

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI TARANTO**

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

SENTENZA

nella causa civile iscritta nel ruolo generale affari contenziosi sotto il numero d'ordine omissis dell'anno 2012

TRA

SOCIETA' CORRENTISTA E FIDEIUSSORI

-Ingiunta ed opponente-

CONTRO

MANDATARIA BANCA

-Ingiungente 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

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

poiché nessun potere-dovere incombe sul giudice per effetto della formulazione di domande inammissibili.

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 riproduttive 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 mercè 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 30 luglio 2012 la società omissis, nella dispiegata qualità di mandataria di Banca, chiedeva al Tribunale di emettere condanna provvisoria nella forma del Decreto Ingiuntivo ex artt. 633 c.p.c. in danno di società correntista e dei fideiussori, avente ad oggetto il pagamento della somma di Euro 72.985,10 quale saldo debitore alla data del 06 aprile 2012 del conto corrente acceso col numero (...) al nome della detta società presso la filiale tarantina della Banca omissis in data 17.12.2001, oltre interessi al tasso legale ; nonché della ulteriore somma di Euro 51.235,98 per saldo debitore alla data del 06 aprile 2012 del conto di corrispondenza anticipi su fatture acceso col numero omissis al nome della detta società presso la filiale Banca omissis in data 02.09.2009 oltre a interessi al tasso legale sino al soddisfo.

Con decreto emesso il 17 settembre 2012 il Tribunale di Taranto accoglieva la domanda emettendo decreto ingiuntivo n. omissis/2012, avverso il quale proponevano opposizione la società omissis e fideiussori deducendo: 1) il fatto illecito della Banca omissis, che in violazione dei doveri di buona fede e correttezza avrebbe esercitato il recesso illegittimamente nel corso di una trattativa diretta alla composizione della debitoria in cui la società opponente aveva manifestato disponibilità alla stipula di un mutuo per ripianare la propria esposizione; 2) l'illegittimità della capitalizzazione trimestrale degli interessi debitori; 3) la illegittimità della commissione di massimo scoperto; 4) la illegittimità del computo dei giorni valuta; 5) l'illegittimità dell'addebito di spese non dovute.

III.- Dalla lettura del documento n.13 della produzione della opposta, costituente il contratto di conto corrente acceso il 17 febbraio 2001 col numero omissis si evince che le parti pattuivano:

"interessi attivi e passivi verranno capitalizzati alla fine di ogni trimestre solare"; identica pattuizione sembra riportata nell'art. 7 comma 1 delle "condizioni che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi".

L'art. 2 delle medesima delibera emessa il 09 febbraio 2000 dal C.I.C.R. disponeva e dispone:

\\SERVER\server\ADS\I_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.docRivista di informazione giuridica,
registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

"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."

Con il comma 2 dell'art. 2 della Delibera CICR del 09 febbraio 2000 ("2. Nell'ambito di ogni singolo conto corrente deve essere stabilita la stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori. ") entra in vigore il 22 aprile 2000 e pienamente applicabile al contratto di conto corrente bancario stipulato inter partes il 27 maggio 2008 col numero omissis, l'ordinamento ha espressamente sancito che la fissazione delle medesima periodicità di computo degli interessi sia a favore del cliente che della banca costituisce un valore da tutelare ed un obiettivo tendenziale da perseguire.

Dal predetto art. 2 comma 2 della delibera C.I.C.R. del 09 febbraio 2000 derivano due importantissime conseguenze:

a) il mutamento unilaterale delle condizioni contrattuali che si concretizzi con la instaurazione della "stessa periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori" rappresenta per espressa volontà dell'ordinamento giuridico un mutamento *in melius* per il correntista, onde la legittimità di tale adeguamento effettuato mediante mera comunicazione sulla G.U. ai sensi dell'art. 7 comma 2 della predetta deliberazione, senza alcuna necessità di una approvazione specifica del correntista.

b) le clausole contrattuali stabilite in precedenza, con cui veniva fissata la medesima periodicità di computo degli interessi tra Banca e Cliente, non sono attinte dalla nullità di cui all'art. 1283 c.c..

Infondato risulta così il relativo motivo di opposizione.

IV.- Nel medesimo contratto il T.A.E.G. risulta fissato in misura pari al 10,25%, comprensivo della C.M.S. fissata in misura pari allo 0,312 % intrafido ed allo 0,675% extrafido.

Ai sensi dell'art. 2 della L. n. 108 del 1996, il tasso medio per le operazioni di conto corrente bancario rilevati nel trimestre 01 luglio 2001 / 30 settembre 2001 dai Decreti Ministeriali attuativi della predetta L. n. 108 del 1996, immediatamente anteriore al trimestre ove il contratto de quo è stato stipulato, era pari al 12,68 % annuo, ed ai sensi dell'art. 2 comma 4 della predetta L. n. 108 del 1996 il tasso limite di rilevanza usuraria era così pari al 19,020 %, ottenuto con l'incremento del 50% del tasso medio, ai sensi del comma 4 dell'art. 2 della L. n. 108 del 1996.

Il tasso contrattualmente pattuito era così ampiamente al di sotto della soglia usuraria, risultando infondato il motivo di opposizione.

Nel contratto di apertura di credito stipulato il 02 settembre 2009 per l'importo accreditato pari ad Euro 50.000,00 valido sino al 31-07-2010 il tasso effettivo annuo è fissato in misura pari al 12,44%. Ai sensi dell'art. 2 della L. n. 108 del 1996, il tasso medio per le operazioni di apertura di credito in conto corrente bancario per importi superiori ad Euro 10.000,00 rilevati nel trimestre 01 aprile 2009 / 30 giugno 2009 dai Decreti Ministeriali attuativi della predetta L. n. 108 del 1996, immediatamente anteriore al trimestre ove il contratto de quo è stato stipulato, era pari all' 8,62 % annuo, ed ai sensi dell'art. 2 comma 4 della predetta L. n. 108 del 1996 il tasso limite di rilevanza usuraria era così pari al 12,93 %, ottenuto con l'incremento del 50% del tasso medio, ai sensi del comma 4 dell'art. 2 della L. n. 108 del 1996.

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

Il tasso contrattualmente pattuito era così ampiamente al di sotto della soglia usuraria, risultando infondato il motivo di opposizione.

I predetti DDMM ancorchè siano emanati nella forma del decreto ministeriale e, quindi, come atti soggettivamente amministrativi in quanto promananti dal Governo ai sensi dell'art. 92 della Costituzione del 1948 ("Il Governo della Repubblica è composto dal Presidente del Consiglio e dei ministri, che costituiscono insieme il Consiglio dei Ministri") privo di potestà legislativa propria ai sensi dell'art. 77 della Costituzione del 1948 ("Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria"), hanno in realtà natura di atto oggettivamente normativo poiché, in conformità alle norme della L. n. 108 del 1996 che espressamente ne prevedono l'emanazione e ne determinano il contenuto (e conseguenzialmente delimitano la potestà dell'organo che dovrà emanarli) dettano previsioni generali ed astratte destinate ad essere applicate in un numero indeterminato di fattispecie e nei confronti della generalità dei consociati, onde il contenuto precettivo diviene integrativo delle norme generali dettate nella legge e le conferisce concretezza idonea alla attuazione. (così il Tribunale di Taranto, G.U. Dott. Alberto Munno, sent. del 04 aprile 2016 nel processo n. omissis RGT)

I predetti decreti ministeriali assumono così nel sistema delle fonti un forza pari a quella dei cd regolamenti esecutivi o di attuazione, con i quali il Governo della Repubblica, nella sua collegialità o nelle singole diramazioni facenti capo a ciascun dicastero, emana disposizioni normative destinate ad attuare le previsioni generali ed astratte contenute nelle leggi e negli atti aventi forza ed efficacia di legge cui la normazione sulla normazione conferisce l'idoneità ad introdurre nell'ordinamento norme giuridiche di rango primario idonee ad innovare, con efficacia anche abrogativa, le norme preesistenti, ed a resistere alla forza abrogatrice di norme introdotte successivamente da atti che la normazione sulla normazione colloca in grado ulteriore nella gerarchia della fonti del diritto.

La potestà regolamentare del Governo, fondata sul R.D. n. 100 del 1926, è transitata nell'art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1942 ("I potere regolamentare del Governo è disciplinato da leggi di carattere costituzionale. Il potere regolamentare di altre autorità è esercitato nei limiti delle rispettive competenze in conformità delle leggi particolari") con i limiti fissati nel successivo art.4 ("I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge. I regolamenti emanati a norma del secondo comma dell'art. 3 non possono nemmeno dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo").

La Costituzione della Repubblica Italiana entrata in vigore il 01 gennaio 1948 ha riconosciuto indirettamente il potere regolamentare del Governo attribuendo al Presidente della Repubblica il potere di emanare i regolamenti con l'art. 87 comma 5 della Costituzione, che rappresenta la continuazione istituzionale, in coerenza con il previgente ordinamento, della attribuzione nell'organigramma costituzionale del cd. potere esecutivo alla figura istituzionale del Capo dello Stato.

Così l'art. 5 dello Statuto del Regno promulgato in Torino il 04 marzo 1848 dal Re di Sardegna disponeva: "Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo supremo dello Stato", ed il successivo art. 6 precisava: "Il Re nomina a tutte le cariche dello Stato, e fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne."

Ne consegue che il potere di emanare i regolamenti attribuito dall'art. 87 comma 5 della Costituzione della Repubblica al Presidente della Repubblica, rappresenta la prosecuzione logico-giuridica degli artt. 5 e 6 dello Statuto Albertino del 04 marzo 1848, riflesso della collocazione apicale nell'organigramma dello Stato che veniva attribuito al Re dall'art. 5 dello Statuto Albertino ("Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo supremo dello Stato") ed al Presidente della Repubblica dall'art. 87 comma 1 della Costituzione della Repubblica Italiana ("Il Presidente della Repubblica è il Capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale").

\\SERVER\server\ADS\1_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.docRivista di informazione giuridica,
registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Avendo natura oggettivamente normativa, i DDMM attuativi della L. n. 108 del 1996, come tutti gli atti soggettivamente amministrativi ma oggettivamente normativi, sono direttamente conoscibili dal giudice ai sensi dell'art. 113 c.p.c. ("nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme de diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità").

Difetta radicalmente nella normazione fondamentale sulla normazione, tanto nel vigente ordinamento repubblicano quanto in quello instaurato a seguito della promulgazione dello Statuto del Regno il 04 marzo 1848, una norma costituzionale che preveda la emanazione di atti soggettivamente appartenenti all' Ordine Giudiziario ma oggettivamente normativi e, pertanto, muniti di forma modificatrice e/o abrogatrice delle norme poste dalle leggi e dagli atti aventi forza di legge; eventualità esclusa anzi espressamente proprio dall'art. 65 del RD n.12 del 30 gennaio 1941 col suo riferimento tecnico-giuridico alla "interpretazione" del diritto preesistente, e, successivamente, dagli artt. 70, 76, 77, 101, 107 della Costituzione Repubblicana.

Gli atti soggettivamente giurisdizionali che dovessero in tal senso trasformarsi in atti oggettivamente normativi, sconfinando dai limiti posti dal procedimento di interpretazione della legge, darebbero vita ad un fenomeno di esercizio di una pubblica funzione legislativa da parte di un soggetto istituzionale che ne è privo e, come tali, sarebbero affetti da carenza di potere in astratto, in quanto l'atto giurisdizionale produce gli effetti propri solo quando sia tale anche oggettivamente, potendo inoltre costituire illecito disciplinare per il magistrato autore.

La nullità derivante, se invalidante sentenze soggette ad appello (come le sentenze di Tribunale) o a ricorso per Cassazione (come le sentenze emesse in grado di appello), verrebbe convertita ex lege in motivo di impugnazione ai sensi dell'art. 161 c.p.c., restando rilevante ex se come vizio dell'atto, e non della funzione, nel caso di sentenza non soggetta ad appello o ricorso per Cassazione, come le sentenze emesse dal giudice del diritto.

Ne consegue la diretta conoscibilità da parte del giudice dei DDMM attuativi della L. n. 108 del 1996.

L'art. 644 del codice penale, nella formulazione introdotta dalla L. n. 108 del 1996, così dispone: "Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione"

Il successivo comma 4 dell'art. 644 cp dispone:

"Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle delle imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito."

L'usura è così un reato istantaneo che si perfeziona con la promessa o la dazione della prestazione usuraria, mentre il superamento del tasso soglia che intervenga nel corso del rapporto, realizzandosi nella fase cd esecutiva del contratto, ove regnano gli atti cd esecutivi del programma negoziale (quali rimesse ripristinatorie, rimesse solutorie, versamenti di contante ed altre ancora) non ha luogo una nuova manifestazione di consenso negoziale potenzialmente viziata dal patto usurario.

Vi è così totale eterogeneità tra la fase negoziale costitutiva degli effetti obbligatori, in cui può realizzarsi l'ipotesi di usura, e la fase esecutiva delle obbligazioni sorte dalla prima.

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

Da tale differenza ontologica discende l'inapplicabilità dell'art. 1815 comma 2 c.c., fatta palese dallo stesso tenore letterale: "se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi".

Con chiarezza e semplicità il Legislatore limita gli effetti della norma al solo momento costitutivo del vincolo negoziale ("...se sono convenuti interessi usurari..."), escludendo così *expressis verbis* la sua applicabilità nella fase esecutiva, ove non sorgono nuove obbligazioni ma si attuano quelle già perfezionate.

La nozione di "usurarietà sopravvenuta", oramai entrata nel gergo, è così giuridicamente impropria.

V.- Infondato è il dedotto motivo di nullità della commissione di massimo scoperto, poiché questa appare oggetto di una apposita ed espressa previsione contrattuale che ne fissa la misura .

Non si comprende come la predetta pattuizione possa essere considerata "nulla" o in "violazione di legge": l'attore si astiene dall'indicare la norma giuridica comminatrice della dedotta nullità, o dalla cui violazione deriverebbe la asserita illegittimità della pattuizione.

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 cod.civ..

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 cod. civ., 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 adempitiva, 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 cod.civ..

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..

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".

\\SERVER\server\ADS\1_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.docRivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012, registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

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 tenere 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 cod.civ. 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 cod.civ. in relazione al godimento effettivo che egli faccia del danaro ai sensi degli artt. 820 e 821 cod.civ..

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.

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

\\SERVER\server\ADS\1_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.docRivista di informazione giuridica,
registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

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 della perdita di guadagni normalmente retraibili nel corso dell'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 cod. civ., 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, estrinsecandosi 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 tal ché 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).

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

\\SERVER\server\ADS\1_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.doc Rivista di informazione giuridica,
registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

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 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 "all'erta" cui è chiamata la banca, finendo così per penalizzare soprattutto quei rapporti bancari caratterizzati da andamento irregolare con "picchi" 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

\\SERVER\server\ADS\1_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.doc Rivista di informazione giuridica,
registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

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 cod.civ., in cui è possibile rinvenire tanto la configurazione di un contratto preliminare unilaterale, il cui l'accordo è bilaterale ma le 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.

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

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 cod.civ.) 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 cod. civ. 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 cod. civ. 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 formatasi, 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 ai 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 legittimamente computati al tasso convenzionalmente pattuito, come espressamente stabilito nell'art.7 delle N.U.B..

In conclusione può dirsi che la C.M.S. assolve ad una apprezzabile funzione nella economia del rapporto bancario, ed assume autonomo rilievo giuridico nel sinallagma genetico e funzionale, non

\\SERVER\server\ADS\1_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.docRivista di informazione giuridica,
registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

risentendo pregiudizio dal sistema di computo effettuato a posteriori sui picchi delle giacenze che risultino effettivamente affidate al cliente, secondo il c.d. principio del concesso ex post e non dell'affidato ex ante.

Ne consegue la insussistenza di qualsivoglia ipotesi di nullità, di cui peraltro costituisce indice univoco l'assenza di argomentazioni contrarie offerte da parte attrice.

Questa essendo la natura della commissione di massimo scoperto, munita di autonomo fondamento di validità nell'ordinamento giuridico, appare evidente come la predetta voce debba aggiungersi al tasso di interesse debitore per il computo del tasso effettivo globale annuo.

Mentre il tasso debitore rappresenta null'altro se non la proiezione del principio di naturale fecondità del danaro di cui all'art. 1282 c.c., e della produzione dei frutti civili de die in diem ex art. 820 ed 821 c.c., la commissione di massimo scoperto remunera un differente aspetto della medesima prestazione creditizia, identificato sia nella cd attività preparatoria alla *solutio* propriamente detta, e sia nella cd perdita di chances, ovverosia nel costo di opportunità che la banca sopporta nel tenere la provvista finanziaria impegnata per il caso di scoperto di conto.

Non colgono così nel segno le teorie "estremiste", siano esse rivolte ad inglobare tout court la commissione di massimo scoperto nel tasso di interesse debitore propriamente detto, trasformandola in una entità con questo omogenea, siano esse dirette a negarne il fondamento ed autonomia giuridica, ipotizzandone la nullità per difetto di causa.

Interesse debitore e commissione di massimo scoperto rappresentano in realtà due facce della stessa medaglia, cogliendo il profilo di onerosità in due differenti ed autonomi aspetti in cui si manifesta nell'epifenomenologia giuridica la prestazione dell'azienda di credito.

L'essere "due facce della stessa medaglia" costituita dal costo del credito, legittima il computo della CMS nel tasso effettivo globale annuo ai fini della verifica di un eventuale superamento dei cd tassi soglia.

(Così la giurisprudenza dell'intestato Tribunale, nella epigrafata composizione soggettiva del dott. Alberto Munno, e da ultimo nella sentenza emessa nel procedimento n. omissis/2013 R.G.TRIB. in data 06.06.2016).

Siffatte conclusioni traggono conforto e conferma dalla entrata in vigore della L. n. 02 del 2009 il cui art. 2bis così dispone nel suo secondo comma:

"2. Gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della L. 7 marzo 1996, n. 108. "

La Legge non solo non ha comminato alcuna sanzione di invalidità a carico delle clausole istitutive della CMS, ma ne ha riaffermato la validità solo imponendo che le poste passive addebitate a tale titolo siano computate nel calcolo del T.E.G..

Ne consegue che dal 28 gennaio 2009, data di entrata in vigore della L. n. 02 del 2009, sono stati esclusi per sempre i dubbi sulla validità della CMS, ed è stato imposto per legge ciò che in precedenza era agevolmente desumibile dalla applicazione dei principi generali esaminati nel presente paragrafo.

\\SERVER\server\ADS\I_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.docRivista di informazione giuridica,
registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

È stato così pienamente rispettato il criterio legale interpretativo di cui all'art. 12 delle preleggi, essendo stati dapprima applicati i principi generali della cd analogia iuris per difetto di una norma espressa che disciplinasse la materia; successivamente al 28 gennaio 2009 viene applicata la legge regolatrice ad hoc.

Il legislatore ha così dichiarato lecito ciò che era già lecito.

VI.- Sia nel contratto di conto corrente stipulato il 17 dicembre 2001, sia nella successiva apertura di credito del 02 settembre 2009 le spese delle relative operazioni bancarie appaiono tutte analiticamente e specificamente determinate, con pieno rispetto dell'art. 117 comma 4 del D. Lgs. n. 385 del 1993 (4 ." I CONTRATTI INDICANO IL TASSO D'INTERESSE E OGNI ALTRO PREZZO E CONDIZIONE PRATICATI, INCLUSI, PER I CONTRATTI DI CREDITO, GLI EVENTUALI MAGGIORI ONERI IN CASO DI MORA."), trovano fondamento nella causa onerosa che connota tutti i contratti bancari.

Tra essi il conto corrente bancario è un contratto misto caratterizzato dalla prestazioni tipiche di differenti contratti nominati, riconducibile alla causa del mandato e del deposito, ed è destinato a soddisfare un interesse durevole del correntista, donde la sua riconducibilità nel novero dei contratti di durata ad esecuzione continuata, esplicando la banca senza soluzione di continuità la prestazione di custodia tipica del contratto di deposito ai sensi 1766 cod.civ. e, segnatamente, del deposito di danaro in banca di cui all'art. 1834 c.c. (c.d. deposito a risparmio), configurando quest'ultimo una peculiare applicazione di una ipotesi speciale del primo, costituita a sua volta dal deposito irregolare di cui all'art. 1782 c.c..

Di tanto ne da piena conferma l'art. 1852 c.c., laddove dispone: "Qualora il deposito, l'apertura di credito o altre operazioni bancarie siano regolate in conto corrente, il correntista può disporre in qualsiasi momento delle somme risultanti a suo credito, salva l'osservanza del termine di preavviso eventualmente pattuito."

Il legislatore del 1942, ha così espressamente riconosciuto la sussistenza quale elemento costitutivo del contratto di conto corrente bancario della c.d. causa depositi, legando la stessa esistenza del contratto alla instaurazione di un rapporto giuridico idoneo alla costituzione della provvista a mezzo della quale saranno poi adempiuti gli ordini e le disposizioni impartite dal cliente secondo le regole generali del mandato (art.1856 c.c.); di tanto da conferma la prassi contrattuale che vede la banca richiedere al cliente al momento della costituzione del rapporto il deposito di una somma minima, a meno che la provvista sia costituita da un'apertura di credito di cui agli artt.1842 e ss c.c.. come espressamente prevede il citato art. 1852 c.c. ; in questa ipotesi si ha la c.d. apertura di credito in conto corrente, in cui il rapporto inizia con il contestuale accreditamento in favore del correntista di una somma determinata che diviene immediatamente esigibile e può essere utilizzata per la esecuzione degli incarichi di cui all'art. 1856 c.c..

Le singole operazioni compiute , pur conservando la loro autonomia ai fini delle impugnative dei negozi giuridici da cui originano, rappresentano distinti momenti della fase esecutiva del contratto, ed il corso della prescrizione estintiva decorre dalla data di estinzione dell'unico contratto e non già dai singoli atti esecutivi del rapporto negoziale.

Questa essendo la causa del contratto di conto corrente bancario, occorre rammentare che ai sensi dell'art. 1709 cod.civ. rubricato "Presunzione di onerosità", "Il mandato si presume oneroso. La misura del compenso, se non è stabilita dalle parti, è determinata in base alle tariffe professionali o agli usi; in mancanza è determinata dal giudice."

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

Nel contratto di conto corrente acceso *inter partes* sono espressamente determinate le spese di gestione del conto che hanno una evidente natura corrispettiva, rappresentando il compenso per la prestazione resa dalla banca in esecuzione del contratto di mandato in forza del principio di onerosità sancito dall'esaminato art. 1709 c.c., e devono così essere ricondotte nel "*compenso stabilito dalle parti*" quale elemento costitutivo del regolamento negoziale.

In relazione alla causa depositi che connota parimenti il profilo causale del mandato, l'art. 1767 sotto la rubrica "*presunzione di gratuità*" dispone: "*Il deposito si presume gratuito, salvo che dalla qualità professionale del depositario o da altre circostanze si debba desumere una diversa volontà delle parti.*"

La qualità professionale della azienda di credito discende dalla natura stessa della attività bancaria, un'attività commerciale ai sensi degli artt. 2082 e 2195 n. 4 cod. civ., in conformità alla definizione di "atti di commercio" riservata alle "operazioni di banca" dall'art. 3 n. 11 del codice di commercio approvato con L. n. 681 del 02 aprile 1882 promulgata con R.D. n. 1062 del 31 ottobre 1882, in ossequio alla tradizione risalente alla L. n. 2215 del 02 aprile 1865, con cui il Governo fu autorizzato a pubblicare il codice di commercio Albertino, ed al R.D. n. 46 del 25 giugno 1865 con cui il predetto codice Albertino, predisposto per il Regno di Sardegna, fu promulgato con le opportune modifiche come Codice di Commercio del Regno d'Italia, contemplando tra gli "atti di commercio" elencati all'art.1 comma 2 anche "le operazioni di banca".

Ne consegue che nell'esercizio dell'attività bancaria l'imprenditore coltiva legittimamente la aspettativa del profitto, perseguito con una combinazione dei fattori produttivi destinata a produrre ricavi eccedenti i costi; donde anche sotto tale visuale le spese bancarie appaiono legittime alla luce del principio di onerosità del contratto anche in relazione alla causa depositi, fatta palese dalla professionalità dell'attività bancaria.

Infondata è pertanto la dedotta nullità e/o illegittimità degli addebiti a titolo di spese bancarie che, oggetto di specifica previsione, si sottraggono alla comminatoria di nullità riservata dall'art. 117 D.Lgs. n. 385 del 1993 alle clausole che in materia rinviano genericamente agli usi.

Le predette spese bancarie sono inoltre legate sinallagmaticamente non già con l'erogazione di una prestazione creditizia, ma con l'esistenza stessa del contratto ed i servizi che in forza del regolamento negoziale la banca di obbliga ad offrire al cliente.

Non è casuale infatti la scelta legislativa di raggruppare la disciplina normativa di cui agli artt. 1852 e ss c.c. sotto la rubrica "Delle operazioni bancarie in conto corrente", così evidenziando il legislatore la natura di "contenitore" assunta da tale schema negoziale, idoneo a costituire il volano di una serie indeterminata ed indefinibile di operazioni giuridico - bancarie.

Il riflesso di questa intrinseca versatilità è costituito proprio dalle spese bancarie e di tenuta conto che remunerando non già la erogazione di una prestazione creditizia quanto, piuttosto, la cd movimentazione del conto, ovverosia la attivazione dei servizi che in concreto il cliente faccia, sono così direttamente proporzionali al grado di uso dello strumento contrattuale offerto, potendo sussistere, anche misura notevole, in presenza di un conto con saldo pingue per il correntista, ed essere assai ridotte in caso di saldo debitore, in cui il conto si limiti a "registrare" le poste contabili passive per il correntista.

L'assenza di un "sinallagma" avvincente le spese di tenuta conto e le spese bancarie in genere con la concreta eventuale erogazione di una prestazione creditizia, costituisce un campanello d'allarme idoneo a mettere in guardia da facili ed ingiustificate generalizzazioni dirette a far confluire massivamente ed indiscriminatamente la totalità delle spese bancarie nel calcolo del tasso effettivo globale annuo, senza operare la doverosa distinzione tra spese connesse con l'erogazione del credito

\\SERVER\server\ADS\I_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.docRivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012, registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

e spese connesse con l'esplicazione dei servizi previsti per il contratto di conto corrente, ad iniziare dal servizio di cassa che ne costituisce l' in se, ed è indifettibilmente presente anche quando manchino contratti accessivi di erogazione di una provvista finanziaria (cd contratti di finanziamento) riconducibili nel novero delle "operazioni bancarie in conto corrente".(così il Tribunale di Taranto G.U. dott. Alberto Munno, sentenza 18.07.2016 nel procedimento n. omissis/2013 RGT).

VII.-Pur ridotta come sopra esaminato la nozione atecnica di "usurarietà sopravvenuta", ugualmente gli attori hanno omesso di allegare specificamente i periodi di esecuzione del contratto in cui il tasso avrebbe superato i limiti fissati dai DDMM attuativi della L. n. 108 del 1996.

L'onere dell'allegazione e della specifica contestazione è finalizzato al conseguimento della formazione immediata della prova sui fatti adottati dalle parti a fondamento delle contrapposte domande ed eccezioni ai sensi dell'art. 115 c.p.c. ("Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.").

L'esercizio della *potestas iudicandi* è così circoscritto dalla cornice fattuale delineata dalle parti nell'esercizio delle prerogative proprie del principio dispositivo (*index iuxta alligata et probata partium iudicare debet*), essendo l'introduzione del fatto onere della parte (*narra mihi factum, dabo tibi ius*).

L'onere dell'allegazione è infatti strettamente funzionale al contrapposto onere di contestazione gravante sul convenuto che nel rito ordinario di cognizione ai sensi dell'art. 167 comma 1 c.p.c., nella comparsa di risposta deve a sua volta "proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda....";

Ne consegue che il convenuto che non ottempera all'onere impostogli dall'art.167 c.p.c. in ordine alla presa di posizione specifica sui fatti adottati dall'attore a fondamento della domanda, rende pertanto pacifici in quanto non contestati i fatti adottati dall'avversario processuale a fondamento della domanda.

Ugualmente nel rito del lavoro in modo ancor più rigoroso:

L'art. 414 c.p.c., sotto la rubrica "Forma della domanda", così dispone: "La domanda si propone con ricorso, il quale deve contenere: ...- omissis -..... 3) la determinazione dell'oggetto della domanda; 4) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda con le relative conclusioni; 5) l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e in particolare dei documenti che si offrono in comunicazione."

E per il convenuto dispone l'art. 416 comma 2 c.p.c.: "Nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare."

L'assenza di allegazione dei fatti costitutivi della domanda produce la decadenza dell'attore senza poter essere surrogata dalla esibizione "di fatto" nel proprio fascicolo di atti e documenti, e né tantomeno da una ricerca officiosa del giudice in violazione del dovere di terzietà ed imparzialità ; ugualmente l'omissione dell'onere di specifica indicazione dei documenti offerti a sostegno della domanda comporta la decadenza del ricorrente dal diritto di produrli successivamente e

\\SERVER\server\ADS\I_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.docRivista di informazione giuridica,
registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

l'impossibilità di tener conto dei documenti "di fatto" inseriti nel fascicolo, pur se vidimato dal cancelliere.

L'onere dell'allegazione e della specifica indicazione dei mezzi di prova posto a carico del ricorrente dall'art. 414 n. 4 e n. 5 c.p.c. è funzionale all'esercizio del diritto-dovere di contestazione specifica che specularmente viene posto a carico del convenuto dall'art. 416 comma 2 e comma 3 c.p.c. che rispettivamente così dispongono:

"La costituzione del convenuto si effettua mediante deposito in cancelleria di una memoria difensiva, nella quale devono essere proposte, a pena di decadenza, le eventuali domande in via riconvenzionale e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio."

"Nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare."

Con l'introduzione dell'onere di allegazione e del contrapposto onere di contestazione specifica il legislatore ha inteso favorire la formazione giudiziale della prova, che viene così resa dallo stesso comportamento processuale delle parti, chiamate ad individuare il *thema decidendi*, le quali, omettendo di allegare e contestare i fatti, li rendono pacifici ed incontrovertibili e, di conseguenza, non abbinabili di istruzione probatoria, con sensibile giovamento alla celerità del giudizio ed al principio di economia processuale.

Ne consegue il rigore con cui deve essere valutato l'adempimento dell'onere dell'allegazione dei fatti rilevanti, essendo preordinato alla tutela del diritto inviolabile di difesa dell'avversario che, in presenza di affermazioni lacunose o generiche, non saprebbe in concreto quali fatti contestare, con palese violazione del contenuto minimo insopprimibile del diritto di difesa.

Coerentemente anche nel c.d. rito del lavoro i poteri istruttori del giudice sono, sì, ampliati dall'art. 421 c.p.c. rispetto a quelli propri del processo ordinario di cognizione, ma sono limitati alla sola ammissione delle prove e non si estendono alla ricerca officiosa di fatti rilevanti ai fini decisori che, pertinendo alla attività assertiva, rimangono nella piena signoria della parte (*narra mihi factum, dabo tibi ius*).

Gli oppositori non hanno mai circoscritto i periodi temporali in cui si sarebbe realizzato il superamento del tasso soglia, con la specifica allegazione del tasso applicato in concreto ed il tasso soglia vigente, così investendo il Tribunale di una funzione investigativa del tutto irrituale ed incompatibile con la posizione di terzietà del giudice.

VIII.- Occorre ora affrontare la questione inerente la decorrenza degli interessi attivi e passivi su accrediti ed addebiti, in quanto parte attrice ha dedotto la nullità della relativa pattuizione.

La censura è stata formulata in modo estremamente generico, senza neppure allegare quali mai siano le norme giuridiche in violazione delle quali si sarebbe perpetrata la supposta nullità e, soprattutto, senza alcun riferimento concreto delle poste contabili in cui si sarebbero concretizzati addebiti non dovuti.

Giova infatti rammentare che a norma dell'art. 1418 cod. civ. "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

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

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 cod. civ., espressamente richiamato dal predetto art. 1413 cod. civ., 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 sarebbe stata stipulata la clausola relativa alle spese e commissioni.

Il principio generale dall'ordinamento, secondo cui i diritti patrimoniali sono disponibili alle private pattuizioni poste in essere nell'esercizio dei poteri di autonomia negoziale di cui all'art. 1322 c.c., consente di ritenere valide le pattuizioni e gli atti in deroga al principio secondo cui l'importo degli assegni emessi dal correntista devono essere addebitati sul conto dal giorno dell'effettivo pagamento, poiché la data di emissione rappresenta il momento in cui giuridicamente il traente emana l'ordine al delegato-trattario e ne segna l'eseguibilità, mentre il momento del pagamento rappresenta l'esecuzione dell'ordine da parte del delegato-trattario verso il creditore-delegatario (primo prenditore o portatore del titolo secondo la c.d. legge di circolazione) che, in linea di principio, può essere revocato in quanto l'art.1270 c.c. dispone: "Il delegante può revocare la delegazione fino a quando il delegato non abbia assunto l'obbligazione nei confronti del delegatario o non abbia eseguito il pagamento a favore di questo."; riferendosi la prima ipotesi alla c.d. delegazione promissoria, e la seconda alla c.d. delegazione di pagamento.

Inoltre l'assegno bancario non integra una ipotesi di delegazione promissoria, ma di mera delegazione di pagamento, poiché la banca trattaria non si obbliga direttamente verso il prenditore del titolo.

Tuttavia la predetta clausola non può ritenersi affetta da alcuna causa di nullità, in quanto integra un atto dispositivo di interessi patrimoniali rimessi al libero esercizio dell'autonomia negoziale dei contraenti, e non si pone in contrasto con principi di ordine pubblico economico.

Ugualmente è a dirsi in ordine al c.d. "gioco delle valute" ed alla "valuta fittizia".

L'art.120 comma 1 del D. Lgs. n. 335 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 disporino)*, atteso che i titoli emessi o tratti su altre filiali o altra 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

\\SERVER\server\ADS\1_Studio\15 - sito ex parte\9.sentenza in lavorazione - archivio\FORMAT 2016.docRivista di informazione giuridica,
registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012,
registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone | Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

credito rappresentano null'altro se non lo *spatium temporis* necessario ad adempiere con la diligenza professionale dovuta ex art.1176 comma 2 cod. civ. 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 elemento 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 cod. civ..., ed evitare la responsabilità per dolo o colpa grave su essa gravante ai sensi dell'art.1836 comma 1 cod. civ..

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

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

Ne consegue inoltre che in difetto di una norma che espressamente e diversamente disponga in tal senso, non può apoditticamente ritenersi vietata la "prassi negoziale" seguita dalle aziende di credito nei 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. (così il Tribunale di Taranto GU dott. Alberto Munno, sent. del 27-07-2011 nel procedimento n. omissis/2004 RGT).

IX.- infondato è il motivo inerente la presunta illiceità del recesso della banca dalle trattative.

Invero la stipula di un accordo diretto a rateizzare la debitoria consolidata non rappresenta certamente un diritto soggettivo per il debitore.

Invero dalla lettura della missiva datata 07 giugno 2011 e diretta da Banca alla società opponente (doc.11 della produzione degli opposenti) la si evince che la Banca manifestò una disponibilità "in linea di massima" alla concessione di un mutuo chirografario di durata pari à 10 anni e di importo pari ad Euro 100.000,00, richiedendo la rinuncia della correntista ad ogni eccezione in merito a tassi di interesse passivo e spese bancarie.

Su questa disponibilità manifestata non si formò alcun accordo, in quanto nella successive missiva del 13 giugno 2011 (doc. 12 della produzione degli opposenti) la società omissis così risponde a Banca a mezzo del proprio legale Avv. omissis:

"E' imprescindibile che il mutuo sia concesso così come richiesto con mia datata 15-04-2011 sia per tasso che per durata. Ciò discende da considerazioni contabili e finanziarie di cui la società omissis vi ha messo al corrente con sua del 20-04-2011. Ne consegue che un mutuo di durata decennale, così come da Voi ipotizzato, non sarebbe di utilità e di interesse alla società mia assistita."

A tale irrigidimento sulla trattativa la Banca non intese più replicare.

E' indubbio che le parti intavolarono una trattativa diretta alla stipula di un atto latamente transattivo, avente ad oggetto la novazione ex art. 1230 c.c. di una preesistente obbligazione derivante da saldo passivo conto corrente con annessa apertura di credito in un mutuo chirografario, essendo presenti gli elementi costitutivi (*obligatio novanda, animus novandi, aliquid novi*).

Sentenza, Tribunale di Taranto, Dott. Alberto Munno del 6 dicembre 2016

L'art. 1326 c.c., sotto la rubrica "conclusione del contratto" dispone: "Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte".

Il comma 5 del medesimo articolo dispone:

"Un' accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta".

Proposta ed accettazione sono entrambi negozi unilaterali che intervengono nella ed progressione negoziale, caratterizzata dalla progressiva formazione del vincolo contrattuale tra le parti; sono entrambi atti recettizi, che producono effetto quando pervengono nella sfera giuridica del destinatario; sono entrambi "negozi preparatori", che preparano la formazione del negozio definitivo costituito dal contratto alla cui conclusione sono preordinati.

Vi è così una fungibilità naturale tra proposta ed accettazione, per cui la seconda, quando per qualsiasi causa dovesse risultare nulla, può avere gli effetti di una proposta.

E così il comma 5 del medesimo articolo 1326 c.c. dispone: "Un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta".

Ne consegue che l'art. 1326 comma 5 c.c. configura un caso di "conversione legale" dell'atto di accettazione che, risultato nullo per non conformità alla proposta e, quindi, per assenza di uno degli elementi costitutivi tipici ed indefettibili dell'atto di accettazione, ovvero sia la conformità piena alla proposta cui è diretta, si converte *ex lege* in una nuova proposta; trattasi di una ipotesi di conversione di un atto unilaterale in un altro atto unilaterale omogeneo.

La missiva del 07 giugno 2011 proveniente da Banca era una accettazione "non conforme" alla proposta di società omissis e, come tale, veniva convertita *ex lege* dall'art. 1326 comma 5 c.c. in una nuova proposta.

Tale nuova proposta della Banca non fu accettata da società omissis e, pertanto, Banca procedette all'azione diretta a recuperare il proprio credito.

X.- L'opposizione avverso il D.L. n. 846 del 2012 si è così rivelata infondata, e deve essere rigettata con condanna degli oppositori alla rifusione di spese e competenze di lite in favore della opposta, in forza della regola di soccombenza processuale di cui all'art. 91 c.p.c..

P.Q.M.

a) rigetta l'opposizione avverso il D.L. n. 846 del 2012;

b) condanna gli oppositori alla rifusione di spese e competenze di lite in favore della opposta, che liquida in Euro 5500,00 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 2 dicembre 2016.

Depositata in Cancelleria il 6 dicembre 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**