazione ad opera dei giudici, quali atti od omissioni siano consentite o vietate (cfr ex multis Corte EDU 26.04.1979 Sunday Times/Royaume Uni, Corte EDU 22.10.1996 Wingrove/Royaume Uni).

Oggi il riconoscimento del carattere irretroattivo del revirement giurisprudenziale imprevedibile è pacificamente ammesso dalla giurisprudenza in materia processuale, segnatamente sulle questioni di decadenza, ravvisandosi nel mutamento delle regole del gioco nel corso del giudizio una netta contrarietà rispetto al principio del giusto processo (cfr ex multis Tribunale di Varese 1274/2010).

È altrettanto pacificamente ammessa in materia penale, ove comunque del mutamento repentino di giurisprudenza non potrebbe non tenersi conto, quanto meno sotto il profilo della colpevolezza, dopo C.Cost. 364/1988.

Anche a livello europeo, nei paesi di civil law, dove più forti sono le resistenze all'abbandono della tradizionale teoria del carattere dichiarativo dell'interpretazione giurisprudenziale, per la tensione che si creerebbe col principio di separazione dei poteri, si fa strada sempre più l'idea della necessità di temperare la regola del carattere retroattivo dei revirement giurisprudenziali: così in Francia, ove l'art. 5 del code civil vieta gli arrets de reglement, la Corte di Cassazione, seconda sezione civile, con sentenza 08.07.2004 ha per la prima volta fatto uso della tecnica della prospective overruling, richiamandosi proprio alla giurisprudenza CEDU sull'art. 7; in Inghilterra gli stessi effetti sono conseguiti ad una decisione della House of Lords del 1966.

Trattasi a ben vedere della naturale conseguenza dell'evoluzione degli ordinamenti giuridici verso un sistema multilivello di tutele, dove, al moltiplicarsi delle fonti di produzione e nella difficoltà di coordinarne rigorosamente i rapporti, tocca al giudice ricercare l'armonizzazione delle norme, non più però more geometrico attraverso le vecchie tecniche di logica interpretativa, ormai incapaci di dominare la caoticità delle fonti, bensì tramite il riferimento costante ai valori costituzionali, anima e collante dell'intero ordinamento, con la conseguenza però di un accrescimento del tasso di discrezionalità delle decisioni e dell'importanza dell'argomentazione motivazionale, che è il presupposto del riconoscimento del valore concorrenziale della giurisprudenza con la legislazione nel processo di conformazione del diritto.

Malgrado ciò va detto che più rigida rimane tutt'ora la giurisprudenza sulla possibilità di ammettere l'irretroattività del precedente giurisprudenziale innovativo nel campo del diritto civile sostanziale.

Va anche ricordato che, nei paesi ove più forte è il vincolo del precedente, la materia contrattuale è proprio uno dei terreni d'elezione di applicazione di tale irretroattività, essendo in tale materia la tutela dell'affidamento particolarmente accentuata, a garanzia della certezza e speditezza dei traffici economici, che verrebbe seriamente minacciata se il debitore rimanesse fino allo spirare della prescrizione soggetto all'alea di vedersi rimproverare inadempimenti o invalidità all'epoca inimmaginabili.

Nel caso di specie dunque l'osservazione che la validità di un atto è soggetta al principio tempus regit actum e il riconoscimento dell'imprescindibile apporto della giurisprudenza nella concretizzazione delle norme, portano a ritenere che fondatamente che la nuova interpretazione dell'art. 1283 c.c., inaugurata nel 1999, non possa applicarsi a contratti stipulati ed eseguiti interamente in data anteriore alla pubblicazione delle sentenze 3059/1999 e 2374/1999.

Potrebbe solo obiettarsi che, così come una legge interpretativa ha per sua natura effetto retroattivo, allo stesso tale affetto non potrebbe non riconoscersi all'interpretazione per eccellenza, quella giurisprudenziale.

E tuttavia proprio la vicenda dell'illegittimità costituzionale dell'art. 2 co. LXI della L. 10/2011 insegna che la possibilità per il legislatore di interpretare norme, con effetto retroattivo, è soggetta a rigorosi limiti, guarda caso proprio a tutela dell'affidamento dei cittadini e della certezza dell'ordinamento, così che dei limiti non possono non connotare anche l'interpretazione giurisprudenziale che sovverta precedenti indirizzi consolidati, determinando un effetto sorpresa nei cittadini.

E fintanto che il legislatore non sia intervenuto a disciplinare esplicitamente la materia, senza dubbio delicata, perché si tratta di non frustrare la naturale evoluzione giurisprudenziale, che è riflesso dell'evoluzione socio culturale, che potrebbe essere ostacolata dalla mera trasposizione di tecniche anglosassoni come la prospective overruling (di cui han fatto uso certe corti di merito all'indomani della sentenza SS.UU. 19246/2010), tocca all'interprete ricercare nel sistema gli strumenti più idonei per evitare le cennate storture.

Uno degli strumenti individuati dalla dottrina è la valorizzazione del principio di diritto, che la Corte deve enunciare ex art. 384 c.p.c., e degli obiter dicta: questi ultimi in particolare, tradizionalmente sottovalutati nell'economia di una sentenza, assumerebbero invece ora carattere determinante, preannunciando svolte giurisprudenziali, tali da eliminare il legittimo affidamento sul precedente orientamento ed annullare l'effetto sorpresa.

Sotto altro profilo, senza voler invocare per forza il valore concorrenziale della giurisprudenza con la legislazione nella conformazione del diritto vivente, tematica pacifica a livello europeo, ma che stenta ad essere pienamente recepita nel nostro ordinamento, riconosciuto comunque l'innegabile valore che la giurisprudenza riveste nell'orientare le condotte degli operatori economici, così come dei semplici cittadini, possono comunque rinvenirsi a livello di diritto positivo tecniche più tranquillizzanti per i più tradizionalisti per evitare la palese ingiustizia (perché per tale la vivrebbe chiunque di noi) di addossare al cittadino, che aveva agito conformandosi scrupolosamente al dettato normativo e giurisprudenziale, gli effetti del successivo, radicale mutamento d'indirizzo della Cassazione.

Parte della giurisprudenza di merito aveva fatto leva sull'art. 2034 c.c. per negare il diritto alla ripetizione di quanto ormai riscosso - strada imboccata anche dal legislatore con la L. 10/2011, dichiarata però incostituzionale sul punto -, ma non pare che si possa sostenere che il cliente che salda la banca intenda adempiere ad un dovere morale e sociale.

Ad avviso di questo giudice può invece utilmente invocarsi l'art. 1375 c.c. e il principio di correttezza nell'esecuzione dei contratti, apparendo manifestamente contrario a buona fede che una delle parti profitti di un mutato quadro giurisprudenziale allo scopo di rimettere in discussione rapporti che, come nella specie, si erano conclusi da tempo e senza reciproche recriminazioni, per ripetere quanto era stato a suo tempo spontaneamente pagato.

E che la stessa attrice fosse all'epoca perfettamente convinta della correttezza dell'operato della banca e non avanzasse recriminazioni di sorta, lo dimostra proprio la circostanza ch'ella non propose opposizione all'intimazione della convenuta che minacciava di vendere i titoli da lei offerti in pegno.

Se infatti l'attrice avesse all'epoca ritenuto di avere valide ragioni da spendere, senza dubbio si sarebbe opposta alla vendita dei suoi titoli, ma, come detto, in allora ognuno riconosceva il buon diritto della creditrice di agire come ha agito.

Et de hoc satis.

Infine non può ritenersi legittima nemmeno la condotta della banca, laddove addebitava gli interessi e c.m.s. maturati sui conti correnti 3630 e 4356 sul conto 1491, non essendovi alcuna ragione – salvo apposita convenzione - per cui gli interessi maturati in un conto debbano essere addebitati in un altro, se non la evidente volontà della banca di lucrare maggiori somme.

Per effetto di tutto quanto sopra esposto dunque l'attrice risulta creditrice nei confronti della banca di tutti gli addebiti effettuati da questa sul conto 4356, stante la sua nullità per difetto di forma scritta, siano essi addebiti per interessi, c.m.s., spese tenuta conto o altri compensi percepiti dalla banca connessi al conto o al fido, con esclusione solamente di quelli inerenti a tasse e imposte.

L'attrice risulta altresì creditrice delle commissioni di massimo scoperto che dovessero risultare, a seguito di disamina del CTU, illegittimamente applicate dalla banca convenuta, in contrasto con i dettami di Cass. 870/2006, sui conti 1491 e 3630, e ciò dal 31.05.1994 alla data di chiusura dei detti conti, prescritto quanto pagato in precedenza.

Infine l'attrice risulta creditrice verso la banca dei maggiori interessi che questa ha percepito per aver illegittimamente addebitato sul conto 1491 anche gli interessi passivi e c.m.s. maturati sui conti 3630 e 4356, sempre dal 31.05.1994 alla chiusura dei conti, prescritto l'antecedente.

La causa va quindi rimessa in istruttoria al fine di calcolare, secondo i suddetti criteri, quanto dovuto dalla banca alla R., garante di B. e L. C. Spa.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale di Cremona, ogni diversa istanza e deduzione disattesa, non definitivamente decidendo:

- dichiara la prescrizione del diritto dell'attrice alla ripetizione delle somme percepite dalla banca convenuta anteriormente al 31.05.1994;
- rigetta la domanda di ripetizione delle somme percepite dalla banca convenuta a seguito di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi (anatocismo) sui conti 1491, 3630, 4356;
- rigetta la domanda relativa alla mancata previsione in forma scritta degli interessi ultralegali e alla illegittimità delle valute applicate dalla banca convenuta sui conti de quibus per mancata produzione dei contratti;
- dichiara la nullità del contratto 4356 per difetto di forma scritta;;

- ferma la prescrizione, dichiara illegittimo l'addebito da parte della banca convenuta sul conto 1491 degli interessi maturati sui conti 3630 e 4356;

Dispone procedersi a ricalcolo delle somme dovute all'attrice in base ai predetti criteri e, per l'effetto, dispone come da separata ordinanza ex art. 279 c.p.c., anche per la verifica in ordine alla corretta applicazione o meno delle commissioni di massimo scoperto sui conti per cui è causa dal 31.05.1994 alla chiusura.

Cremona, 29.05.2012

Dott. GIULIO BORELLA