

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

www.expartecreditoris.it

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale di Taranto, Seconda Sezione Civile in composizione monocratica, in persona del Giudice Alberto Munno, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta nel ruolo generale affari contenziosi sotto il numero d'ordine (omissis) dell'anno 2013;

TRA

FIDEIUSSORI

-Ingiunti ed opponenti-

CONTRO

BANCA

-Creditrice ricorrente ed opposta-

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

I. - La presente sentenza viene redatta senza la concisa esposizione dello svolgimento del processo e con una motivazione consistente nella succinta enunciazione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi, così come previsto dagli artt. 132 n.4) c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., nel testo introdotto rispettivamente dagli artt. 45 e 52 della L. n. 69 del 18 giugno 2009, trattandosi di disposizioni applicabili anche ai procedimenti pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della legge (cioè il 04-07-2009) ai sensi dell'art. 58 comma 2 della predetta legge.

Pur se superflua, perché la sentenza semplificata è l'effetto di una disposizione legislativa, tale premessa appare opportuna, trattandosi di una innovazione recente, che modifica la tecnica diffusa di far ricorso a moduli compilativi più complessi, anche nella parte in fatto solitamente denominata come "*svolgimento del processo*".

Ovviamente la redazione della motivazione obbedisce innanzitutto al dovere di ossequio verso l'art. 111 della Costituzione che al comma 6 della vigente formulazione dispone "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati", così facendo obbligo di esplicitare i punti fondamentali del processo logico-giuridico che ha condotto alla decisione, ed al conseguenziale obbligo imposto dall'art.112 c.p.c. al giudice di pronunciare su tutti i capi autonomi di domanda e su tutte le eccezioni ritualmente sollevate dalle parti su questioni non rilevabili di ufficio; purché, naturalmente, i primi e le seconde siano entrambi proposti entro i termini imposti dalla maturazione delle c.d. preclusioni assertive, coincidenti con lo spirare della fase di trattazione della causa di cui all'art.183 c.p.c., essendo la tardiva proposizione rilevabile anche d'ufficio e pur in assenza di opposizione della controparte mentre il mancato rilievo non integra il vizio di omessa pronuncia poiché nessun potere-dovere incombe sul giudice per effetto della formulazione di domande inammissibili.

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

Nella stesura della motivazione si è altresì tenuto conto dell' insegnamento giurisprudenziale secondo cui questa deve consistere nella esposizione delle argomentazioni in fatto ed in diritto poste a fondamento della adottata decisione, fedelmente riprodotte dell'iter logico-giuridico seguito dal giudice, senza necessità di soffermarsi nella disamina di tutte le argomentazioni sviluppate dalle parti, che debbono così intendersi come ritenute non pertinenti e non risolutive ai fini della definizione del giudizio qualora non espressamente richiamate nei motivi della decisione.

Ugualmente è a dirsi in relazione all'obbligo di motivare sulla valutazione del materiale probatorio raccolto, che non deve certamente avvenire passando analiticamente in rassegna tutte le risultanze istruttorie ma, in un ordinamento giuridico che non conosce una gerarchia tra i mezzi di prova e che limita a poche ipotesi i casi di c.d. prova vincolante, consentendo la formazione del libero convincimento del giudice anche sulla base di una prova meramente presuntiva che sia in contrasto con le altre acquisite, e anche sulla scorta del solo comportamento processuale ed extraprocessuale della parte, deve consistere nella semplice indicazione degli elementi che hanno condotto il giudicante al convincimento esternato nella decisione, dovendosi ritenere implicitamente disattesi quelli non espressamente richiamati e che con i primi siano incompatibili.

Dalla inconfigurabilità di un obbligo di confutare analiticamente ogni argomentazione in fatto e diritto sviluppata dalle parti di causa, discende la insussistenza di ogni ipotesi di omessa pronuncia quando il giudice adotti nel dispositivo una statuizione di accoglimento o rigetto su di un autonomo capo di domanda, formulandola anche solo implicitamente mercé l'assorbimento in altre statuizioni decisorie incompatibili, e pur in assenza di una apposita argomentazione nella parte motiva.

II.- Con ricorso depositato in cancelleria il 12 aprile 2013 la Banca chiedeva al Tribunale di condannare *inaudita altera parte* nelle forme speciali del rito monitorio di cui agli artt. 633 e ss. c.p.c. la società debitrice e, in solido con essa, ai fideiussori della predetta società sino a concorrenza dell'importo di Euro 450.000,00, mediante ingiunzione al pagamento della somma di Euro 347.226,59, oltre ad interessi sulla somma di Euro 339.016,48, quale importo risultante a debito della società debitrice a seguito dell'apertura di credito concessa il 22 febbraio 2011 con atto del notaio (omissis) e regolata sul conto corrente n.(omissis) già intrattenuto con la accreditata società debitrice.

Con decreto emesso in data 15 aprile 2013 il Tribunale di Taranto accoglieva la domanda conferendo al D.I. la provvisoria esecutività.

Avverso il D.I. così emesso col numero (omissis)/2013 proponevano opposizione gli ingiunti deducendo:

- 1) la nullità, inammissibilità ed inefficacia del D.I. opposto per violazione di norme di legge e precetti giuridici;
- 2) violazione della L. n. 108 del 1996 e delle norme sulla cd. trasparenza bancaria;
- 3) violazione del divieto di anatocismo sancito dall' art. 1283 c.c.;
- 4) illegittimità della commissione di massimo scoperto;
- 5) illegittima determinazione delle valute;
- 6) la sussistenza di un saldo passivo pari a soli Euro 280.978,32 in luogo dell'importo richiesto pari ad Euro 347.226,59.

Concludevano chiedendo preliminarmente la sospensione della provvisoria esecuzione del D.I. opposto e, nel merito, la declaratoria di nullità delle clausole contrattuali impugnate, e la condanna della banca alla restituzione delle somme versate in forza delle predette pattuizioni ed al risarcimento del danno assertivamente sofferto.

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

Si costituiva con comparsa di risposta la Banca, chiedendo il rigetto della opposizione con il favore delle spese di lite.

Con ordinanza emessa il 16 dicembre 2013 il Tribunale disponeva:

"rilevato che gli opposenti riconoscono di essere debitori della minor somma di Euro 280.978,32 rispetto alla somma di Euro 347.226,59 per la quale fu chiesto ed ottenuto il D.I. opposto; che, pertanto, la sospensione della provvisoria esecuzione del D.I. opposto può essere concessa limitatamente all'importo eccedente la somma di cui la opponente si è riconosciuta debitrice, essendo la sospensione parziale un provvedimento integralmente contenuto in quello normativamente delineato nell'art. 649 c.p.c., e diretto non già a creare un nuovo titolo esecutivo, ma a sospendere cautelativamente l'efficacia di un titolo tipico e già legalmente reso, PQM 1) in parziale accoglimento della istanza dei fideiussori, sospende la provvisoria esecuzione del D.I. opposto n. (omissis)/2013 limitatamente all'importo eccedente la somma di Euro 280.978,32 ai sensi dell'art. 649 c.p.c...."

III.- Nel giudizio di opposizione a D.I. il creditore opposto assume la veste sostanziale di attore e, pertanto, resta assoggettato all'onere di provare i fatti costitutivi della domanda proposta nella speciale forma monitoria, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2697 c.c.; l'opponente, invece, assume la veste di convenuto in senso sostanziale e, pertanto, oltre a indicare nell'atto introduttivo i motivi della propria opposizione, ha altresì l'onere di sollevare nell'atto di opposizione, costituente la cd. citazione in senso sostanziale, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio, e di allegare e provare i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi della pretesa fatta valere dal ricorrente-attore.

Quando la opposizione sia diretta avverso un D.I. emesso per il pagamento di un credito derivante ad una azienda di credito in forza di uno dei c.d. contratti bancari, il creditore opposto assolve agli oneri probatori depositando in giudizio l'estratto conto di cui all'art. 50 del D. Lgs. n. 385 del 1993 unitamente ai conti periodicamente inviati al correntista.

Questi, da parte sua, a fronte della produzione documentale della azienda di credito, ha l'onere di effettuare specifiche contestazioni avverso la pretesa creditoria di controparte, e non può limitarsi e generiche contestazioni di illegittimità, inammissibilità, arbitrarietà, infondatezza della pretesa avversa e di nulla dovere, diversamente incorrendo nella genericità delle eccezioni sollevate nella veste processuale di convenuto in senso sostanziale, e vedendo il proprio comportamento processuale sanzionato con la soccombenza consequenziale al mancato assolvimento degli oneri di allegazione e prova dal quale anche il convenuto è gravato.

I motivi di opposizione, formulati genericamente ed in forma perplessa, non sono stati precisati e specificati in sede di udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c., come l'opponente avrebbe dovuto a seguito della produzione documentale offerta dalla opposta all'atto della costituzione in giudizio.

IV.- Infondato è il motivo di opposizione relativo alla "violazione delle norme di legge in materia di usura".

Gli opposenti non hanno neppure allegato quali siano stati i periodi temporali in cui il tasso debitore avrebbe assunto dimensioni usuarie, indicando il tasso legalmente applicabile ed il tasso assertivamente *contra legem*.

Dalla lettura del contratto di conto corrente bancario stipulato il 21 aprile 2010 col n.(...)/47 tra la società debitrice (doc.4 della produzione della Banca) di cui le opposenti sono costituite fideiussori, e la Banca, si evince che in perfetto ossequio agli art. 1284 c.c. e 117 comma 4 del D. Lgs. n. 385

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

del 1993 venivano pattuiti i seguenti tassi: tasso debitore per utilizzi entro il fido 7,40000%, tasso debitore per utilizzo oltre limite di fido e tasso di mora 12,50000%.

Orbene nel trimestre 01 gennaio 2010/ 31 marzo 2010 il tasso medio rilevato ai sensi dei DDMM attuativi della L. n. 108 del 1996 sembra attestato intorno al 9,590% e, quindi, il tasso contrattualmente fissato nella misura del 7,40000% appare essere largamente inferiore al tasso medio.

Nel medesimo trimestre 01 gennaio 2010/ 31 marzo 2010 il tasso massimo fissato dalla L. n. 108 del 1996 come spartiacque tra la liceità e la illiceità penale, ottenuto applicando al tasso medio la maggiorazione del 50%, era pari al 14,385% (9,590% + 50%) risultando così anche in tal caso il tasso di mora contrattualmente fissato nella misura del 12,50000% largamente inferiore al tasso - limite di rilevanza usuraria.

Gli opposenti non hanno allegato nell'atto introduttivo del giudizio i periodi di esecuzione del contratto in cui il tasso applicato avrebbe assertivamente superato i tassi soglia.

A fronte della produzione documentale della azienda di credito gli opposenti avevano l'onere di effettuare specifiche contestazioni avverso la pretesa creditoria di controparte, diversamente incorrendo nella genericità delle eccezioni sollevate nella veste processuale di convenuto in riconvenzionale anche ai sensi della ordinanza n. 428/2002 della Corte Costituzionale, in forza del quale "...l'art.648 c.p.c. mira manifestamente ad indurre l'opponente - in sintonia peraltro con la peculiare diligenza impostagli dall'art. 647 c.p.c. - ad una particolare esaustività dell'atto di opposizione, e pertanto su di lui tendenzialmente trasferendo, quando l'apprezzamento delle sue ragioni non sia immediatamente delibabile ma richieda la trattazione della causa, l'onere della durata del processo di cognizione attraverso l'anticipazione del momento dell'efficacia rispetto a quello del pieno accertamento.." (Corte Costituzionale, ordinanza n.428 del 2002), e del consolidato orientamento secondo cui l'atto di opposizione al D.I., pur essendo formalmente un atto di citazione, ha la struttura, funzione e contenuto di una comparsa di costituzione e risposta, essendo l'ingiunto il convenuto in senso sostanziale, e, pertanto, deve contenere la specifica contestazione dei fatti costitutivi della domanda di condanna proposta dal creditore ricorrente.

In senso contrario non può farsi ricorso ad una CTU tecnico contabile meramente esplorativa diretta inammissibilmente ad accertare d'ufficio i periodi di esecuzione del contratto in cui siano ipoteticamente stati applicati interessi eccedenti i tassi limite fissati dai DD.MM. attuativi della L. n. 108 del 1996, dovendo la parte, in esecuzione del dovere di contestazione specifica gravante sull'opponente a D.I. quale convenuto in senso sostanziale, effettuare circostanziate contestazioni inerenti i periodi di esecuzione del contratto in cui si sarebbe verificato il superamento dei tassi soglia antiusura che invece nel contratto stipulato il 21 aprile 2010 appaiono rispettati.

V.- Sempre in merito alle pattuizioni contenute nel contratto di conto corrente, spicca in primo piano la clausola di cui all'art. 4 che così dispone: "*I rapporti di dare ed avere relativi al conto, sia esso debitore o creditore, vengono regolati con identica periodicità pattuita ed indicata nel predetto prospetto, portando in conto con valuta data di regolamento, gli interessi, le commissioni e le spese ed applicando le trattenute fiscali di legge. Il saldo risultante dalla chiusura periodica così calcolato produce interessi secondo la medesima modalità.*"

Trattasi così di una pattuizione posta in essere nel pieno vigore della delibera C.I.C.R. del 09-02-2000, emessa in esecuzione dell'art.120 comma 2 del D.Lgs. n. 385 del 1993, come modificato dal D.Lgs. n. 342 del 1999, in quanto a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 425/2000 all'art. 25 comma 3 del predetto D.Lgs. n. 342 del 1999 non può attribuirsi alcuna efficacia retroattiva, con la conseguente applicabilità *ex nunc* delle disposizioni introdotte dalla predetta delibera CICR in conformità alla regola generale dettata dall'art. 11 delle disposizioni

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

preliminari al codice civile, e, segnatamente, dell'art. 2 della predetta delibera che dispone: "Art. 2. Conto corrente; 1. Nel conto corrente l'accredito e l'addebito degli interessi avviene sulla base dei tassi e con le periodicità contrattualmente stabiliti. Il saldo periodico produce interessi secondo le medesime modalità. 2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori. 3. Il saldo risultante a seguito della chiusura definitiva del conto corrente può, se contrattualmente stabilito, produrre interessi. Su questi interessi non è consentita la capitalizzazione periodica".

VI.- Nel predetto contratto di conto corrente bancario le spese appaiono pure determinate per iscritto in omaggio ai commi 4 e 6 dell'art. 117 del D.Lgs. n. 385 del 1993.

VII.- Nel documento di sintesi allegato al contratto di conto corrente stipulato il 21 aprile 2010 è pure prevista la commissione di massimo scoperto e ne viene determinata la misura nello 0,500000, precisando che la commissione è dovuta solo dopo il decorso di trenta giorni consecutivi di saldo debitore.

Risulta così rispettato il disposto normativo di cui all'art. 2 bis comma 1 della L. n. 2 del 2009, in quanto è previsto espressamente in contratto che la CMS, la cui misura è determinata pure per iscritto, si applichi solo decorsi 30 giorni consecutivi in cui il saldo risulti debitore.

La commissione di massimo scoperto trova in realtà un fondamento economico-attuariale ed una causa giuridica autonoma rispetto a quelle inerenti la obbligazione di interessi, essendo il corrispettivo dovuto dal cliente alla azienda di credito per la mera la disponibilità finanziaria offerta dall'azienda di credito al proprio cliente, indipendentemente dall'uso effettivo che questi poi ne faccia, quale contenuto di una vera e propria obbligazione suscettibile, in caso di inadempimento, di produrre a carico dell'azienda di credito le conseguenze di cui all'art. 1218 c.c..

Siffatte conclusioni sono confortate da una breve ma significativa disamina di alcune tra le più ricorrenti tipologie contrattuali, innominate o tipiche, in cui la giurisprudenza o il legislatore hanno ritenuto meritevole di costituire autonoma fonte di obbligazione civile una attività "interna" quale la predisposizione di una provvista di danaro in favore dell'altro contraente affinché questi, in caso di necessità, possa servirsene; il tutto in perfetta conformità con un'autorevolissima dottrina che da tempo ritiene l'attività "*meramente preparatoria*" dell'adempimento giuridicamente rilevante ai fini della valutazione della cura, ovverosia dell'impegno doverosamente richiesto al debitore nell'ambito dell'obbligo generale di diligenza imposto dall'art. 1176 c.c., particolarmente rilevante proprio nei contratti a struttura complessa quali certamente devono ritenersi i contratti bancari, caratterizzati dalla presenza di più profili causali con preminente rilievo della c.c. causa mandati.

La diligenza adempiva, ovverosia l'impegno volitivo e tecnico dovuto dal debitore per il soddisfacimento dell'interesse del creditore positivamente dedotto nel rapporto obbligatorio ex art. 1174 c.c. si articola in quattro distinti profili: a) la cura; b) la cautela; c) la perizia; d) la legalità.

Ognuno di essi è autonomamente valutabile nel giudizio di responsabilità in cui sul debitore incombe la presunzione di colpa *iuris tantum* fissata nell'art. 1218 c.c..

Tra i modelli contrattuali la cui causa evoca in misura immediata la funzione sinallagmatica esplicita nel contratto di conto corrente dalla cd commissione di massimo scoperto spicca innanzitutto il contratto tipico e nominato dell'apertura di credito bancario, un tempo confuso con il fido in conto corrente o, ancor peggio, con la tolleranza con cui la banca accettava dal cliente lo "sconfinamento", ovverosia l'utilizzo di fatto del fido oltre il limite contrattualmente fissato, tanto da aver provocato il provvidenziale intervento chiarificatore della S.C..

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

Ed invero ai sensi dell'art. 1842 c.c. *"L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato"*.

Il legislatore delinea così un contratto consensuale, ad efficacia obbligatoria, che si perfeziona con l'accordo, in conformità col principio consensualistico, ed è quindi perfetto ed efficace a prescindere dall'utilizzo effettivo che l'accreditato faccia della provvista di liquidità messa a disposizione dell'accreditante.

Ne consegue che con il perfezionamento del negozio sorge a carico della banca l'obbligazione di *facere* consistente nel tenere a disposizione, per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato, la provvista finanziaria pattuita; ed a carico del cliente, quando contrattualmente prevista, in assenza di un divieto frontale comminato da una norma di legge che ne sancisca espressamente la illiceità, l'obbligazione corrispettiva di pagare il compenso, denominato nella prassi bancaria "commissione di massimo scoperto".

Le due obbligazioni appaiono così suggestivamente legate dal c.d. sinallagma, ovvero il vincolo di corrispettività che consente di annoverare il negozio de quo tra i contratti consensuali, commutativi, ad efficacia obbligatoria ed a prestazioni corrispettive.

In un momento successivo al perfezionamento il contratto può entrare nella fase esecutiva, caratterizzata dall'eventuale concreta utilizzazione da parte dell'accreditato della provvista già a sua disposizione, mediante uno o più atti; a tal fine l'art. 1843 c.c. statuisce: *"Se non è convenuto altrimenti, l'accreditato può utilizzare in più volte il credito, secondo le forme di uso, e può con successivi versamenti ripristinare la sua disponibilità"*.

Il prelevamento della somma, segnando la concreta utilizzazione del danaro, fa sorgere a carico dell'accreditato l'obbligazione di pagamento del corrispettivo del godimento del danaro, costituito ai sensi dell'art. 1282 c.c. dalla obbligazione di pagamento degli interessi corrispettivi.

Vengono così identificate due distinte coppie di rapporti obbligatori.

La prima coppia, necessaria ed indefettibile, consustanziale al perfezionamento del negozio, vede il sorgere a carico dell'accreditante della obbligazione di *facere*, avente ad oggetto il predisporre a disposizione del cliente, a tempo certo o indeterminato, una convenuta provvista finanziaria, verso il corrispettivo costituito dalla obbligazione di dare avente ad oggetto il pagamento della commissione di massimo scoperto nella misura convenuta, sorta anch'essa assieme all'atto negoziale a carico dell'accreditato.

La seconda coppia di obbligazioni, eventuale e non necessaria, sorge con la materiale dazione, in tutto o in parte, della provvista convenuta, a cui fa riscontro a carico dell'accreditante l'obbligazione di *facere* avente ad oggetto il lasciar godere la predetta somma all'accreditato a certo tempo o a tempo indeterminato, ed a carico dell'accreditato l'obbligazione corrispettiva del pagamento degli interessi ai sensi dell'art. 1282 c.c. in relazione al godimento effettivo che egli faccia del danaro ai sensi degli artt. 820 e 821 c.c..

Aderendo alla diversa prospettazione della giurisprudenza, il contratto potrebbe persino essere affetto da nullità, non trovando l'obbligazione di *facere* della banca (il *"tenere a disposizione"*), che ha un risvolto economico negativo in termini di costo di opportunità, un adeguato pendant in una obbligazione corrispettiva assunta sinallagmaticamente dall'accreditato (il pagamento della CMS), e restando così sine causa.

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

Difetterebbe, infatti, il c.d. sinallagma genetico, elemento costitutivo indefettibile nei contratti a prestazioni corrispettive, vedendo l'accordo il sorgere di obbligazioni certe a carico di una sola delle parti, la banca, che, nel caso in cui l'accreditato non utilizzi affatto la provvista nella fase esecutiva, chiuderebbe il bilancio negoziale in perdita secca, così risultando del tutto alterato il profilo causale del contratto che da commutativo si trasformerebbe in una sorta di contratto unilateralmente aleatorio per volontà delle parti, con una obbligazione assunta ed adempiuta dalla banca col tenere concretamente la provvista finanziaria a disposizione del cliente per il tempo convenuto, sottraendola ad altri impieghi produttivi e con una perdita di *chances* certa ed indiscutibile, non ristorata da una prestazione resa dall'accreditato, e costitutiva di una vera e propria ipotesi di danno risarcibile sotto le sembianze del c.d. lucro cessante, ovvero sia della perdita di guadagni normalmente retraibili nel corso della attività imprenditoriale bancaria con l'impiego fruttifero della provvista finanziaria tenuta inutilmente a disposizione dell'inoperoso accreditato.

In altri termini, la banca si obbligherebbe verso il cliente a tenere a disposizione una convenuta provvista finanziaria, facendo affidamento sul fatto che il cliente la utilizzi effettivamente al fine di conseguire con la corresponsione dell'interesse corrispettivo ex art. 1282 c.c. una remunerazione del costo di opportunità sopportato con la distrazione della provvista così impegnata da impieghi fruttiferi alternativi.

Sempre proseguendo nell'analisi secondo la ratio della giurisprudenza contraria all'ammissibilità della CMS, si rischierebbe di introdurre in via meramente interpretativa una vera e propria rivoluzione copernicana nella disciplina stessa del contratto di apertura di credito, dovendosi così ritenere che l'accreditato abbia non solo il diritto, ma, piuttosto, l'obbligo di procedere alla utilizzazione della provvista finanziaria, e ciò all'evidente fine di consentire la nascita in favore dell'accreditante di una obbligazione, quale quella del pagamento degli interessi corrispettivi ex art. 1282 c.c., suscettibile di introdurre una componente di corrispettività nel rapporto negoziale che altrimenti ne rimarrebbe privo.

In senso avverso si potrebbe argomentare dalla sussistenza di una ipotesi di contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, previsto dall' art.1333 c.c., ma la fattispecie non appare invocabile in quanto la obbligazione che ne deriverebbe a carico della banca non sarebbe suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica, come pure l'atto esecutivo, estrinsecantesi nella dazione della somma di danaro avente natura di contatto reale.

Senza dimenticare che nello schema tipico delineato dal legislatore l'iniziativa del contratto potrebbe pervenire solo dalla aspirante accreditante (*rectius*: la banca), cosa che, invece, nella pratica bancaria non accade quasi mai, essendo il contratto normalmente concluso con una proposta del cliente, redatta su formulari, accettata dalla banca, di talché il contratto così concluso presenta obbligazioni non per il solo proponente (il cliente nel formulario) ma per la oblata (la banca accettante).

Ulteriore ostacolo normativo è costituito dalla impossibilità di configurare la fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. nel caso in cui derivino obbligazioni anche a carico dell'oblato in senso sostanziale (il cliente, che figura proponente nella modulistica contrattuale), e dalla eventuale dazione della somma di danaro - peraltro incoercibile ex art. 2932 c.c. - deriverebbe senz'altro a carico di esso oblato l'obbligazione di pagamento degli interessi corrispettivi ex artt. 1282, 820 e 821 c.c.; ostacolo che verrebbe reiterato attribuendo i ruoli contrattuali in conformità alla modulistica, con il cliente in veste di proponente (su cui in caso di perfezionamento graverebbe la potenziale obbligazione di pagamento degli interessi ex art. 1282 c.c.) e la banca in veste di oblata (su cui in caso di perfezionamento graverebbe l'obbligo di tenere a disposizione la provvista finanziaria ed erogare a richiesta la somma).

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

Per completezza argomentativa è doveroso evidenziare come, così configurato con la previsione negoziale della commissione di massimo scoperto, il contratto di apertura di credito appaia suggestivamente assimilabile a tipologie negoziali legislativamente innominate ma socialmente tipiche, elaborate nel settore dei servizi di consulenza alle aziende, ove studi di professionisti associati si obbligano a prestare servizi di consulenza in favore di soggetti beneficiari, solitamente imprenditori in forma individuale o associata, verso un corrispettivo forfettariamente fissato in misura minima, a prescindere dall'utilizzo concreto che questi faccia dei servizi offerti, e suscettibile di venire incrementato secondo parametri convenzionali nel caso in cui la fruizione oltrepassi determinate soglie convenzionalmente stabilite.

Evidente è l'analogia funzionale esistente tra l'obbligazione dello studio professionale di essere disponibile verso le richieste di consulenza e l'obbligazione della banca accreditante di tenere a disposizione la provvista finanziaria; cui fanno riscontro l'obbligazione del beneficiario dei servizi professionali di pagare il relativo corrispettivo in misura fissa e l'obbligazione dell'accreditato di corrispondere la commissione di massimo scoperto; mentre in fase attuativa il legame sorgerebbe tra l'obbligazione dei beneficiari dei servizi professionali di pagare il maggior corrispettivo pattuito per il caso di uso più intensivo, e l'obbligazione dell'accreditato di pagare gli interessi in relazione al godimento effettivo della provvista finanziaria messa a disposizione.

Ulteriore ipotesi ricorrente nella pratica delle negoziazioni è costituita dai contratti di assistenza tecnica in materia di servizi informatici, in cui esperti in tecnologie informatiche si obbligano a fornire servizi di assistenza verso un corrispettivo minimo fisso, dovuto anche in ipotetica assenza di richieste di intervento da parte di clienti, e di un corrispettivo aggiuntivo variabile in relazione ad un ricorso più intensivo alle prestazioni oggetto della obbligazione di assistenza tecnica.

Trattasi di ipotesi riconducibili alla fattispecie dell'appalto dei servizi che, ai sensi dell'art. 1677 c.c., è disciplinato anche dalle disposizioni in tema di contratto di somministrazione, tra le quali spicca il comma 3 dell'art.1560 c.c. che, prevedendo che le parti possano stabilire un quantitativo minimo che il somministrato è tenuto ad acquistare, non preclude all'autonomia negoziale delle parti di regolamentare il rapporto secondo la variante costituita dalla c.d. "somministrazione a piacere" ovvero sia a richiesta del somministrato, istituendo una pattuizione in forza della quale quest'ultimo ha facoltà discrezionale di richiedere o meno, per il se e per il quanto, la somministrazione, e neppure la correlativa pattuizione che fissi un compenso minimo a favore del somministrante che remunererà l'obbligo contrattuale di questi di apprestare i mezzi necessari per far fronte alle richieste di somministrazione ad libitum effettuate dal somministrando, o che faccia obbligo al somministrato di remunerare comunque nella misura pattuita il somministrante anche qualora decida di non fruire delle di lui prestazioni.

Netta è pertanto la distinzione funzionale e causale della commissione di massimo scoperto rispetto alla eventuale obbligazione di pagamento degli interessi, essendo la prima connaturale al momento genetico del contratto, e la seconda legata ad un momento successivo ed attuativo del primo.

Le predette fattispecie negoziali, suggestivamente analoghe all'apertura di credito bancario sotto il profilo causale, conferiscono diritto di cittadinanza alla commissione di massimo scoperto, consentendole di esplicare nel concreto regolamento di interessi una funzione riequilibratrice del contratto.

E' così indubbio che ci si trovi di fronte ad una prestazione autonoma e distinta della azienda di credito, poiché questa si obbliga a far fronte alle richieste di liquidità che il cliente possa avanzare e, di fatto, è costretta ad accantonare una certa giacenza sottraendola ad altri impieghi fruttiferi; donde la doverosa remunerazione di questa condizione di "allerta" cui è chiamata la banca, finendo così per penalizzare soprattutto quei rapporti bancari caratterizzati da andamento irregolare con "picchi"

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

di elevato prelievo alternati a periodi di calma con rimesse idonee al rientro nell'ambito del fido accordato.

Anche in condizioni di inerzia del cliente, in cui questi si astenga dall'effettuare prelievi, l'azienda di credito è obbligata a prendere in considerazione tale ipotesi, pianificando l'uso delle liquidità complessiva manovrata, che viene così distratta da altri investimenti dando luogo a quello che gli economisti chiamano "*il costo di opportunità*", e che, non sembra inutile rammentare, la dottrina a la giurisprudenza non esitano a lanciare nella mischia del vasto arcipelago dell'illecito aquiliano, sotto le vesti della "perdita di chances", come fatto costitutivo di danni risarcibili.

Se, pertanto, la perdita di opportunità o di "chances" è costitutiva di una fattispecie generatrice di danno risarcibile, non si vede davvero perché la medesima fattispecie non possa, nell'ambito di una libera negoziazione avente ad oggetto rapporti giuridici disponibili e rimessi all'autonomia negoziale delle parti, divenire oggetto di una remunerazione predeterminata e pattuita, quando rappresenti il pendant giuridico ed economico di una prestazione contenuta in una obbligazione sorta da un contratto legalmente nominato e, pertanto, diretto a perseguire *iuris et de iure* interessi meritevoli della c.d. tutela ordinamentale.

La diversa impostazione risente vistosamente del difetto di analisi e della indebita confusione palesata dall'approccio condotto con la lente e le categorie dogmatiche elaborate in tema di contratti reali quali, nella pratica bancaria, sono in primis l'anticipazione bancaria ed il mutuo, ove la dazione della somma di danaro segna il perfezionamento del negozio che ha natura spiccatamente reale, ed ove soltanto potrebbe, in ragione della predetta diversità strutturale, affermarsi l'assenza di causa nella eventuale commissione di massimo scoperto, "...non trovando la stessa alcuna giustificazione causale, né quale corrispettivo per un servizio prestato al cliente, né quale remunerazione per il danaro prestato, essendo tale funzione già assolta dalla corresponsione degli interessi"(Tribunale di Salerno Sez.I, sent.n.1412 del 12-06-2009), in quanto nel contratto reale prima della dazione non v'è negozio giuridico, segnando la *traditio* della somma di danaro il momento perfezionativo e, al contempo, la nascita in capo al mutuatario della obbligazione restitutoria del *tantundem eiusdem generis et qualitatis* e la distinta obbligazione del pagamento degli interessi corrispettivi ex art. 1282 c.c...

Ed a conclusione della breve e succinta analisi, non può non rendersi omaggio all'antica dottrina che, in prima applicazione dell'istituto in discussione, cogliendone la ratio e la funzione destinata ad assolvere nel panorama dei negozi tipici, così aveva delineato l'apertura di credito: "*L'apertura di credito bancario è un contratto consensuale, un mutuo futuro obbligatorio, sia o meno coperto da garanzia reale o personale. Nell'apertura di credito bancario i prelevamenti si riferiscono non alla formazione, ma all'esecuzione del contratto. Il rapporto non è né reale né condizionale, ma consensuale e definitivo. Gli interessi sulle somme prese a mutuo dall'accreditato decorrono dal prelevamento effettivo. I prelevamenti non rappresentano mutui singoli e slegati, gli stessi versamenti non ne sono l'estinzione. Il contratto non può essere scisso nella sua unità. L'accreditato si determina a prelevare del denaro, tenuto a sua disposizione, se e quando ne ha bisogno; ma ciò non ha rilevanza per l'altro contraente.*"

E proprio la figura del "mutuo futuro obbligatorio" consente di effettuare un confronto ravvicinato con la fattispecie che maggiormente presentava affinità con il negozio affermatosi nella prassi contrattuale prima che il legislatore gli conferisse il rango di autonoma previsione codicistica agli artt.1842 e ss. del codice civile vigente.

La dottrina precedente tendeva infatti a ricondurre il negozio de quo, all'epoca innominato ma ben conosciuto nella pratica, nel paradigma del c.d. contratto preliminare di mutuo, tuttora riconoscibile nella fattispecie tipica della promessa di mutuo di cui all'art. 1822 c.c., in cui è possibile rinvenire tanto la configurazione di un contratto preliminare unilaterale, il cui l'accordo è bilaterale ma le

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

obbligazioni nascono solo a carico del promittente mutuante, quanto un contratto preliminare bilaterale, in cui a carico del promittente mutuatario può anche essere previsto un corrispettivo dell'obbligo di concedere a mutuo, costituito da un equivalente pecuniario del tutto simili alla commissione di massimo scoperto.

Ed è significativo che la giurisprudenza più accorta attribuisca rilievo alle conseguenze che la promessa di concedere a mutuo (esattamente come l'obbligazione dell'accreditante nel contratto di cui agli artt. 1842 e ss c.c.) può produrre nella sfera giuridico-economica del promittente al fine di fare emergere, all'esito di una indagine che il giudice dovrà condurre in concreto, la natura bilaterale ed onerosa di quella che il legislatore sembra invece configurare in apparenza come una fattispecie di contratto con obbligazioni a carico di una sola parte.

E che il legislatore del 1942 avesse tipizzato la promessa di mutuo pensando ad una fattispecie di contratto preliminare unilaterale è fatto palese proprio dal tenore letterale dell'art. 1822 c.c.. preoccupato di dare autonomo risalto ad una facoltà prevista in generale dall'art. 1461 del nuovo c.c. del 1942 per i contratti a prestazioni corrispettive ("*melius accurrere in tempore, quam post causam vulneratam remedium querere*"), non estensibile ex se alla "promessa di mutuo" intesa come contratto preliminare, tendenzialmente unilaterale, anche in ragione della natura reale del "contratto definitivo", essendo questo per definizione sempre unilaterale e con obbligazione a carico di una sola parte, il mutuatario, tenuto a restituire il *tandundem eisudem generis et qualitatis*, mentre tardava l'acquisizione di consapevolezza della natura onerosa del rapporto contrattuale conferita dalla obbligazione di pagamento degli interessi corrispettivi, divenuta un effetto naturale del contratto solo a seguito della introduzione dell'art.1815 comma 1 del nuovo c.c. del 1942 , mentre l'art.1829 del codice civile del 1865, in tema dell'apposita figura "Del mutuo ad interesse", disponeva che "*E' permessa la stipulazione degli interessi nel mutuo di danaro, di derrate o di altre cose mobili*"; donde l'art. 1822 c.c. 1942 appare, sotto tale profilo, appartenere alla Weltanschauung del codice previgente.

In relazione alla natura della promessa di mutuo, così si esprimeva la dottrina: "*La promessa di mutuo è un contratto preparatorio e preliminare del mutuo, anch'essa sintesi della proposta e dell'accettazione. Validamente formata, la promessa di mutuo vincola all'adempimento specifico e, in mancanza al risarcimento del danno. La successiva dazione della cosa promessa a mutuo non è la trasformazione, ma l'esecuzione della promessa. Il contratto preparatorio ha per oggetto la conclusione del contratto definitivo. Il primo, in materia di mutuo, è un contratto consensuale; l'altro è un contratto reale.*" "

L'indagine ha consentito così di riscontrare la riconducibilità dell'apertura di credito disciplinata dall'art. 1842 e ss c.c. del 1942 alla promessa di mutuo di cui all'art. 1822 c.c. 1942 quando questa abbia, in concreto, natura di negozio bilaterale preparatorio, essendo possibile in ambo le ipotesi che l'obbligazione della banca di erogare la somma a mutuo o di tenere a disposizione una determinata provvista finanziaria trovi un corrispettivo nella obbligazione del cliente di pagare una controprestazione che, nel contratto di apertura di credito, la pratica contrattuale ha denominato "*commissione di massimo scoperto*".

Ne consegue che la C.M.S. rappresenta la remunerazione di una autonoma e distinta prestazione offerta al cliente, che non può più essere riconosciuta alla azienda di credito dopo la chiusura del conto.

Risultato, questo, cui può agevolmente pervenirsi in via interpretativa, non essendovi ragione per continuare a remunerare una prestazione che non può più esser resa dalla banca che non è più obbligata a "*tenere a disposizione del cliente*" la somma, mentre la delibera del C.I.C.R. adottata il 09-02-2000 ha provveduto ad espungere esplicitamente la perpetuazione della capitalizzazione degli interessi passivi maturati sul saldo debitore in epoca successiva alla chiusura del conto, pur se

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

legittimamente computati al tasso convenzionalmente pattuito, come espressamente stabilito nell'art.7 delle N.U.B..

VIII.- Gli attori infatti hanno diretto generiche rimostranze avverso i criteri con cui sono stati effettuati gli addebiti sul conto, ma le predette censure sono state formulate in modo estremamente generico, senza neppure allegare quali mai siano le norme giuridiche in violazione delle quali si sarebbero perpetrate le supposte nullità, e senza allegare quali siano le partite contabili che risultino di conseguenza illegittimamente appostate.

Giova infatti rammentare che a norma dell'art.1418 c.c. "Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge." A sua volta l'art. 1325 c.c., espressamente richiamato dal predetto art. 1418 c.c., con la rubrica "Indicazione dei requisiti" così dispone: "I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità."

Gli attori non hanno saputo allegare alcuna delle predette ipotesi di deficienza strutturale dell'accordo negoziale o di singole parti di esso, e neppure la norma giuridica in violazione della quale sarebbero state stipulate le clausole attinte dalle censure.

L'art.120 comma 1 del D. Lgs. n. 385 del 1993 dispone: "Gli interessi sui versamenti presso una banca di denaro, di assegni circolari emessi dalla stessa banca e di assegni bancari tratti sulla stessa succursale presso la quale viene effettuato il versamento sono conteggiati con la valuta del giorno in cui è effettuato il versamento e sono dovuti fino a quello del prelevamento."

La predetta disposizione nulla contempla per la ipotesi di accredito di titoli non emessi dalla stessa banca o non tratti sulla stessa succursale presso la quale è effettuato il versamento, e, in forza del principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, non può applicarsi analogicamente la disposizione normativa precitata.

Difetta, tra l'altro, il presupposto della *eadem ratio (ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio)*, atteso che i titoli emessi o tratti su altre filiali o altre aziende di credito, prima di essere "versati" (*rectius*: accreditati) sul conto del beneficiario, debbono sottostare a procedure contabili interne al mondo dei soggetti creditizi, destinate ad acclararne la regolarità formale e, pertanto, la liceità dell'addebito e dell'accredito.

Le operazioni in parola, che lo sviluppo degli strumenti cartacei ed informatici di mobilitazione dei crediti ha reso sempre più complesse, necessitano di adeguati tempi tecnici che per l'azienda di credito rappresentano null'altro se non lo *spatium temporis* necessario ad adempiere con la diligenza professionale dovuta ex art.1176 comma 2 c.c. le obbligazioni derivanti dai contratti bancari nei quali, siano essi tipici o legislativamente innominati, predomina incontrastata, o come componente di un negozio misto, o come autonomo negozio elementare costitutivo di una fattispecie complessa, la causa del mandato, con il conseguenziale obbligo del mandatario di eseguire l'incarico con la *magna diligentia* del buon padre di famiglia di cui all'art.1710 comma 1 c.c., ed evitare la responsabilità per dolo o colpa grave su essa gravante ai sensi dell'art.1836 comma 1 c.c..

Da questa esigenza nata dalla tecnica bancaria, ma alla quale sono tutt'altro che estranei rilevanti aspetti giuridici, nasce il silenzio serbato dal legislatore nell'art. 120 del D.Lgs. n. 385 del 1993.

Sentenza, Tribunale di Taranto, dott. Alberto Munno, 21 marzo 2016

I casi non espressamente disciplinati dalla predetta disposizione sono così rimessi alla regolamentazione dettata dalle parti nello esercizio della autonomia negoziale, potendo essere astrattamente possibili più soluzioni.

In difetto di una norma comminatrice di invalidità non può apoditticamente ritenersi nulla la "prassi negoziale" seguita dalle aziende di credito nel postergare la data di accredito di titoli emessi e/o tratti su altre filiali e/o agenzie e/o succursali, potendo al più porsi, in linea del tutto teorica, una possibile ipotesi di arricchimento indebito, che il Tribunale ritiene tuttavia di escludere proprio per la su rilevata esistenza di una valida causa giuridica dello iato temporale tra emissione del titolo ed accreditamento in favore del beneficiario, mentre ogni questione neppure si pone qualora il regolamento negoziale disciplini la fattispecie con apposita previsione pattizia nell'esercizio dei poteri di autonomia negoziale dei contraenti ai sensi dell'art. 1322 c.c..

IX.- In conclusione l'opposizione si è rivelata infondata e deve essere rigettata, con condanna degli opposenti alla rifusione di spese e competenze di lite in favore della opposta.

P.Q.M.

a) rigetta l'opposizione proposta dai fideiussori avverso il D.I. n. (omissis) del 2013;

b) condanna gli opposenti in solido tra loro alla rifusione delle spese e competenze di lite in favore della opposta, che liquida in Euro 5000,00 per compensi professionali, oltre agli accessori come per legge, oltre a spese di registrazione della sentenza;

Così deciso in Taranto nella camera di consiglio della Seconda Sezione Civile del Tribunale in composizione monocratica in data 14 marzo 2016.

Depositata in Cancelleria il 21 marzo 2016.

**Il presente provvedimento è stato modificato nell'aspetto grafico, con l'eliminazione di qualsivoglia riferimento a dati personali, nel rispetto della normativa sulla Privacy*