

ISSN 1593-7305

N. 4 APRILE 2015 • Anno XXXI

RIVISTA MENSILE

de *Le Nuove Leggi Civili Commentate*

1985-2015

30^{anni}
di NGCC

LA NUOVA
GIURISPRUDENZA
CIVILE
COMMENTATA

a cura di
Guido Alpa e Paolo Zatti

*La Rivista contribuisce a sostenere la ricerca giusprivatistica
nell'Università di Padova*

PAOLO BONTEMPI

Forma e sostanza nei contratti bancari



concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento, in *Fallimento*, 2013, 271.

Sull'affermazione che la cristallizzazione dei crediti comporta la inoperatività anche della cessione del credito in garanzia in fattispecie «a cavallo» delle procedure concorsuali si veda INZITARI, *La cessione del credito a scopo di garanzia: inefficacia e inopponibilità ai creditori dell'incasso dal cessionario nel fallimento, nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 156.

Chiarisce che, nei precedenti della Cassazione favorevoli alla sopravvivenza della clausola di compensazione, l'incasso degli effetti anticipati dalla banca era avvenuto nel corso della procedura di amministrazione controllata: TARZIA, *Anticipazioni su ricevute bancarie ed accredito in conto delle somme*

riscosse durante l'amministrazione controllata, in *Fallimento*, 1998, 56; FRIGENI, *op. cit.*, 557, nt. 50.

Sull'opinione favorevole all'applicazione degli artt. 72 ss. l. fall. al concordato preventivo si veda CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *www.il-caso.it*, articoli, 11.3.2013, 2.

Sull'inapplicabilità al concordato preventivo dell'art. 78 l. fall. si veda invece MARINUCCI, *Concordato preventivo e autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dei contratti in corso: la (supposta) necessaria attuazione del contraddittorio nei confronti del contraente in bonis*, in *Corr. giur.*, 2014, 960.

PAOLO BONTEMPI

► TRIB. MILANO, 4.8.2014

CONTRATTI BANCARI - FORMA SCRITTA - ACCETTAZIONE DELLA BANCA - MANCANZA - IRRILEVANZA - DOCUMENTO FIRMATO DAL CLIENTE - PRODUZIONE IN GIUDIZIO - SUFFICIENZA - ESTRATTI CONTO - INVIO AL CLIENTE - PROVA DEL PERFEZIONAMENTO DEL CONTRATTO - SUSSISTENZA (cod. civ., artt. 1325, n. 4, 1326, 1327, 1333; d. legis. 1°9.1993, n. 385, art. 117) (a)

CONTRATTI BANCARI - FORMA SCRITTA - FIDEIUSSIONE - PERFEZIONAMENTO - PROPOSTA DEL FIDEIUSSORE - MANCANZA DI RIFIUTO DELLA BANCA - SUFFICIENZA - ACCETTAZIONE DELLA BANCA - NECESSITÀ - ESCLUSIONE (cod. civ., artt. 1325, n. 4, 1333, 1936; d. legis. 1°9.1993, n. 385, art. 117) (b)

CONTRATTI BANCARI - CONTO CORRENTE BANCARIO - CREDITO DELLA BANCA - PROVA - ESTRATTI CONTO - FIDEIUSSIONE - LIMITE DELLA GARANZIA INFERIORE AL SALDO - MANCANZA DI UN TRIMESTRE - IRRILEVANZA (cod. civ., artt. 1832, 1857, 1936, 1941, 2697; d. legis. 1°9.1993, n. 385, art. 50, 119) (c)

CONTRATTI BANCARI - APERTURA DI CREDITO - COMMISSIONI DI MASSIMO SCOPERTO -

DISCIPLINA ANTERIORE ALLA L. N. 2/2009 - NULLITÀ PER DIFETTO DI CAUSA - ESCLUSIONE (cod. civ., art. 1346; d.l. 29.11.2008, n. 185 convertito nella l. 28.1.2009, n. 2, art. 2 bis) (d)

CONTRATTI BANCARI - PEGNO - STRUMENTI FINANZIARI - SCADENZA - RICAVATO - SOMME DI DENARO - PEGNO IRREGOLARE - CONVERSIONE - INCAMERAMENTO DELLE SOMME - DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO - VIOLAZIONE - INSUSSISTENZA (cod. civ., artt. 1851, 2744) (e)

(a) **La produzione, da parte della banca in fase monitoria, del documento firmato dal correntista con la dicitura «per la banca» fa ragionevolmente presumere che al cliente sia stata consegnata la copia con la sottoscrizione del funzionario della banca e che il contratto si sia perfezionato con lo scambio delle dichiarazioni sottoscritte da cliente e banca, non essendo necessaria ex art. 117 t.u.b. la simultaneità delle sottoscrizioni. Va aggiunto che la volontà della banca di volersi avvalere della dichiarazione negoziale sottoscritta dal cliente, volontà ribadita mediante la produzione dei documenti contrattuali in fase monitoria, si desume dall'invio degli estratti conto al correntista,**

da cui si evince che, nel corso del rapporto, sono state applicate dalla banca le condizioni concordate nel contratto sottoscritto dal cliente e tale volontà realizza un valido equivalente della sottoscrizione della banca eventualmente mancante, con conseguente perfezionamento del contratto.

(b) L'obbligazione fideiussoria, quale promanante da un contratto unilaterale con obbligazioni a carico di una sola parte, si perfeziona ex art. 1333 cod. civ. sulla base della proposta del fideiussore non rifiutata dal creditore e non richiede, quindi, perché si perfezioni, l'accettazione espressa di quest'ultimo.

(c) È irrilevante, rispetto al fideiussore, il fatto che la banca non abbia prodotto tutti gli estratti conto e gli scalari, omettendo la produzione di un trimestre, laddove il saldo debitore risulti superiore al limite della fideiussione, anche se si considerasse non dimostrato l'incremento del debito durante il periodo a cui si riferiscono gli estratti conto non prodotti.

(d) La pattuizione della commissione di massimo scoperto alla stregua della disciplina antecedente la riforma della l. n. 2/2009 non può dirsi nulla per difetto di causa, considerato che si tratta di remunerazione accordata dalla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma.

(e) Il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha presunto, alla stregua dell'*id quod plerunque accidit*, che in siffatta convenzione il creditore pretenda una garanzia eccedente il credito, sicché, ove questa sproporzione manchi – come nel pegno irregolare – l'illiceità della causa è esclusa.

dal testo:

Il fatto. I motivi. I sig.ri Tizio e Caio hanno

proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 24405 emesso da questo Tribunale in data 7.7.2009 nei loro confronti quali fideiussori di Alfa s.r.l., su ricorso di Beta.

Il decreto è stato emesso nei confronti della debitrice principale per la somma di € 261.631,92 oltre interessi, di cui € 57.838,14 per il saldo del conto corrente n. 10265 stipulato in data 15.7.2005 ed € 203.793,78 a titolo di residuo del finanziamento di originari € 250.000,00 concesso in data 6.10.2006. Il decreto è stato emesso nei confronti degli opposenti per la minor somma di € 162.500,00, limite questo della fideiussione rilasciata in data 13.10.2006 per il prestito finanziario.

Gli opposenti hanno formulato contestazioni che attengono al saldo del conto corrente alle quali ha replicato l'opposta e, quindi, dalle allegazioni complessive delle parti si desume che nel saldo del conto corrente sono confluiti gli addebiti per il mancato rimborso del finanziamento, del quale gli opposenti rispondono come fideiussori.

Gli opposenti hanno dedotto la nullità del contratto di conto corrente e di quello di finanziamento ex art. 117 D. legisl. N. 385/1993 – TUB per mancanza di accettazione scritta delle proposte negoziali di Alfa s.r.l. da parte della banca e la conseguenza nullità della fideiussione concessa con riferimento al finanziamento.

L'eccezione è infondata.

La banca ha prodotto il modulo del contratto di conto corrente in data 15.7.2005 con le condizioni economiche ed il documento di sintesi sottoscritti da Alfa srl (doc. 3). Ha prodotto, inoltre, la domanda di prestito finanziario con le condizioni economiche, sottoscritta da Alfa srl (doc. 3 e 6). L'opposta ha rilevato che Alfa si tratta delle copie dei contratti sottoscritti dalla cliente, controfirmati dal funzionario della banca per autentica di firma e verifica dei poteri del sottoscrittore. Tale copia è rimasta nella disponibilità della banca, come si desume dalla dicitura in calce alle pagine "per la banca". L'opposta ha affermato che la copia per il cliente sottoscritta dalla banca per accettazione era stata consegnata alla correntista e ha richiamato i principi espressi da Cassazione n. 4564/2012 sulla forma scritta del contratto di conto corrente.

In effetti tali principi sono pertinenti al caso

in esame, considerato che la nullità per difetto di forma scritta *ex art.* 117 TUB è relativa, rilevabile solo da cliente, in quanto la sanzione della nullità è prevista a protezione del cliente e non anche a tutela della banca.

Il fatto che l'opposta abbia prodotto in fase monitoria il documento firmato da Alfa s.r.l. con la dicitura "per la banca" fa ragionevolmente presumere che alla cliente sia stata consegnata la copia con la sottoscrizione del funzionario della banca e che il contratto si sia perfezionato con lo scambio delle dichiarazioni negoziali sottoscritte da cliente e banca, non essendo necessaria *ex art.* 117 TUB la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti.

Va aggiunto che, comunque, nel caso in esame, è evidente la volontà manifestata dalla banca nel corso del rapporto di volersi avvalersi della dichiarazione negoziale sottoscritta dalla cliente, volontà ribadita mediante la produzione dei documenti contrattuali in fase monitoria. Tale volontà si desume dall'invio degli estratti conto alla correntista, da cui si evince che nel corso del rapporto sono state applicate dalla banca le condizioni concordate nel contratto sottoscritto dalla cliente e tale volontà realizza un valido equivalente della sottoscrizione della banca eventualmente mancante, con conseguente perfezionamento del contratto (Cass. N. 4564/12, Cass. 16.10.1969 n. 3338; Cass. 22.5.1979, n. 2952; Cass. 18.1.1983 n. 469; Cass. 5868/94; Cass. 2826/00; Cass. 9543/02; Cass. 22223/06).

È infondata, inoltre, l'eccezione degli opposenti di nullità della fideiussione da essi sottoscritta in data 13.10.2006 (doc. 8), per mancanza di accettazione scritta della banca.

L'obbligazione fideiussoria, quale promanante da un contratto unilaterale con obbligazioni a carico di una sola parte, si perfeziona *ex art.* 1333 c.c. sulla base della proposta del fideiussore non rifiutata dal creditore e non richiede, quindi, perché si perfezioni, l'accettazione espressa di quest'ultimo (Cass. N. 17641/2012; Cass. N. 13652/2006).

È infondata la contestazione degli opposenti circa la prova dell'ammontare dei crediti oggetto del decreto ingiuntivo.

La banca ha prodotto, infatti, i contratti azionati in via monitoria e, in fase d'opposizione, copia degli estratti del conto corrente, dal-

l'apertura del rapporto alla chiusura e copia del piano di ammortamento del finanziamento (doc. 3 e 4). Da tali documenti si evince il saldo debitore dei rapporti certificato nell'estratto conto prodotto *ex art.* 50 TUB in fase monitoria.

È poi irrilevante rispetto agli opposenti il fatto che la banca non abbia prodotto gli estratti conto del trimestre aprile-giugno 2008 (cfr. memoria degli opposenti 18.4.2011). La banca ha prodotto, infatti, gli estratti conto e gli scalari sino al 31.3.2008 con un saldo debitore di € 52.695,11 e gli estratti conto dal 7.10.2008 sino alla chiusura, da cui risulta un saldo debitore di € 54.981,49 (cfr. estratto conto al 31.12.2008).

Rimarrebbe, quindi, comunque invariata l'esposizione debitoria dei garanti entro il limite della fideiussione di € 162.500,00, oggetto del decreto ingiuntivo, anche se si considerasse non dimostrato l'incremento del debito nella misura di € 2.286,38 per la soluzione di continuità nella produzione degli estratti conto relativi ad un trimestre, in quanto il decreto ingiuntivo nei confronti dei fideiussori ammonta alla minor somma di € 162.500,00 a fronte del debito della debitrice principale pari ad € 261.631,92, di cui € 203.793,78 per il residuo del finanziamento.

È infondata, inoltre, la contestazione degli addebiti per anatocismo.

Il contratto di conto corrente è stato stipulato nel 2005 in data successiva all'entrata in vigore della Delibera CICR del 2000 e le pattuizioni economiche prevedono la capitalizzazione trimestrale degli interessi, senza distinzione fra quelli debitori e quelli creditori, ossia con stessa periodicità nel conteggio. La pattuizione sull'anatocismo è dunque conforme alle disposizioni dell'art. 120, II comma TUB aggiunto dall'art. 25, II comma D. Legisl. N. 342/1999.

È infondata anche l'affermazione della nullità della clausola relativa alla commissione di massimo scoperto.

Va premesso che gli addebiti per CSM si riferiscono solo al rapporto di conto corrente e che il rapporto si è chiuso in data antecedente l'entrata in vigore della legge n. 2/2009 sulle CMS. Nelle condizioni economiche del contratto di conto corrente è specifica e determinata *ex art.* 1346 c.c. la pattuizione per la

“commissione trimestrale sul massimo scoperto applicata sulla punta di massima esposizione di ogni singola divisa verificatasi nel trimestre di riferimento: entro il limite dell'affidamento concesso: 1,0000%; oltre il limite dell'affidamento concesso e per scoperto di conto: 1,0000%”.

La pattuizione alla stregua della disciplina antecedente la riforma della legge n. 2/2009 non può dirsi nulla per difetto di causa, considerato che si tratta di remunerazione accordata dalla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma (Cass. n. 11771/02; Cass. N. 870/06).

Per quanto esposto sull'infondatezza delle contestazioni relative all'ammontare del credito, non si deve procedere al ricalcolo del saldo del conto corrente mediante la CTU contabile richiesta dagli opposenti.

Ne consegue il rigetto dell'opposizione al decreto ingiuntivo e della domanda subordinata di rideterminazione del rapporto di dare avere fra le parti.

Gli opposenti hanno formulato, inoltre, nei confronti di Beta domanda volta ad ottenere la restituzione della somma di € 50.337,50 ciascuno, a loro dire illegittimamente sottratta dai loro conti correnti.

Al riguardo gli opposenti hanno affermato che la banca – senza autorizzazione – aveva venduto i titoli obbligazionari giacenti sui loro conti-titoli ed aveva indebitamente incassato i proventi della vendita degli stessi, previo giroconto sui rispettivi conti correnti personali. Gli opposenti hanno dedotto che la banca aveva dato esecuzione ad una presunta garanzia personale, soddisfacendo il credito verso la società Alfa s.r.l. col ricavato della vendita di quanto depositato sui loro conti titoli. Gli opposenti hanno aggiunto che tale condotta illegittima della banca costituiva una palese violazione degli artt. 1963 e 2744 c.c. sul divieto di patto commissorio, sia che si trattasse di pegno irregolare che di pegno regolare.

La banca ha replicato, sulla base dei documenti prodotti (n. 5-9 opposizione), che il sig. Tizio: con contratto del 6.10.2006 aveva costituito in pegno titoli per il valore nominale di € 50.000,00 con scadenza 3.10.2008, a garanzia delle obbligazioni assunte da Alfa s.r.l. col pre-

stato finanziario, oltre interessi. I titoli, pervenuti alla naturale scadenza, erano stati liquidati per € 50.506,25. La banca, con lettera raccomandata del 2.2.2009, aveva comunicato al sig. Tizio di avere revocato gli affidamenti concessi alla correntista, precisando: “dobbiamo sin d'ora preavvisarla che qualora la Alfa s.r.l. non dovesse provvedere a rimborsare le nostre ragioni di credito...ci vedremo costretti ad agire giudizialmente anche nei suoi confronti con riferimento all'atto di pegno da lei a suo tempo costituito a nostro favore ed in conformità ai relativi patti, trascorsi ulteriori quindici giorni, a procedere alla vendita forzata dei titoli, incamerando il netto ricavo a parziale rimborso del credito da noi vantato”. L'opposta ha riferito che, pertanto, la somma ricavata dalla vendita dei titoli era stata legittimamente portata a debito dell'esposizione debitoria oggetto del decreto ingiuntivo, successivamente alla sua emissione.

Analogamente il sig. Caio con contratto del 27.10.2005 aveva costituito in pegno titoli per il valore nominale di € 50.000,00 con scadenza 1.8.2008, a garanzia delle obbligazioni assunte da Alfa s.r.l. in relazione all'apertura di credito in conto corrente per € 50.000,00 alla stessa accordato, oltre interessi. I titoli alla scadenza erano stati liquidati per € 50.337,50 e la banca con lettera raccomandata aveva comunicato al sig. Caio di avere revocato gli affidamenti concessi alla società, con avvertimento analogo a quello sopra trascritto quanto all'incameramento del netto ricavo a parziale rimborso del credito vantato nei confronti di Alfa s.r.l.

L'operazione d'incameramento dei pegni documentata dalla banca è conforme alle previsioni dei contratti costitutivi del pegno su titoli obbligazionari, sottoscritti dai sig.ri Tizio e Caio.

La clausola di cui all'art. 3 delle condizioni generali, relative all'estensione e trasferimento del pegno, stabilisce che “in caso di rimborso totale o parziale dei titoli, la garanzia pignoratizia si trasferisce sulle somme incassate che sono accreditate al costituente in pegno in un conto indisponibile”. Si tratta, quindi, di un meccanismo contrattuale che prevede il pegno irregolare *ex art.* 1851 c.c. sulle somme riscosse alla scadenza dei titoli.

In base a questa clausola il pegno alla sca-

denza dei titoli si è trasferito in favore della banca sulle somme incassate ed accreditate nei rispettivi conti dei sig.ri Tizio e Caio. È legittimo, quindi, il successivo incameramento delle somme, mediante giroconto, a soddisfacimento dei crediti della banca verso la debitrice principale Alfa s.r.l., specificati nei contratti costitutivi del pegno, senza che ciò costituisca violazione del divieto di patto commissorio.

Il legislatore, nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha presunto, alla stregua dell'“*id quod plerumque accidit*”, che in siffatta convenzione il creditore pretenda una garanzia eccedente il credito, sicché, ove questa sproporzione manchi – come nel pegno irregolare – l'illiceità della causa è esclusa (Cass. N. 10986/2013).

Ne consegue il rigetto della domanda risarcitoria degli opposenti.

Ne discendono altresì il rigetto della domanda riconvenzionale del sig. Tizio di restituzione della somma incamerata dalla banca ad estinzione del credito di € 50.000,00 per l'apertura di credito in favore di Alfa s.r.l. ed il rigetto della domanda del sig. Tizio di restituzione della somma incamerata ad estinzione parziale del maggior debito di € 203.793,78 per il prestito finanziario di originari € 250.000,00, oggetto di pegno.

Riguardo al debito del sig. Caio l'opposta, a seguito dell'incameramento del pegno sulla somma di € 50.506,00 (doc. 9), ha chiesto la condanna al pagamento della minor somma di € 111.993,75 oltre interessi al tasso convenzionale Euribor 6 mesi (360) + 1,75% + 2% dal 1.1.2009 al saldo, rispetto al credito oggetto del decreto ingiuntivo pari ad € 162.500,00.

Da quanto esposto consegue che il decreto ingiuntivo nei confronti del sig. Caio dev'essere revocato e lo stesso dev'essere condannato a pagare la somma residua di € 111.993,75 oltre interessi al tasso Euribor 6 mesi (360) + 1,75% + 2% dal 1.1.2009 al saldo. Di tale importo è stato ingiunto il pagamento con ordinanza *ex art. 186 ter cpc* in data 17.2.2011, emessa sulla base delle connesse istanze dell'opposta di concessione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo e d'intimazione di pagamento limitatamente alla minor somma di € 111.993,75 oltre interessi al tasso Euribor 6 mesi (360) + 1,75% + 2% (cfr. comparsa di costituzione). (*Omissis*).

Per il principio della soccombenza le spese del decreto ingiuntivo confermato rimangono a carico del sig. Tizio, le spese liquidate in via anticipata nell'ingiunzione di pagamento nei confronti del sig. Caio: rimangono assorbite nelle spese liquidate in via definitiva nel dispositivo. Tali spese si liquidano in favore dell'opposta e della terza chiamata, a carico degli opposenti, secondo i parametri del DM n. 55/2014 in base al valore della causa ed all'attività svolta dalla difesa delle parti. (*Omissis*).

[MONTE G. Un.]

Nota di commento: «*Forma e sostanza nei contratti bancari*» [★]

I. Il caso

Una banca agisce in via monitoria contro un debitore principale ed i suoi fideiussori per il recupero di crediti maturati nel corso di un rapporto di conto corrente bancario e da un contratto di finanziamento.

Propongono opposizione i fideiussori, eccependo la mancanza della prova del perfezionamento dei contratti bancari posti a fondamento del credito oggetto del decreto ingiuntivo opposto, credito del quale deducono comunque l'eccessività per avere la banca applicato interessi, commissioni e spese che assumono illegittimi.

La contestazione si estende anche ad alcuni pegni su titoli obbligazionari costituiti dagli stessi fideiussori, il cui ricavato alla scadenza era stato a sua volta costituito in pegno irregolare e quindi incassato dalla banca.

Le articolate eccezioni sollevate dagli opposenti inducono il Tribunale di Milano ad approfondire e risolvere una serie di questioni di particolare interesse e nello specifico: 1) *il problema delle modalità di perfezionamento e della prova dei contratti bancari*; 2) *il problema della prova del credito azionato dalla banca e la rilevanza della mancata produzione in giudizio di parte degli estratti conto riferiti all'intera durata del rapporto*; 3) *il problema dell'anatocismo bancario e delle commissioni di massimo scoperto*; 4) *il problema del rapporto tra divieto di patto commissorio e pegno irregolare*.

[★] Contributo pubblicato in base a *referee*.

II. Le questioni

1. LA FORMA E LA PROVA DEI CONTRATTI BANCARI. È noto che, a norma dell'art. 117, commi 1° e 3°, t.u.b. (d. legis. 1°.9.1993, n. 385), i contratti bancari debbono rivestire, a pena di nullità, la forma scritta.

Tale formalità si considera soddisfatta anche in caso di contratti conclusi con strumenti informatici o telematici ex art. 15, comma 2°, l. 15.3.1997, n. 59, purché sottoscritti con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale formata nel rispetto delle regole tecniche di cui all'art. 20, comma 3°, d. legis. 7.3.2005, n. 82 (*Codice dell'amministrazione digitale*), in modo tale da garantire l'identificabilità del suo autore.

Fanno eccezione a questa regola generale i casi stabiliti dalle Autorità di vigilanza, in forza della delega attribuita dall'art. 117, comma 2°, t.u.b., in cui tale forma non è necessaria (indicati dalla Banca d'Italia alla Sezione III, art. 2 delle istruzioni del 29.7.2009, in esecuzione di quanto previsto dall'art. 10 delibera CICR 4.3.2003, n. 286 in tema di trasparenza bancaria).

La mancata osservanza della forma prescritta determina la nullità del contratto, ancorché tutte le nullità in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali, nonché di rapporti bancari e finanziari possano essere invocate solo dal cliente (nullità relative) o rilevate d'ufficio solo se favorevoli allo stesso (il che ha indotto la giurisprudenza ad applicare a favore del cliente, che non aveva sollevato l'eccezione di nullità, contratti bancari cosiddetti *amorfi*, cioè privi della forma richiesta *ad substantiam*, come nel caso deciso da TRIB. TORINO, 31.10.2014, *infra*, sez. III).

Oltre alla redazione per iscritto (o in altra forma prevista dal CICR), il comma 1° dell'art. 117 t.u.b. impone alla banca o all'intermediario finanziario di consegnare «un esemplare» del contratto al cliente.

Si tratta di un obbligo di comportamento teso ad agevolare l'esercizio dei diritti dell'utente e non può ricondursi ad elemento della forma dei contratti.

Ne consegue che, in caso di inadempimento, non potrà essere invocata la nullità del contratto, ma il cliente avrà il diritto di chiedere l'adempimento coattivo oppure il risarcimento di un eventuale danno.

Tuttavia, la mancanza di prova da parte della banca di aver consegnato al cliente un originale del contratto bancario da essa sottoscritto in segno di accettazione di quella che normalmente è la proposta proveniente dal cliente può comportare rilevanti problemi in termini di prova in giudizio dell'esistenza e della validità del negozio, com'è accaduto nel caso esaminato dalla sentenza in commento.

Infatti, esiste un orientamento giurisprudenziale

che sostiene che il requisito della forma scritta richiesto *ad substantiam* dalla normativa bancaria e finanziaria (sia dall'art. 117 t.u.b. sia dall'art. 23 t.u. sulla finanza approvato con d. legis. 24.2.1998, n. 58) imponga la produzione in giudizio non solo di un atto sottoscritto dal cliente (risparmiatore o investitore), ma anche di un conforme documento sottoscritto dall'intermediario, non potendo altrimenti considerarsi conclusa e provata la fattispecie negoziale descritta dall'art. 1326 cod. civ., con conseguente invalidità degli atti posti in essere in esecuzione del contratto.

Si replica a questo orientamento che, seguendo un indirizzo ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità e di merito, la produzione in giudizio di una scrittura privata ad opera della parte che non l'abbia sottoscritta costituisce equipollente della mancata sottoscrizione contestuale e pertanto perfeziona, sul piano sostanziale, il contratto in essa contenuto (fra le tante, Cass., 11.3.2000, n. 2826, in *Contratti*, 2000, 1093).

La regola è però ritenuta valida purché la controparte non abbia revocato il proprio consenso prima della produzione del documento contrattuale o non sia deceduta.

A questo proposito alcune sentenze hanno chiarito che la revoca del consenso deve presumersi in capo al soggetto che promuove un'azione di nullità del contratto contro la parte che non lo aveva sottoscritto, con conseguente irrilevanza della successiva produzione del documento negoziale.

Nella sentenza annotata il Trib. Milano supera questi formalismi, facendo prevalere la sostanza e desumendo, dalla produzione in giudizio del documento contrattuale firmato dal correntista con la dicitura «per la banca», che al cliente fosse stata consegnata la copia con la sottoscrizione del funzionario dell'istituto di credito e che il contratto fosse stato quindi perfezionato mediante lo scambio delle dichiarazioni sottoscritte da entrambe le parti.

Aggiunge il Tribunale che, non essendo necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni per soddisfare la forma richiesta dall'art. 117 t.u.b., la volontà della banca di volersi avvalere della dichiarazione negoziale sottoscritta dal cliente possa anche essere desunta dalla produzione degli estratti conto inviati al correntista, da cui si evince la conferma delle condizioni concordate.

Sul punto la giurisprudenza di merito continua ad essere divisa.

Parte di essa attribuisce infatti rilevanza al fatto che, successivamente all'avvenuta sottoscrizione di un contratto bancario o finanziario da parte del solo cliente, si sia avuta la manifestazione di volontà della banca di avvalersene, la quale può risultare da plurimi atti posti in essere nel corso del rapporto, come,

ad esempio, dalla comunicazione degli estratti conto e/o dalla comunicazione delle conferme di avvenuta esecuzione delle operazioni di investimento, la cui ricezione non sia contestata dal cliente (TRIB. ROMA, 4.2.2011, *infra*, sez. III).

Anche i giudici di legittimità (CASS., 22.3.2012, n. 4564, *infra*, sez. III) hanno ritenuto che, laddove venga allegato l'originale firmato dal cliente/investigatore con la dicitura «*un esemplare del presente contratto ci è stato da voi consegnato*», allora l'invio degli estratti conto o l'esecuzione di operazioni che costituiscono lo sviluppo del rapporto contrattuale confermi l'avvenuto perfezionamento del contratto.

Questo modo di attribuire rilevanza alla volontà negoziale manifestata dall'intermediario finanziario non pare coerente con l'orientamento espresso, anche recentemente, dalla Supr. Corte (CASS., 22.3.2013, n. 7283, in *Mass. Giust. civ.*, 2013), la quale ha precisato che la mancanza di un contratto finanziario scritto non rende possibile la ratifica tacita, tantomeno se la si voglia far coincidere con l'invio dei rendiconti dalla banca al cliente. Una ratifica tacita sarebbe infatti affetta dal medesimo vizio di forma proprio del contratto che si vorrebbe ratificare.

In effetti, occorre distinguere gli atti che comportano il perfezionamento di un contratto formale, in quanto inequivocabilmente espressivi della volontà di pervenire allo scambio dei consensi (ad esempio la produzione in giudizio dell'originale firmato dalla controparte che non abbia revocato il proprio consenso), dagli atti che ne costituiscono esecuzione.

I primi si riferiscono al momento genetico del negozio e ne integrano gli indispensabili requisiti di forma, quali elementi intrinseci essenziali, che hanno natura costitutiva dell'accordo, tant'è vero che non possono formare oggetto né di prova testimoniale né di confessione, le quali costituirebbero fatti esterni al contratto (CASS., 2.1.1997, n. 2, in *Mass. Giust. civ.*, 1997; CASS., 7.4.2005, n. 7274, *ivi*, 2005).

I secondi si riferiscono al momento esecutivo e ne presuppongono il già avvenuto perfezionamento, ma non possono né sostituire né confermare quegli elementi essenziali che costituiscono lo strumento necessario ed insostituibile per la valida manifestazione della volontà produttiva degli effetti del negozio.

Conseguentemente, questi ultimi non possono rilevare per dimostrare l'avvenuto perfezionamento di un contratto formale, perché ciò equivarrebbe a voler dimostrare l'esistenza di un titolo dai suoi effetti, il che, se è ammissibile per i negozi non formali (perfezionabili o comprovabili anche *per facta concludentia*), non lo è per quelli che richiedono la forma scritta *ad substantiam*.

Il problema del formale scambio dei consensi è superato solo nel caso in cui il contratto preveda ob-

bligazioni per il solo proponente (com'è per la fideiussione), il quale si perfeziona sulla base di una semplice proposta della parte obbligata non seguita dal rifiuto della parte beneficiaria di quella obbligazione, senza che sia richiesta alcuna specifica accettazione (art. 1333 cod. civ.).

È evidente però che, nel caso della fideiussione, che pure rientra nella categoria dei contratti con obbligazioni del solo proponente, il contenuto dell'obbligazione del fideiussore coincide, in forza del principio della accessorietà (artt. 1941, 1942 e 1945 cod. civ.), con l'obbligazione del debitore principale. Pertanto, ove quest'ultima derivi da un contratto bancario, essa dovrà risultare da un titolo formale, con conseguente riemersione di tutti i problemi che si sono esaminati.

La soluzione offerta dalla sentenza annotata pare però corretta in quanto la banca aveva prodotto i contratti bancari di cui era causa (un contratto di conto corrente bancario ed un contratto di mutuo) fin dalla fase monitoria, impedendo quindi che la successiva proposizione dell'eccezione di nullità dei medesimi per difetto di forma (sollevata in fase di opposizione a decreto ingiuntivo) potesse valere quale revoca del consenso ad opera degli opposenti.

2. LA PROVA DEL CREDITO DELLA BANCA E LA PRODUZIONE DEGLI ESTRATTI CONTO. Si è ormai affermato in giurisprudenza il principio secondo cui, laddove la banca agisca in giudizio per ottenere il pagamento di un proprio credito verso il cliente, essa ha l'onere di produrre tutti gli estratti conto fin dall'inizio del rapporto, per dimostrare la genesi e l'evoluzione del saldo creditore azionato.

L'onere di produrre tutti gli estratti conto non trova deroga neppure nel caso in cui essi risalgano ad epoca antecedente i 10 anni che costituisce il limite temporale oltre al quale la banca non ha l'obbligo di conservarli *ex art.* 119 t.u.b.

Solo in fase monitoria è sufficiente produrre l'ultimo estratto conto certificato conforme *ex art.* 50 t.u.b., ma la sua efficacia probatoria non si estende al successivo giudizio di opposizione in caso di contestazione da parte del cliente.

Pertanto, in mancanza della produzione di tutti gli estratti conto, in caso di contestazioni da parte del cliente, il credito della banca si computa partendo da cosiddetto «saldo zero», ossia si considera che il saldo creditorio parta da zero a decorrere dal primo degli estratti conto prodotti, a prescindere da quanto da esso risulti contabilmente a credito della banca.

Il discorso si inverte ove sia invece il cliente ad agire in giudizio per la ripetizione di somme che assuma essere state indebitamente addebitate o pagate (ad esempio per illegittima applicazione di interessi

anatocistici, usurari o ultra legali): in sostanza, laddove la banca sia convenuta con un'azione di ripetizione di indebito, spetta all'attore in ripetizione fornire prova del proprio preteso credito restitutorio e quindi produrre tutti gli estratti conto e gli scalari da cui possa trovare conferma sia l'applicazione di interessi, spese o commissioni illegittimi sia l'entità delle somme da restituire.

Sul punto la sentenza annotata presenta un elemento di novità, rappresentato dalla precisazione che, nel caso in cui la banca produca gli estratti conto dall'inizio alla fine del rapporto, ma ometta la produzione di quelli riferiti ad un (breve) periodo intermedio (nel caso di specie l'omissione riguardava due trimestri), tale soluzione di continuità non inficia la prova del credito, soprattutto laddove il saldo finale sia di gran lunga superiore alla somma massima garantita dal fideiussore contro cui abbia agito e l'incremento del debito bancario durante il periodo a cui si riferiscono gli estratti conto mancanti sia modesto.

Il principio appare corretto in quanto, a tutto concedere, l'unica conseguenza ipotizzabile, in conseguenza della mancanza di alcuni estratti conto riferiti ad un periodo intermedio del rapporto bancario, sarebbe la necessità di procedere a ricondurre il saldo di partenza dell'estratto conto subito successivo a quelli mancanti a quello finale dell'estratto conto immediatamente precedente.

Si tratterebbe quindi tutt'al più di procedere al ricalcolo del saldo finale, partendo da quello dell'ultimo estratto conto prima di quelli mancanti e conteggiando su quel saldo gli interessi, le spese e le commissioni contrattualmente previste.

Tale operazione risulterà effettivamente inutile laddove la banca agisca per un credito notevolmente inferiore al saldo finale pur decurtato dell'incremento registrato nel periodo per il quale mancano gli estratti conto.

3. ANATOCISMO E COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO. È ormai noto che il d. legis. 4.8.1999, n. 342, recante modifiche al t.u.b., sostituendo l'art. 120, comma 2°, t.u.b., ha previsto la generale ammissibilità dell'anatocismo bancario applicato ai contratti bancari stipulati dopo la pubblicazione del citato decreto legislativo, purché adeguato alle modalità ed ai criteri per la produzione di interessi sugli interessi indicati con apposita delibera del CICR e purché al cliente venga assicurata la stessa periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori.

Il CICR ha provveduto a determinare le modalità ed i criteri di maturazione degli interessi anatocistici con delibera del 9.2.2000 (pubblicata in G.U. n. 43 del 22.2.2000), entrata in vigore il 22.4.2000.

È quindi ormai chiaro che, per i contratti di conto

corrente bancario conclusi successivamente alla delibera CICR del 9.2.2000 è consentita, in deroga al divieto generalizzato di cui all'art. 1283 cod. civ., la capitalizzazione infrannuale degli interessi.

Sotto questo profilo la sentenza che si annota costituisce corretta applicazione della disciplina riformata ai contratti bancari conclusi successivamente alla sua entrata in vigore.

Più interessante, perché risolutivo di un tema oggi più dibattuto, è la questione della validità della commissione di massimo scoperto prevista frequentemente nei contratti bancari prima della riforma legislativa di cui sta per dirsi.

La commissione di massimo scoperto costituisce un corrispettivo per la messa a disposizione di fondi da parte della banca nell'ambito di rapporti di conto corrente bancario.

La Corte di Cassazione ne ha fornito una definizione, qualificandola come «*la remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma*» (CASS., 18.1.2006, n. 870, *infra*, sez. III).

La medesima commissione era poi costantemente considerata dalla Banca d'Italia e quindi implicitamente riconosciuta come legittima in quanto inserita nei periodici decreti ministeriali di rilevazione dei tassi annui effettivi globali medi ai fini del calcolo del tasso soglia per ai fini dell'usura (facendone oggetto di separata considerazione).

Con l'entrata in vigore dell'art. 2 *bis* d.l. 29.11.2008, n. 185, convertito con modificazioni nella l. 28.1.2009, n. 2, la commissione di massimo scoperto è stata vietata se applicata su conti correnti non affidati.

Il legislatore aveva invece offerto la possibilità di prevedere, sui conti affidati, un corrispettivo per la messa a disposizione dei fondi (denominata *commissione di affidamento*) o un interesse maggiorato in caso di sconfinamento, oltre ad una *commissione di istruttoria veloce*.

I commi 1° e 3° dell'art. 2 *bis* d.l. n. 185/2008 convertito nella l. n. 2/2009 (che prevedevano le commissioni applicate sui saldi a debito del cliente o sugli affidamenti) sono stati poi abrogati dall'art. 27, comma 4°, d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito con modificazioni nella l. 24.3.2012, n. 27.

Pertanto la possibilità di pattuire commissioni di massimo scoperto (riferita all'effettivo utilizzo dei fondi) è stata definitivamente eliminata ed è rimasta solo la possibilità di prevedere commissioni di affidamento o commissioni di istruttoria veloce, la cui disciplina è oggi contenuta nell'art. 117 *bis* t.u.b. e nel decr. d'urgenza 30.6.2012, n. 644 emanato dal Ministro dell'economia e delle finanze quale Presidente del CICR.

Il passaggio dalla vecchia commissione di massimo scoperto alle nuove commissioni di affidamento o di istruttoria veloce è stato spesso attuato dalle banche a mezzo della procedura di cui all'art. 118 t.u.b.

Il ricorso a tale procedura è stato ritenuto ammissibile dalla giurisprudenza prevalente dell'A.B.F. «in quanto conforme al disposto del comma 3° dell'art. 2 bis del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, ove esplicitamente si prevede il ricorso all'istituto dello *ius variandi* di cui all'art. 118 TUB» (così testualmente A.B.F. MILANO, 12.4.2012, n. 1073, *infra*, sez. III).

È rimasto però il problema della legittimità dell'applicazione dell'abrogata commissione di massimo scoperto per il periodo antecedente la riforma del 2008.

Sul punto si sono sviluppati due orientamenti: un primo che ne ritiene la nullità o per mancanza di causa (costituendo una duplicazione dell'interesse passivo addebitato al cliente sull'esposizione debitoria) o per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto *ex art.* 1346 cod. civ. (per la mancanza di parametri certi con riferimento alla base di calcolo ed ai criteri di periodicità) o, ancora, per superamento della soglia degli interessi legali prevista dall'art. 1284, comma 2°, cod. civ.

Un secondo orientamento invece reputa legittima tale commissione.

Quest'ultimo indirizzo pare preferibile, come approfonditamente spiegato da una recente ed inedita sentenza del Trib. Ravenna del 13.11.2013, la quale ha chiarito che la relativa pattuizione non poteva ritenersi illegittima «né sotto il profilo della sua giustificazione causale, né con riguardo alla modalità di determinazione della sua base di calcolo (l'utilizzo di somme senza affidamento, la somma utilizzata nel trimestre) adottata dall'istituto di credito. Invero, circa il profilo causale, l'introduzione di una commissione sul credito accordato rinviene il suo fondamento nell'esigenza di riconoscere, nell'ambito dell'unitario rapporto instauratosi tra banca e cliente, una duplice utilità in favore dell'accreditato: da un lato, l'erogazione effettiva dei fondi, a cui corrisponde generalmente in termini di controprestazione l'addebito degli interessi pattuiti; dall'altro, la contestuale messa a disposizione dei fondi stessi, con conseguente obbligo di erogare il credito a carico della banca a semplice richiesta da parte del cliente.

Essa, invero, comporta un sicuro onere per la banca che è comunque costretta, a prescindere dal concreto utilizzo da parte dei clienti, a tenere a disposizione degli stessi una certa giacenza liquida con corrispondente incremento del costo di gestione della propria tesoreria.

Di contro gli affidati conseguono un sicuro vantag-

gio economico, potendo meglio gestire la propria liquidità in considerazione della facoltà garantita di poter, in qualsiasi momento e senza preavviso, conseguire l'erogazione del credito, nei limiti dell'affidamento.

Per ciò che concerne, invece, la modalità di calcolo della commissione, parimente, se ne deve affermare la validità, non potendo essere la medesima commissione equiparata agli interessi sul saldo debitore, con conseguente surrettizio aumento del tasso applicato.

Va osservato come la commissione di massimo scoperto, calcolata secondo le modalità sopra riportate, trovi il suo fondamento causale nella funzione ad essa attribuita di remunerare la elasticità dell'utilizzo dell'affidamento ovvero dell'utilizzo di somme in assenza di affidamento, costituendo essa il corrispettivo aggiuntivo di una caratteristica dell'operazione creditizia (elasticità) del tutto estranea e sconosciuta all'ordine concettuale e giuridico del mutuo e degli interessi.

Ragionando sulla massa infatti, gli utilizzi superiori alle previsioni determinano tendenzialmente per la banca la necessità di rivolgersi a sua volta ad altri intermediari, il che costituisce (o può costituire) un onere aggiuntivo per la stessa.

Sui singoli rapporti, perciò, tale costo generale non può che venire ripartito, con la forma di commissione.

In sostanza, è ragionevole concludere che la commissione di massimo scoperto, oltre ad integrare un corrispettivo aggiuntivo agli interessi rispetto alla disponibilità di una somma concessa dall'istituto di credito, possa concettualmente rappresentare e remunerare anche il costo della imprevedibile "elasticità" dell'utilizzo da parte degli affidati.»

L'approfondimento compiuto, anche sotto il profilo della tecnica bancaria, appare certamente condivisibile, così come la conclusione raggiunta, sia pure con motivazione più succinta, dal Trib. di Milano.

4. IL PEGNO IRREGOLARE ED IL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO. Come correttamente ricordato dal Tribunale di Milano nella sentenza annotata, la ratio del divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 cod. civ. consiste nel rischio che il creditore possa lucrare indebiti guadagni a danno del debitore, ottenendo, in caso di inadempimento, la proprietà di beni di valore di gran lunga superiore all'ammontare del credito.

La dottrina non è tutta concorde nell'identificazione dell'interesse tutelato dalla norma in esame.

Solo per richiamare alcune opinioni, taluni autori rinvergono l'interesse tutelato dalla norma in esame nell'esigenza di salvaguardare la *par condicio creditorum* e quindi i creditori diversi da quello che venga a beneficiare del patto commissorio, contro il rischio della sottrazione di un cespite alla garanzia comune dei loro crediti; altra teoria asserisce invece che il

fondamento del divieto riposerebbe sull'esigenza di impedire la realizzazione di una forma di autotutela privata, contraria al principio di ordine pubblico che attribuisce allo Stato il monopolio sull'attività esecutiva; un'ulteriore opinione ravvisa l'esigenza che sta a fondamento dell'art. 2744 cod. civ. nel fine di evitare un danno sociale, consistente nel perturbamento della disciplina dei rapporti obbligatori, che sarebbe insito nell'abuso del patto commissorio.

Esiste tuttavia un sostanziale accordo in dottrina ed in giurisprudenza nell'evidenziare che, in assenza di un concreto rischio di effettiva lesione dell'interesse protetto, è esclusa la violazione del divieto di patto commissorio, anche in presenza di schemi negoziali strutturalmente assimilabili alle alienazioni commissorie.

È quello che accade, ad esempio, nel patto marciano, in cui il trasferimento della proprietà della cosa data in garanzia a favore del creditore non si verifica se non a prezzo equo, sulla base di una stima imparziale posteriore all'inadempimento, con eventuale versamento di conguaglio.

Lo stesso si verifica nel riporto finanziario, ove il riportatore (creditore) non è legittimato ad appropriarsi dei titoli consegnatigli, ma può solo richiedere la liquidazione coattiva secondo le disposizioni delle leggi sulla borsa.

Per la stessa ragione non può, ad esempio, ritenersi illecito l'accordo mediante il quale il debitore conferisce al creditore o ad un terzo di comune fiducia un mandato con rappresentanza a vendere uno o più dei propri beni affinché il creditore possa soddisfarsi sul prezzo, laddove l'accordo preveda che l'ecedenza del prezzo rispetto al credito, una volta soddisfatto, venga retrocesso al debitore-mandante ed ancor più laddove la vendita vada eseguita a favore di terzi, ad un prezzo di mercato ed a prescindere dall'inadempimento del rapporto obbligatorio garantito.

Anche in questo caso il rischio di approfittamento appare escluso dalla prevista retrocessione dell'ecedenza del prezzo rispetto al credito che può ritenersi garantito dal mandato a vendere, conferito certamente anche nell'interesse del creditore, ma con un meccanismo che esclude ogni possibilità di abuso dello strumento.

Lo stesso accade nel pegno irregolare dove il creditore pignorato diviene proprietario del denaro o della cose fungibili costituite in garanzia, è autorizzato a disporne, ma deve restituire l'eventuale ecedenza rispetto al credito garantito, secondo una valutazione da effettuarsi al momento della scadenza dell'obbligazione ineseguita.

Pertanto, siamo fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 2744 cod. civ., come del resto specifica l'art. 6, comma 2°, d. legis. 21.5.2004, n. 170 (*Attuazione*

della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria), precisando che: «Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile».

Il principio non potrebbe essere messo in discussione neppure ove si volesse ravvisare l'interesse protetto dalla norma di cui all'art. 2744 cod. civ. nell'esigenza di tutelare la *par condicio creditorum* tenuto conto che il pegno irregolare concesso ad una banca può essere fatto valere dal creditore anche in deroga al divieto di azioni esecutive di cui all'art. 168 l. fall. in caso di assoggettamento del debitore a concordato preventivo (come precisato da TRIB. RAVENNA, ord., 25.10.2013, in *www.ilcaso.it*, I, 2013, 9739).

III. I precedenti

1. LA FORMA E LA PROVA DEI CONTRATTI BANCARI. Sul perfezionamento della fideiussione ai sensi dell'art. 1333 cod. civ.: CASS., 19.12.1987, n. 9468, in *Giust. civ.*, 1988, I, 971; più di recente, CASS., 13.6.2006, n. 13652, in *Mass. Giust. civ.*, 2006.

Sull'utilizzabilità del contratto amorfo a favore del cliente si veda: TRIB. TORINO, 31.10.2014, in *www.ilcaso.it*, I, 2014, 11626.

Reputano che la mancata produzione in giudizio della copia del contratto bancario o finanziario sottoscritto dalla banca ne comporti l'invalidità: TRIB. FIRENZE, 31.5.2013, in *www.ilcaso.it*, I, 2013, 9185; TRIB. BOLOGNA, 6.2.2013, n. 298, in *www.diritto-bancario.it*; TRIB. BOLOGNA, 27.3.2012, in *www.ilcaso.it*, I, 2012, 7118; TRIB. TORINO, 29.9.2010, *ivi*, I, 2010, 2445; TRIB. TORINO, 5.1.2010, *ibidem*, I, 1994; TRIB. MONDOVÌ, 9.11.2010, *ibidem*, I, 2658; TRIB. MONDOVÌ, 21.4.2009, *ivi*, I, 2009, 1784; APP. BOLOGNA, 8.3.2012, *ivi*, I, 2014, 10079; TRIB. VIGEVANO, 8.5.2009, *ivi*, I, 2009, 1824.

La sottoscrizione ad opera della banca per semplice «*convalida firme*», apposta in un riquadro dell'originale del contratto firmato dal cliente, è stata ritenuta inidonea a manifestare la volontà di accettazione della proposta da TRIB. ALBA, 2.11.2010, in *www.ilcaso.it*, I, 2010, 2712.

In senso contrario, hanno ritenuto sufficiente la produzione in giudizio del solo originale sottoscritto dal cliente: CASS., 22.3.2012, n. 4564, in *www.ilcaso.it*, I, 2012, 8544; APP. TORINO, 3.4.2012, *ibidem*, I, 7580; TRIB. ROMA, 4.2.2011, *ivi*, I, 2013, 8541; TRIB. RAVENNA, 24.2.2014, inedito.

Sul principio secondo cui non comporta nullità la mancata consegna al cliente di un esemplare del contratto bancario o finanziario: TRIB. TORINO, 25.6.2014, in *www.ilcaso.it*, I, 2014, 10772.

2. LA PROVA DEL CREDITO DELLA BANCA E LA PRODUZIONE DEGLI ESTRATTI CONTO. Sulla tesi secondo cui l'omessa produzione di tutti gli estratti conto da parte della banca che agisce per il pagamento di un proprio credito comporta che la ricostruzione dell'andamento del rapporto deve essere effettuata partendo dal saldo zero si vedano: TRIB. LECCE, 17.11.2014, in *IlSole24Ore, Plus*, 29.11.2014; TRIB. REGGIO EMILIA, 23.4.2014, in *Juris Data*, 2014; APP. MILANO, 6.12.2012, *ivi*, 2013; APP. MILANO, 1°12.2010, in *www.ilcaso.it*, 2012, I, 6871; TRIB. LATINA, 19.6.2012, *ivi*, 2012, I, 7833; TRIB. NAPOLI, 8.1.2009, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 628 ss.; TRIB. NOLA, 19.2.2009, in *Juris Data*, 2013; TRIB. PESCARA, 7.6.2005, in *Giur. merito*, 2005, 10, 2045.

Il principio è applicato anche da CASS., 20.9.2013, n. 21597, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, e da CASS., 10.5.2007, n. 10692, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 707 ss. in caso di dichiarazione di nullità degli interessi ultralegali applicati dalla banca.

Sul principio secondo cui incombe su chi agisce per la ripetizione di somme che asserisce indebitamente pagate o addebitate fornire prova del proprio preteso credito restitutorio si vedano: TRIB. BARI, 17.11.2011, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2011; TRIB. VICENZA, 9.2.2009, in *Juris Data*, 2009; TRIB. NAPOLI, 4.11.2010, in *Giur. merito*, 2011, 981; TRIB. LARINO, 20.10.2009, in *Juris Data*, 2010.

3. ANATOCISMO E COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO. Sulla legittimità dell'anatocismo applicato ai contratti di conto corrente bancario conclusi successivamente alla delibera CICR del 9.2.2000 si vedano: TRIB. ROMA, 16.3.2012, in *Juris Data*, 2012; TRIB. MILANO, 5.7.2010, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 761 e ss.

Sulla definizione della commissione di massimo scoperto: CASS., 18.1.2006, n. 870, in *Mass. Giust. civ.*, 2006.

Sulla legittimità dell'utilizzo della procedura di cui all'art. 118 t.u.b. per il passaggio dalla vecchia commissione di massimo scoperto alle nuovi commissioni di affidamento o di istruttoria veloce si vedano: A.B.F. MILANO, 12.4.2012, n. 1073, in *www.arbitrobancarioefinanziario.it*; A.B.F. MILANO, 13.1.2012, n. 47, in *www.ilsole24ore.it*.

La commissione di massimo scoperto era ritenuta legittima se le parti ne avessero previsto modalità e criteri di determinazione da: TRIB. MODENA, 5.4.2012, in *Giurisprudenza locale Modena*, 2012; TRIB. PADOVA, 10.6.2011, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 761; TRIB. NOVARA, 16.7.2010, in *Redazione Giuffrè*, 2010; TRIB. ROMA, 16.3.2012, in *Juris Data*, 2012; TRIB. ASCOLI PICENO, 4.2.2010, in *Giur. merito*, 2011, 969; TRIB. MONZA, 14.10.2008, in *Juris*

Data, 2008; TRIB. PALERMO, 6.10.2006, in *Il merito*, 2007, 4.

Ritenevano invece affetta da nullità la pattuizione riferita alla commissione di massimo scoperto o per mancanza di causa (TRIB. MILANO, 4.7.2002, in *Il Merito*, 2003, n. 2, 37; TRIB. BUSTO ARSIZIO, sez. distaccata GALLARATE, 18.10.2010, in *Contratti*, 2011, 1706 ss.) o per indeterminazione o indeterminabilità dell'oggetto ex art. 1346 cod. civ. (TRIB. PIACENZA, 12.4.2011, in *Contratti*, 2011, 1133 ss.; TRIB. MILANO, 5.7.2010, cit.; TRIB. LECCE, sez. distaccata CAMPI SALENTINA, 3.11.2005, in *Contratti*, 2006, 71 ss.) o, ancora, per superamento della soglia degli interessi legali prevista dall'art. 1284, comma 2°, cod. civ. (TRIB. TORTONA, 19.5.2008, in *www.ilcaso.it*, 2009, I, 1609).

4. IL PEGNO IRREGOLARE ED IL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO. Escludono che il pegno irregolare possa violare l'art. 2744 cod. civ.: CASS., 9.5.2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719; CASS., 4.5.2004, n. 10000, in *Giur. it.*, 2005, 1418 ed in *Giust. civ.*, 2005, I, 2154; CASS., 20.10.1994, n. 8571, in *Dir. fall.*, 1995, II, 233.

IV. La dottrina

1. LA FORMA E LA PROVA DEI CONTRATTI BANCARI. Sulla forma dei contratti bancari: GIORGIANNI-TARDIVO, *Diritto bancario*, Giuffrè, 2006; MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 663 ss.; DE ANGELIS, nel *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, Cedam, 2012, III, sub art. 117, 1687 ss.; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in V. BUONOCORE, *Trattato di diritto commerciale*, Giappichelli, 2005, 126; BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, 2014, 228 ss., 520 s.; PIACENTINI, *La trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia 20 giugno 2012*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 355 ss.

2. LA PROVA DEL CREDITO DELLA BANCA E LA PRODUZIONE DEGLI ESTRATTI CONTO. Sull'onere della prova gravante sulla banca che agisca in giudizio per il pagamento di un proprio credito si veda ACCETELLA, *La «depurazione» del saldo del conto corrente dagli interessi anatocistici (tra assenza di estratti conto ed irrilevanza dei c.d. «conti d'ordine»)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 636 ss.; CONDEMI, nel *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia cit.*, I, sub art. 50, 578 ss.

Per una compiuta disamina di tutte le problematiche connesse, si veda il chiaro articolo di DE SIMONE, *La gestione delle cause di anatocismo e usura: ripartizione dell'onere della prova, ammissibilità degli ordini di esibizione, prescrizione del diritto alla ripeti-*

zione di indebito e impostazione della c.t.u., che si legge in *www.dirittobancario.it*, *Rivista di diritto bancario*, spec. 22 s.

3. ANATOCISMO E COMMISSIONE DI MASSIMO SCOPERTO. FERRO LUZZI-OLIVIERI, *Le (nuove?) commissioni bancarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 609 ss.; TARZIA, *Questioni in tema di interessi, commissioni di massimo scoperto e prescrizione per la ripetizione di illegittimi addebiti nei conti correnti bancari*, in *Corr. giur.*, 2010, 392; SERRAO D'AQUINO, *Questioni attuali in materia di anatocismo bancario, commissioni di massimo scoperto ed usura*, in *Giur. merito*, 2011, 1172; MASSIMO, *Osservazioni a Tribunale di Milano, 5 luglio 2010, e Tribunale di Padova, 10 giugno 2011, in tema di commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 765 ss.

4. IL PEGNO IRREGOLARE ED IL DIVIETO DI PATTO COMMISSORIO. Escludono che il pegno irregolare possa comportare violazione del divieto di patto commissorio: RUPERTO, in *La giurisprudenza sul co-*

dice civile, Libro IV - Delle obbligazioni, Giuffrè, 2009, sub art. 1344, 559; RAGUSA MAGGIORE, *Pegno irregolare e divieto di compensazione al di là del debito garantito: in margine al divieto del patto commissorio*, in *Dir. fall.*, 1995, II, 233; ALBANESE, *Brevi note in tema di patto commissorio, procura a vendere e giurisprudenza in tema di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2012, I, 570 ss.; GATTI, *Pegno irregolare e fallimento del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 117 ss.; BATTELLI, *Pegno irregolare e divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2005, I, 1419 ss.; D'AURIA, *Cessione di crediti futuri a scopo di garanzia e patto commissorio*, *ivi*, 2009, 1412 ss.; CIPRIANI, *La cessione di crediti a scopo di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, 129 ss.

Per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul divieto di patto commissorio: RISPOLI, *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 2013, 11, 697.

PAOLO BONTEMPI

- CASS. CIV., sez. un., 12.12.2014, n. 26242 Conferma App. Brescia, 13.1.2011

CONTRATTO IN GENERE - AZIONI DI IMPUGNATIVA - NULLITÀ - RILIEVO D'UFFICIO - ESTENSIONE - DICHIARAZIONE DI NULLITÀ - MODALITÀ - GIUDICATO (Cost., artt. 24, 111; cod. civ., artt. 1419, 1421, 1425, 1427, 1432, 1444, 1445, 1447, 1448, 1450, 1453, 1463, 1467, 2652, 2909; cod. proc. civ. artt. 99, 101, 112, 183)

Le sezioni unite, a composizione di contrasto (e a risoluzione di questione di massima di particolare importanza nella seconda decisione), hanno affermato il principio secondo il quale il giudice, innanzi al quale sia stata proposta una qualsiasi impugnativa negoziale (di adempimento, risoluzione per qualunque motivo, annullamento, rescissione, nonché in caso di impugnativa per la declaratoria della nullità per altro motivo o solo parziale), sempreché non rigetti la pretesa in base ad una individuata «ragione più liquida», ha l'obbligo di rilevare – e, correlativa-

mente, di indicare alle parti – l'esistenza di una causa di nullità negoziale, pure se di natura speciale o «di protezione», ed ha, di conseguenza, ove le parti non ne abbiano chiesto l'accertamento in via principale od incidentale in esito all'indicazione del giudice, la facoltà (salvo per le nullità speciali che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) di dichiarare, in motivazione, la nullità del negozio e, quindi, di rigettare, per tale ragione, la domanda originaria; in presenza di tale istanza, di dichiarare la nullità del negozio direttamente in dispositivo, con effetto, in entrambi i casi, di giudicato in assenza di impugnazione.

dal testo:

Il fatto. (*Omissis*).

I motivi. (*Omissis*). 3. NULLITÀ NEGOZIALE ED AZIONI DI IMPUGNATIVA